

LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES

MELLO, Alexandre Zanetti de Holleben¹
RICCI, Camila Milazzoto²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, trouxe ao Brasil o caráter de Estado Democrático de Direito. Nela estão contidos explicita e implicitamente princípios jurídicos que indicam uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Sendo estes princípios, fonte de garantia para uma democracia forte e sólida, um dos grandes desafios para um Estado Democrático de Direito é conseguir conciliar uma Constituição repleta de direitos e garantias fundamentais, com as normas processuais penais e especiais. As legislações especiais penais, bem como, as processuais penais brasileiras têm sofrido constantes alterações, com o objetivo de caminhar lado a lado com a Constituição Federal e ao mesmo tempo adaptar-se a realidade, social e estrutural em que vive o País. Uma das últimas alterações na legislação Processual Penal, foi no âmbito das prisões e da liberdade provisória. Sendo de extrema importância o estudo destas mudanças, já que especialmente ao tráfico ilícito de entorpecentes, a Lei nº 11.343/06 - pretérita a alteração supracitada -, proíbe aos presos em flagrante de responder em liberdade o processo criminal em que são réus. Indo na contramão com a Constituição Federal e algumas normas expressas nas mudanças mencionadas. Dessa forma, o respectivo trabalho de conclusão de curso faz uma análise pormenorizada do ordenamento jurídico, verificando a possibilidade de um indivíduo investigado ou acusado pelo Estado por praticar o crime de tráfico de entorpecentes, permanecer longe do cárcere, durante o Inquérito policial ou o processo criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade provisória, tráfico de entorpecentes e Constituição Federal.

PROVISIONAL IN FREEDOM OF TRAFFICKING CRIMES IN DRUGS

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 brought the character of democratic rule of law in Brazil. In it are contained explicitly and implicitly legal principles that indicate an ordering that is irradiated and magnetizes systems standards, providing the basis for the interpretation, integration, knowledge and application of positive law. With these principles, source of collateral for a strong and solid democracy, one of the great challenges for a democratic state is to juggle a full fundamental rights and guarantees, criminal and special procedural rules Constitution. The special criminal laws, as well as Brazilian criminal procedure have undergone constant change, aiming to go hand in hand with the Federal Constitution and at the same time adapt to reality, social and structural who lives in the country One of latest changes in legislation Criminal Procedure, was within the prisons and parole. Being extremely important to study these changes, especially since the traffic in narcotics, Law nº 11.343/06 - past tense the above amendment - prohibits caught in the act of responding in the criminal case on freedom that are defendants. Going against the grain with the Federal Constitution and a few standards expressed in the mentioned changes. Thus, their completion of course work makes a detailed analysis of the legal system, verifying the possibility of an individual accused or investigated by the state for practicing the crime of trafficking in drug, stay away from jail during the Police investigation or proceeding criminal.

KEYWORDS: Provisional Freedom, drug trafficking and Federal Constitution.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a pesquisa elaborada pelo site www.institutoavantebrasil.com.br, cujo idealizador foi Luiz Flavio Gomes, consagrado doutrinador, em meados de dezembro de 2012, o país atingiu o número recorde de população carcerária, ultrapassando de mais de 548.003 mil presos. Deste total, cerca de 44% (quarenta e quatro por cento) são presos provisórios, ou seja, quase a metade não possui uma condenação transitado em julgado (2014).

Devemos nos perguntar então: Por que todas essas prisões cautelares? Todas essas prisões foram realmente necessárias e adequadas? Ressaltemos que, respondendo a primeira pergunta podemos chegar a uma conclusão que responderá a segunda.

Seguramente, chegamos a esse número elevadíssimo, pela banalização em se pedir e decretar a medida cautelar privativa de liberdade de modo que boa parte dos presos cautelares passaram a cumprir pena, antes mesmo de haver provimento jurisdicional de condenação.

Inverteram-se os papéis. A prisão cautelar a principio como medida de ultima *ratio* tornou-se, na verdade, a regra e, a liberdade provisória a exceção. Com essa situação, passamos a ver na prática, a indesejada e odiosa antecipação de pena com o escopo de tentar sanar problemas não relacionados diretamente ao bom andamento do inquérito policial, como também para o correto deslinde processual.

Verificamos precipuamente nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes que tal medida virou, sem sombra de dúvidas, um método de sanar ou atenuar conflitos que o Estado, como ente político, possuidor do poder soberano, não conseguiu resolver de outras maneiras. Podemos citar como exemplos, a má administração pública que resulta na falta de infraestruturas, impossibilitando a existência de segurança e fiscalização eficaz ao território nacional contra a entrada de entorpecentes do exterior. Não olvidemos de mencionar como exemplos a falta de educação e a cruel desigualdade

¹ Acadêmico (a) – Faculdade Assis Gurgacz. alexandre.zm@hotmail.com

² Docente orientador – Faculdade Assis Gurgacz Curso de Direito.

social que sempre assolou o país, levando boa parte da população a ver no crime, especialmente no tráfico de entorpecentes, a única forma de auferir renda.

São inúmeros exemplos que poderíamos mencionar, entretanto não é a finalidade do presente trabalho. Aqui, desde já, salientamos que o objetivo é demonstrar que a prisão cautelar, seja qual for, deve ser apenas decretada quando presentes os requisitos legais que justificam a sua utilização, evitando-se assim o distanciamento desnecessário da liberdade provisória quando cristalinamente cabível, bem como o respeito aos preceitos da Magna Carta e das recentes normas infraconstitucionais, mesmo quando se tratar do crime de tráfico de ilícito de entorpecentes apesar da vedação legal.

Diante do exposto, abordaremos os princípios constitucionais da presunção de inocência e liberdade provisória, demonstrando por meio dos respectivos princípios a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de drogas), que de forma equivocada automatiza prisões cautelares àqueles investigados e acusados por crimes de tráfico de entorpecentes. Em seguida, mostraremos quais os requisitos e fundamentos que possibilitam a decretação das medidas cautelares restritivas da liberdade, e qual tem sido o posicionamento atual da Suprema Corte brasileira sobre a aplicação do mencionado artigo de Lei.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E LIBERDADE PROVISÓRIA.

O princípio da presunção de inocência apareceu primeiramente no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão anunciada na cidade de Paris (França) em 26 de agosto de 1789 e, posteriormente, em 10 de dezembro de 1948 na Assembleia das Nações Unidas, novamente em Paris, França, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 73).

Previsto atualmente em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo afora, também podemos encontra-lo na Magna Carta brasileira, mais precisamente no artigo 5º, inciso LVII, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sobre os mesmos alicerces, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), a qual o Brasil é signatário, também preceituou em seu artigo 8º, Parágrafo 2º a garantia judicial de que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa (...)”. Tal princípio é corolário do devido processo legal. É um voto de confiança e de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre e democrática, como bem disse A. Castanheira Neves (1967, p. 72).

Tem como objetivo principal cultivar a liberdade, direito este essencial a qualquer ser humano e, também elemento vital para a constituição de um país democrático. A liberdade, depois da vida, é o principal direito fundamental que podemos encontrar em um território onde impera o Estado Democrático de Direito. Portanto, indiscutível tais premissas, é perceptível na prática, que a política arbitrária de se banalizar a medida cautelar privativa de liberdade por nossas autoridades, levando-se inúmeros indivíduos ao cárcere prematuramente, antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, afronta o princípio da presunção de inocência, resultando em inúmeras prisões inconstitucionais.

De acordo com a inteligência do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, já citado anteriormente, ninguém deve ser considerado culpado antes do definitivo provimento jurisdicional, bem como, é dado a todos os cidadãos, por parte do Estado, voto de confiança sobre o espírito de fé ético daqueles. Desta forma, a presunção de inocência tem como consequência principal evitar-se a possibilidade de que a injustiça esteja presente no nosso dia-a-dia, ou seja, que um possível inocente venha a cumprir pena antecipadamente. Sobre o assunto, comenta Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p.73):

Claro que a expressão “presunção de inocência” não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquiridos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser possível inquirido ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela.

Assim, em suma, a presunção de inocência inerente a todas as pessoas, tem como consequência cristalina vedar a generalização de se levar ao cárcere cautelar indivíduos cuja culpa, ao final, não puder ser provada, evitando-se assim arbitrariedades e injustiças.

Por sua vez, o princípio supramencionado deve ser analisado juntamente com o princípio da liberdade provisória. Impera na Magna Carta, que a liberdade provisória é a regra e a medida cautelar privativa de liberdade a exceção.

Podemos afirmar a presente ideia a partir do texto do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior, o qual estabelece de forma veementemente que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Do dispositivo supracitado, eis que retiramos o princípio constitucional da liberdade provisória. Tal princípio tem o escopo de determinar que a liberdade não deve se distanciar das pessoas, mesmo daquelas investigadas ou processadas criminalmente.

Portanto, inexoravelmente, a prisão cautelar de qualquer indivíduo deve ser vista como a última “*ratio*” do Direito Processual Penal, ou seja, a última medida a ser tomada pelo Poder Judiciário quando for a única saída para satisfazer suas pretensões em relação ao bom andamento do inquérito policial, como também ao correto deslinde do processo jurisdicional, como determina Tourinho Filho (2012, p.703):

se ninguém é considerado culpado até que transite em julgado eventual sentença condenatória, é um não senso prender uma pessoa presumivelmente inocente. Embora a prisão provisória seja um mal, ainda que necessário, todas as legislações do mundo, inclusive a nossa, têm procurado, dentro do possível, medidas que garantam o comparecimento do acusado aos atos do processo sem os infortúnios da privação da liberdade, reservando a prisão provisória, mesmo sendo um mal, para os casos de efetiva necessidade

Assim, não olvidamos que esta liberdade possa ser relativizada, quando presentes alguns requisitos – futuramente esmiuçados neste trabalho - que ensejam a decretação da segregação cautelar. Porém, como bem ressalta o autor, a liberdade provisória só pode ser colocada em “jogo” quando se tornar extremamente inconveniente para a investigação ou para o processo. A liberdade é a regra, a prisão a exceção.

Finalmente, para que possamos intitular o nosso país como um Estado Democrático de Direito, a principal tarefa dos operadores do direito é que os princípios da presunção de inocência e da liberdade provisória sejam devidamente respeitados – exceto em casos excepcionais - com o fim de garantir o direito fundamental da liberdade e o *status* de democracia, como bem nos ensina Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 13):

O sistema é harmônico, mas estruturado em regras mínimas de coerência e eficácia. De início, pois, vale lembrar que ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória (art 5.º, LVII,CF). É presunção de inocência, valor absoluto, quando se trata do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, a inversão desse status de inocência transfere ao Estado, por seus órgãos constituídos, voltados à investigação, acusação, e julgamento, o ônus de provar a culpa do réu. Considerando-se ser o acusado inocente, até prova definitiva em contrário, não deve ser recolhido ao cárcere antes da hora. Disso deduz-se, com lógica, ser a prisão cautelar um momento excepcional na vida do indiciado ou réu.

2.2 REQUISITOS MÍNIMOS PARA A DECRETAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES.

Com o advento da Lei nº 12.403/11, que abordou os institutos da prisão e liberdade provisória, reformas pertinentes e favoráveis aconteceram para que não mais houvesse dúvidas sobre o caráter excepcional das prisões em relação aos investigados e acusados em geral.

Entretanto, sem demagogia, sabemos que mesmo a liberdade provisória sendo a regra e a medida cautelar restritiva de liberdade a exceção, em determinados casos esta última deve prevalecer – quando for extremamente essencial e não houver outra medida cautelar mais branda suficiente (artigo 282 §6º do Diploma processual Penal) - em prol de priorizar e tutelar a segurança pública, bem como possibilitar o trabalho do Estado na persecução criminal.

A Lei supracitada foi cristalina ao modificar e apontar em alguns de seus dispositivos, as circunstâncias e os requisitos em que a liberdade provisória abre espaço para a segregação cautelar de um indivíduo. Dispõe o artigo 283 do Diploma Processual Penal nestes exatos termos:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Percebemos então, a partir do texto de Lei, que a liberdade provisória poderá ser apenas afastada quando houver a necessidade extrema de prisão temporária ou preventiva.

A prisão temporária nos crimes de tráfico de entorpecentes, conforme estipula a lei nº 7.960/89 em seu artigo 1º, incisos I, II e III, passa a ser autorizada quando for imprescindível para investigação do inquérito policial e/ou o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos essenciais para o esclarecimento de sua identidade, havendo conjuntamente fundadas razões de sua autoria ou participação no crime. Sobre o assunto, de forma extremamente correta, comenta Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 598) que, tendo por fim não banalizar a decretação de importante instituto, torna-se necessário interpretar, em conjunto, todo o disposto no artigo 1º e seus incisos I, II e III

da Lei 7.960/89, associando os incisos I e II ao inciso III, de forma a viabilizar em hipóteses razoáveis a custódia cautelar de alguém por meio da prisão temporária.

Já para a prisão preventiva, os requisitos são sempre no mínimo 2 (dois): prova concreta da materialidade do crime e indício suficiente de que aquele indivíduo possa ser o autor do respectivo delito (*fumus commissi delicti*) e, pelo menos mais um dos fundamentos descritos no artigo 312 do Diploma Processual Penal (*periculum libertatis*). Estabelece o artigo 312 do mencionado Codex que:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

Em breve síntese, como bem nos ensina Rogério Sanches Cunha (2011, p. 146), a garantia da ordem pública consiste em proteger a tranquilidade do meio social, por meio de se evitar novas práticas criminosas. Quando esta tranquilidade se vê ameaçada, constatando-se que o agente, dada à periculosidade que demonstra, possa a vir cometer novos delitos, a decretação da preventiva se torna algo possível. Outra circunstância autorizadora da prisão preventiva é a garantia da ordem econômica, que segundo o doutrinador tem como escopo vedar a ganância do agente que comete crimes atentatórios relacionados à ordem financeira. Já a conveniência da instrução criminal tem o objetivo de preservar o bom andamento do processo, garantindo, por exemplo, a regular aquisição e conservação da prova processual. E, por último, a garantia da aplicação da lei penal, é uma forma de assegurar, em eventual condenação do agente, uma futura aplicação de pena.

Assim, percebemos que não havendo direito absoluto no ordenamento jurídico pátrio, dependendo da situação, flexibiliza-se a liberdade provisória na medida exata da necessidade de prevalecer a medida cautelar restritiva de liberdade. Por sua vez, é imprescindível não olvidar que a presunção de inocência sempre está presente no espírito do indivíduo, bem como a liberdade provisória é um direito fundamental do cidadão, reafirmando-se, portanto, que a liberdade individual nos crimes de tráfico de entorpecentes só poderá ser restringida quando os requisitos das prisões cautelares, acima descritos, estiverem claramente presentes e estas forem a única medida cabível no caso concreto. Nesse sentido é a jurisprudência da Suprema Corte:

(...) A prisão cautelar não pode apoiar-se em juízos meramente conjecturais. A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. Ausência de demonstração, no caso, da necessidade concreta de manter-se a prisão em flagrante do paciente. Sem que caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou réu. Ausente razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar (...). (STF, HC 98821/CE, rel. Min. Celso de Mello, Dje 16.04.2010).

2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO A LIBERDADE PROVISÓRIA PRESENTE NO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/06 (LEI DE DROGAS).

Com a adoção pelo sistema do constitucionalismo, surtiram grandes avanços para frear o poder absoluto, arbitrário e desmedido do Estado, principalmente quando a Lei fundamental passou a prever e estabelecer direitos e garantias fundamentais – que vieram a deslumbrar o sentimento de justiça e democracia - aos administrados por aquele.

Princípios previstos na Magna Carta, como a presunção de inocência até o trânsito em julgado de decisão condenatória (artigo 5º, inciso LVII), bem como o da liberdade provisória (artigo 5º, inciso LVII), ambos já mencionados no tópico 2.1 deste trabalho, passaram a garantir um sistema processual prisional mais justo e eficiente.

Entretanto, o Poder Legislativo ao editar o artigo 44 da Lei nº 11.343/06, trouxe um texto completamente contrário ao preceituado pela Magna Carta, afrontando de forma extremamente equivocada princípios constitucionais e direitos humanos, colocando em risco a credibilidade da sistemática processual prisional. Preconiza tal dispositivo em seu texto que “os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (grifo nosso).

Dessa forma todos os indiciados ou acusados, presos em flagrante, por praticarem o crime de tráfico de entorpecentes ou associação ao tráfico passaram a ter a sua liberdade provisória restringida, devendo aqueles

aguardarem o término do inquérito policial, bem como o deslinde de uma possível ação penal, presos cautelarmente. Assim, verificamos que o legislador estabeleceu prisões cautelares obrigatórias, impedindo o Poder Judiciário de fazer uma análise minuciosa sobre o caso concreto, avaliando-se a existência de real necessidade ao levar o indivíduo para o cárcere prematuramente. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 16):

Não é possível acatar disposição legal infraconstitucional que padronize penas e medidas cautelares. Os mecanismos de engessamento do Judiciário, pretendendo transformá-lo em poder de segunda classe devem prontamente ser rechaçados. Por certo, cabe o legislativo a criação de leis, mas não cabe a tal Poder a sua concretização. A partir do momento em que se edita uma Lei padronizada, cuja aplicação se dá de maneira automatizada, sem qualquer reflexão do juiz, está-se tomando atribuição de poder alheio.

Ademais, para aqueles que defendem a constitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), utilizando como única fundamentação o artigo 5º, inciso XLIII da Carta Magna, cometem um equívoco. Dispõe o respectivo dispositivo constitucional que a lei infraconstitucional determinará ser crime inafiançável, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, porém nada menciona, muito menos obsta a concessão da liberdade provisória sem fiança ou mediante outras medidas cautelares menos gravosas. Veja-se:

Art. 5º, XLIII. A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Outrossim, registre-se que o legislador ao editar a Lei nº 11.464/07 que alterou a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), vedou novamente apenas a possibilidade da liberdade provisória com fiança, igual fez o poder constituinte, não proibindo a concessão de liberdade provisória de outra forma diversa da fiança. Preceitua o artigo 2º da referida Lei nº 8.072/90 que:

*Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
I - anistia, graça e indulto;
II - fiança.*

Na mesma linha, ensinam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2011, p. 694) que “embora haja lei específica para tais crimes (drogas), Lei nº 11.343/06, pensamos também aplicável a eles a disposição contida no apontado art. 2º, caput, da Lei nº 8.072/90, com eficácia revogatória, portanto. Com isso, seria possível a liberdade provisória sem fiança, mas com outras cautelares”.

Ressalte-se que o artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) já foi objeto de discussão pela doutrina e também pela jurisprudência no tocante a vedação à conversão das penas do traficante em restritivas de direito. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97256/RS, considerou inconstitucional a respectiva vedação, preceituando que a Lei deve estabelecer instrumentos necessários ao Poder Judiciário, para que este possa individualizar a pena de cada condenado, invocando o artigo 5º, inciso LXVI da Magna Carta.

Parte-se aqui do mesmo contexto sob a vedação da liberdade provisória, cabendo ao Poder Legislativo determinar as regras gerais para a concessão da liberdade provisória, porém não cabendo vedar por completo o direito de obtê-la, já que a Lei Fundamental a prevê como direito fundamental de todos!

Portanto, tendo em vista o preconizado pela Lei nº 12.403/11, em que determina as situações e hipóteses para poder decretar a medida cautelar restritiva de liberdade aos indivíduos investigados ou processados criminalmente em geral, bem como dever ser o sistema processual penal e a Magna Carta um conjunto harmônico, é inconstitucional eliminar, por lei ordinária, a possibilidade da liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

2.4 O MARCO DA MUDANÇA DE PARADIGMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 104.339/SP, por meio de seu plenário, concedeu parcialmente a matéria presente no respectivo *Habeas Corpus*, para que o paciente Marcio da Silva Prado, preso em flagrante por ter supostamente cometido o crime de tráfico de entorpecentes, pudesse ter o seu processo analisado novamente pelo Juízo da 22ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, responsável pelo caso, e a partir dessa nova análise, pudesse ter a possibilidade de responder a ação penal em liberdade. Em votação apertada, a maioria dos ministros da Suprema Corte brasileira, entendeu pela inconstitucionalidade de parte do artigo 44 da Lei 11.343/06 (Lei de drogas) que veda taxativamente a concessão da liberdade provisória aos investigados e acusados por tráfico de entorpecentes.

Breve síntese, o acusado foi preso em flagrante em 2009, com aproximadamente 5 quilos de cocaína, além de outros entorpecentes em menores quantidades. Desde a mencionada data, encontrava-se preso provisoriamente, tendo sido negado seu pedido de liberdade provisória pela 22ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, bem como os *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça. Todas as decisões denegatórias encontravam-se fundamentadas de acordo com a vedação da liberdade provisória aos autores de prática do crime de tráfico de entorpecentes (artigo 44 da Lei nº 11.343/06).

O ministro Gilmar Mendes, relator do caso, sustentou em seu voto que a regra prevista no texto do mencionado dispositivo “é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, dentre outros princípios”. Ainda, de forma veementemente, alegou que ao afastar a concessão da liberdade provisória genericamente, o artigo retira do magistrado competente a possibilidade e oportunidade de, no caso real, “analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais”. Desta forma, estabelecendo uma espécie de segregação cautelar obrigatória e pré-determinada, tornando a prisão a regra e a liberdade a exceção, o que não se coaduna com a Constituição Federal de 1988, já que esta determina expressamente a fundamentação plausível de qualquer prisão.

Sob esta ótica, o ministro considerou que o *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, deveria ser declarado inconstitucional, afirmando que a prisão do acusado, caso necessária, deveria ser fundamentada nos requisitos expressos no artigo 312 do Diploma Processual Penal.

Com o mesmo prisma e, acompanhando o ministro relator, foi o voto dos ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Cezar Peluso, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, e pelo presidente, ministro Ayres Britto. Veja-se a ementa:

HABEAS CORPUS 104.339 SÃO PAULO
RELATOR: MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S): MARCIO DA SILVA PRADO
IMPTE.(S): DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida.

(STF - HC: 104339 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012)

Mesmo diante do grande avanço, não podemos olvidar que a decisão não foi suficiente para afastar amplamente a arbitrariedade prevista pelo artigo 44 da Lei nº 11.343/06, já que tal controle de constitucionalidade se deu pela forma incidental/difusa, causando efeitos restritos entre as partes e ao processo. Porém, a Suprema Corte esboçou o seu posicionamento em possíveis novas decisões a casos análogos, dando esperança de que em um futuro não muito distante, possa o texto de Lei que veda a liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes não mais servir de parâmetro e fundamentação para a decretação de novas prisões cautelares.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebendo a situação insustentável do nosso sistema carcerário, o legislador, por meio da Lei nº 12.403/11, trouxe algumas mudanças na legislação processual penal. Por meio da respectiva alteração estabeleceu que a medida cautelar privativa de liberdade não pode ser banalizada e, a liberdade provisória não possa se tornar algo distante e impossível daqueles que são investigados ou respondem a processo criminal, coadunando as novas normas infraconstitucionais com o preconizado pela Magna Carta.

Embora não fosse exatamente o objetivo que a sociedade passou a achar, muito se falou e comentou (principalmente a mídia) de que a respectiva Lei supracitada estabeleceria de forma compulsória a soltura de grande parte dos presos preventivos/provisórios. Entretanto não foi isso que aconteceu, a maioria continuou segregado cautelarmente e muitos outros seguiram o mesmo caminho. Continuamos a ver no dia a dia a cultura do Poder Judiciário em priorizar a terrível prisão compulsória – principalmente nos crimes de tráfico de drogas -, desmerecendo de forma injustificada a nova sistemática de prisão, afrontando princípios constitucionais e principalmente esquecendo de um dos direitos fundamentais de todos: a liberdade!

A liberdade é inerente a todos os cidadãos e deve ser algo natural, isto é fato. Bem como, é evidente a intenção do Constituinte, e recentemente a do legislador de que, a prisão cautelar deve ser utilizada em casos extremamente essenciais, respeitando o princípio da liberdade provisória. Não podemos olvidar que o legislador ordinário, em harmonia com o constituinte e em respeito ao princípio supramencionado, reforçou com a Lei nº 12.403/11 – mas

precisamente nos artigos 282 § 6º, 283, 312 e 319 – a ideia de que a prisão cautelar, a fim de estabelecer o correto deslinde investigatório e processual, deve ser uma exceção adotada pelo Poder Judiciário, necessitando ser devidamente fundamentada.

Analisando minuciosamente o princípio constitucional da inocência, o princípio da liberdade provisória, os direitos e garantias fundamentais, bem como a novel legislação processual penal que aborda o instituto das prisões, percebe-se que para privar a liberdade de alguém, é necessário que o caso concreto emoldure-se nas circunstâncias e requisitos que ensejam a aplicação da prisão cautelar.

Porém, devemos salientar que muitas das decisões proferidas acerca das prisões cautelares, ainda são baseadas erroneamente de forma indireta e supletiva no artigo 44 da Lei nº 11.343/06. O texto deste dispositivo dispõe que, os crimes tipificados nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da mesma Lei, são insuscetíveis de liberdade provisória. É cristalino verificar que tal conteúdo é inconstitucional, pois restringe um direito fundamental, de forma padronizada, impedindo o Poder Judiciário refletir sobre o caso concreto e a circunstância real.

Portanto, busca-se aqui demonstrar que o Poder Judiciário deve fundamentar sua decisão acerca da decretação ou não da prisão cautelar, com fulcro nos novos requisitos expressos no Diploma processual penal, possibilitando aos indiciados e processados pela suposta prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes o direito a liberdade provisória, apesar do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 vedar taxativamente, como já dito, de forma inconstitucional.

Devemos salientar desde já que o dever em não banalizar o instituto da prisão cautelar, não é apenas dos Magistrados, mas também do Ministério Público – titular da ação penal pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, RJ: 1940.

BRASIL, Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro, RJ: 1941.

BRASIL, Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 22 de dezembro de 1989.

BRASIL, Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 26 de julho de 1990.

BRASIL, Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006.

BRASIL, Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 29 de março de 2007.

BRASIL, Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 5 de maio de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.821/CE, rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 16 de abril de 2010.

_____. Habeas Corpus nº 104.339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 10 de maio de 2012.

BOTELHO, Flávia Mestriner. **Levantamento do sistema penitenciário brasileiro em 2012**. Disponível em: <<https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/staticsp.atualidadesdodireito.com.br/iab/files/2014/01/LEVANTAMENTO-SISTEMA-PENITENCARIO-2012.pdf>>. Acesso em: 14/02/2014.

NEVES, Antonio Castanheira. **Sumários de Processo Penal**, Coimbra: s.n., 1967.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____. **Prisão e Liberdade**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

SANCHES, Rogério *et al*; GOMES, Luiz Flávio(org); MARQUES, Ivan Luis(org). **Prisão e medidas cautelares: comentários a Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.