

# **Liberdade provisória nos delitos da Lei de Drogas e a realização da Constituição pelos Tribunais**

*Andreone Leandro Fogaça<sup>1</sup>*

*Bruno Sitta Giacomini<sup>2</sup>*

*Diego Prezzi Santos<sup>3</sup>*

*Eduardo Lima de Paula<sup>4</sup>*

*Jonatas Lopes da Silva<sup>5</sup>*

**RESUMO:** O breve estudo trata da presunção de inocência e da liberdade, as quais, como direitos fundamentais, não podem ser atacadas pela Lei, diante de tal afirmação, anota-se a supremacia constitucional que determina-se pela democracia e não por aniquilar preceitos.

**PALAVRAS-CHAVES:** Liberdade, princípios, lei, interpretação, nefasta, constitucionalidade, supremacia constitucional, processo democrático.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 A REVOGAÇÃO DO NEFASTO DISPOSITIVO; 3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO; 4. A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI E A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A DEMOCRACIA; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 5º ano de direito na UEL – Londrina. O Autor foi estagiário do Departamento Jurídico da Caixa Econômica Federal em Londrina/PR.

<sup>2</sup> Acadêmico do 5º ano de direito na UEL – Londrina. O autor foi estagiário da Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Seccional da União em Londrina/PR. Atualmente compõe o quadro de estagiários da Procuradoria-Geral da República, Ministério Público Federal em Londrina/PR.

<sup>3</sup> Acadêmico do 5º ano de direito na UEL – Londrina. O autor foi aluno e monitor do projeto Teorias Críticas do Direito e projeto GIAII, atual membro do Projeto Prisão em Flagrante.

<sup>4</sup> Acadêmico do 5º ano de direito na UEL – Londrina. O foi estagiário e atualmente é conciliador no 2º Juizado Especial Criminal de Londrina/PR.

<sup>5</sup> Acadêmico do 5º ano de direito na UEL – Londrina. O autor foi estagiário da Promotoria de Justiça junto aos Juizados Especiais Criminais de Londrina. Atualmente compõe o quadro de estagiários do Departamento Jurídico da Caixa Econômica Federal em Londrina/PR.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei de Drogas tratou de vedar a possibilidade de liberdade provisória da mesma forma que, antes, havia feito o Estatuto do Desarmamento.

Notório é o fato de que as restrições ao direito fundamental ocorrem, em tais dispositivos, por presunções decorrentes de elucubrações punitivistas despidas de racionalidade.

## 2. A REVOGAÇÃO DO NEFASTO DISPOSITIVO

Embora o art. 44 da Lei Antidrogas vede a concessão de liberdade provisória para os crimes nela tipificados, assevera-se que os tribunais e imensa parte da doutrina reconhecem a sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

Isso porque a Lei n.º 11.464/07 ao alterar a Lei dos Crimes Hediondos para permitir a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados, acabou por revogar tacitamente o supracitado dispositivo da lei específica.

O Ministro Menezes Direito, em julgado do Supremo Tribunal Federal, elucida a afirmação supra em seu voto:

A nova lei, de fato, revogou a proibição da liberdade provisória para os crimes hediondos, dentre eles o de tóxico, prevista no art. 2º, inciso II, da mencionada lei nº 8.072/90 (HC 91118, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 02/10/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00075 EMENT VOL-02303-02 PP-00245)

Tal alteração legal ocorreu em razão da violação ao Princípio da Razoabilidade que havia, qual seja, permitir a liberdade provisória aos crimes de maior lesividade e violência, enquanto mantinha a incoerente restrição em relação aos delitos de traficância.

Em crimes de latrocínio e homicídio era concedida a liberdade, mesmo diante de violência concreta, portanto, ainda mais relevante é a concessão em delitos de violência, amplitude e lesividade abstratas.

Com efeito, tal interpretação maculava ainda outro preceito fundamental, a Presunção de Inocência, porquanto limitava a liberdade apenas com fundamentos genéricos e

abstratos, devido à equivocada crença na suposta periculosidade dos cidadãos.

As prisões cautelares diante do paradigma neoconstitucionalista – que determina a supremacia da constituição e auto-aplicação dos princípios – necessitam de situações concretas, e não meras elucubrações vazias.

Nesse diapasão, eis a lição de Aury Lopes Júnior:

O juízo de necessidade da prisão cautelar é completo, pois implica a análise de determinada situação fática, pois é da essência das prisões cautelares serem situacionais. O juízo de necessidade não admite uma valoração *a priori*, no sentido Kantiano, de antes da experiência, senão que demanda uma verificação *in concreto*. A legitimação decorre da necessidade concreta sob pena de grave inconstitucionalidade (1).

O argumento de que o art. 44 da Lei Antidrogas teria prevalência sobre o art. 310, do CPP, face a sua especialidade, não se sustenta, posto que apenas vigora o dispositivo da Lei nº 11.464/07. Assim tem sido o entendimento dos Tribunais pátrios:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. REVOGAÇÃO TÁCITA PELA LEI 11.464/07. Disse o embargante que a decisão recorrida não se manifestou sobre o art. 44 da Lei 11.343/06, que veda expressamente a concessão de liberdade provisória ao tráfico de drogas. Tem razão. Após o advento da Lei 11.464/07, é possível a concessão de liberdade aos crimes hediondos (dentre eles o tráfico de drogas). A proibição constante no art. 44 da Lei 11.343/06 não mais perdura no ordenamento jurídico. Inegavelmente, verificou-se a revogação tácita do art. 44 da Lei 11.343/06 pela Lei 11.464/07, já que a novel legislação é incompatível com a anterior nesse tópico. Inviável falar na aplicação do princípio da especialidade na presente hipótese. Isso porque para a aplicação de tal princípio, havendo duas ou mais leis vigentes, prevalece a especial em relação à geral. Todavia isso inócorre aqui, já que o art. 44 da Lei 11.343/06 encontra-se revogado pela Lei 11.464/07, ou seja, nesse particular só existe uma lei vigente, que é a novel legislação, e que possibilita a concessão de liberdade para qualquer crime hediondo. Embargos acolhidos. (Embargos de Declaração Nº 70027842467, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 17/12/2008)

E em outro momento, o mesmo relator do Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul leciona sobre a especialidade, a qual não suporta lei revogada, portanto, incabível a vedação da direito subjetivo do cidadão por uma lei que não produz efeitos.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/06. REVOGAÇÃO TÁCITA PELA LEI 11.464/07. Disse o embargante que a decisão recorrida não se

manifestou sobre o art. 44 da Lei 11.343/06, que veda expressamente a concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas. Não tem razão. O acórdão, ao dizer que, após o advento da Lei 11.464/07, não é mais vedada concessão de liberdade aos crimes hediondos (dentre eles o tráfico de drogas), por via transversa, acabou referindo que a proibição constante no art. 44 da Lei 11.343/06 não mais perdura no atual ordenamento jurídico. Inegavelmente, verificou-se a revogação tácita do art. 44 da Lei 11.343/06 pela Lei 11.646/07, já que a novel legislação é incompatível com a anterior nesse tópico. Inviável falar na aplicação do princípio da especialidade na presente hipótese. Isso porque para a aplicação de tal princípio, havendo duas ou mais leis vigentes, prevalece a especial em relação à geral. Todavia, isso inócorre aqui, já que o art. 44 da Lei 11.343/06 encontra-se revogado pela Lei 11.646/07, ou seja, nesse particular, só existe uma lei vigente, que é a novel legislação, e que possibilita a concessão de liberdade para qualquer crime hediondo. Embargos desacolhidos. (Embargos de Declaração Nº 70024168296, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 21/05/2008)

Em preciosa lição, o eminente professor Renato Marcão reza também em direção a possibilidade de libertação do acusado:

O art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, veda a liberdade provisória, com ou sem fiança, em se tratando da prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37.

Ocorre, entretanto, que no dia 29 de março de 2007 entrou em vigor a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao dispositivo no inciso II, do art. 2º da Lei nº 8.072/90, retirando a proibição genérica, *ex lege*, de liberdade provisória, em se tratando de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e afins e terrorismo, terminando por derogar o art. 44 da Lei n. 11.343/06, de maneira que a vedação antecipada e genérica ao benefício da liberdade provisória não subsiste no ordenamento jurídico vigente. (2).

Na mesma linha, preleciona Andreucci diante da equiparação dos delitos:

Entretanto, com a recente alteração da Lei de Crimes Hediondos, introduzida pela Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, os crimes hediondos e assemelhados, dentre eles o de tráfico, passaram a comportar a concessão de liberdade provisória sem fiança (art. 2º, II), sendo alterado, por conseqüência, o teor do art. 44 da Lei de Drogas. (3).

Trata-se, portanto, de questão tanto de proteção de princípios quanto de vigência legal, pois a lei está restringindo um Princípio, situação esta que, no Estado Democrático, deve ser vista sob o aspecto da menor lesividade constitucional.

A violação ao princípio, assim, não pode sobreviver.

### 3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Carta Democrática é o primeiro elemento a ser visto na interpretação e mesmo a aplicação da lei e - embora os dispositivos possam em seu teor não estarem em mesma linha que os valores constitucionais – a construção do sentido é vinculada aos Princípios.

Há dever de compreensão, com efeito, antes dos valores da Constituição, os quais não têm caráter indicativo e sim de aplicação vinculada.

Streck preceitua de forma acertada:

“Constituição enquanto *detentora de uma força normativa e compromissária*, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema”. (4)

Em obra memorável, o professor Luisi constata sobre as Cartas, as quais tratam de direitos individuais como forma de proteção ao que já ocorreu na história:

“As constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutelas de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do Rechtsstaats e, ao mesmo tempo do Sozialstaats. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais”. (5)

Observa-se, assim, que as Constituições enunciam diversos valores, os quais se consubstanciam em garantias aos cidadãos e estes direitos, vistos nos Princípios, como Ampla Defesa, Liberdade e Prazo Razoável de duração do processo devem ser o elemento fundamental da interpretação e aplicação das normas, sob pena de o aplicador subverter a finalidade da Carta.

A proteção – resultante de processo histórico - buscada pelas Constituições atinge um nível de maior valoração quando trata de direito penal e os bens juridicamente tutelados.

Em tal dimensão, o ato hermenêutico é caracterizado pela cautela necessária a evitar lesões injustificadas aos direitos de Liberdade.

Consoante bens jurídicos penais, o ensinamento de Bittar é determinante:

“O bem jurídico possui funções importantíssimas, podendo-se destacar como as relevantes: 1) a garantidora (ou limitadora) do próprio direito de punir do Estado; 2) a de critério de interpretação dos tipos penais, que alcança à finalidade de determinado bem jurídico; 3) a individualizadora (critério de medição da pena, no momento de sua fixação) levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico; 4) a sistemática, como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos de parte especial do Código Penal .Portanto, além de não poder admitir que se prescindia do conceito do bem jurídico mister observar, que este será decisivo, dentre outros, para se mensurar a necessidade, ou não tutela jurídico-penal de condutas, bem como de possibilitar à análise da necessidade de sanção penal.” (6)

Juan Bustos Ramirez menciona a dinâmica das relações sociais e sua relação com bens jurídicos, da qual surge a necessidade de proteção a ser conferida pelo Direito Penal:

“En la medida en que nosotros consideramos al bien jurídico como, algo dinámico, algo que surge desde la vida en relación, desde las relaciones sociales y, por tanto, si nosotros consideramos que el Derecho, y en último término el Código Penal, como *última ratio*, lo que me interesa es justamente organizar las relaciones sociales, y los bien es jurídicos surgen justamente de esas relaciones sociales, la vida está en 'las relaciones sociales, el patrimonio está en las relaciones sociales, el honor está en las relaciones sociales de los sujetos’”. (7)

Expostos os postulados retro, anota-se a relevância que o Direito Penal limita-se aos Princípios, sob pena de uma forma de proteção tornar-se a própria manifestação de subversão da Justiça e da Dignidade, fundamento da República.

A interpretação deve, portanto, reverenciar aos postulados fundamentais e ter como elemento de validade a própria Carta.

Em tal conjuntura insere-se o acertado argumento constitucionalista do Ministro Celso de Mello.

#### 4 A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI E A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A DEMOCRACIA

Ainda que tais argumentos não fossem suficientes para a concessão do benefício em casos de traficância, o STF decidiu recentemente que o Princípio da Proporcionalidade proíbe a criação de leis que violem a Carta Democrática.

'HABEAS CORPUS'. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO 'DUE PROCESS OF LAW', DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA 'PROIBIÇÃO DO EXCESSO': FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO 'STATUS LIBERTATIS' DAQUELE QUE A SOFRE. IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO POR TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO SUPERIOR. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (Processo nº 105.08.260705-9). Publique-se. Brasília, 09 de março de 2009. Ministro CELSO DE MELLO Relator (HC 97976 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 09/03/2009, publicado em DJe-047 DIVULG 11/03/2009 PUBLIC 12/03/2009)

Decidiu o eminente Ministro Celso de Mello da seguinte forma:

Cumpre observar, ainda, por necessário, que regra legal, de conteúdo material virtualmente idêntico ao do preceito em exame, consubstanciada no art. 21 da Lei nº 10.826/2003, foi declarada inconstitucional por esta Suprema Corte.

(...)

Foi por tal razão, como precedentemente referido, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003, (Estatuto do Desarmamento), em decisão que, no ponto, está assim ementada: '(...) V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida,

visto que o texto magno não autoriza a prisão 'ex lege', em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.' (grifei)

(...)

Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

(...)

Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

(...)

Daí a advertência de que a interdição legal 'in abstracto', vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal.

(...)

O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, só por si, a privação cautelar do 'status libertatis' daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Destarte, verifica-se semelhança entre o revogado dispositivo do Estatuto de Desarmamento e o art. 44, da Lei Antidrogas, não havendo como manter no ordenamento violação de tão grave vulto aos princípios fundamentais.

Ao propósito, os Tribunais já se manifestaram pela vedação do art. 21 da Lei do Desarmamento, em razão, além do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, da ausência de elementos autorizadores:

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE NA VEDAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 21, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA CUSTÓDIA PREVENTIVA NÃO DEMONSTRADAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. Caracteriza constrangimento ilegal a decisão que indefere pedido de liberdade



provisória fundada exclusivamente na vedação prevista no art. 21 da Lei 10.826/2003, dispositivo este que foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento da ADI 3112/DF. O indeferimento da liberdade provisória deve se amparar em um dos fundamentos autorizadores da prisão preventiva (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal) previstos no art. 312 do CPP. “

(TJPR - 2ª C.Criminal - HCC 0566746-3 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juíza Subst. 2º G. Lilian Romero - Unanime - J. 26.03.2009)

Diante dos argumentos acima esposados, conclui-se ser imperativa a concessão da liberdade provisória no caso vertente, restando superado o inconstitucional e pueril entendimento anterior.

## 5 CONCLUSÃO

A Justiça não pode ser limitada nem mesmo pela lei e, na espécie buscada de tutela de liberdade, esta não pode sofrer com a lei, devendo, de fato, ter sua proteção.

Mesmo que se interprete que o artigo nefasto da lei de drogas não tenha sido revogado, não se permite, do ponto de vista constitucional, que haja uma restrição de garantia por uma situação abstrata e presumida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. 3ª ed. 2009. pág. 154
- (2) MARCÃO, Renato. Tóxicos. 5ª ed. 2008. pág. 369/370
- (3) ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal especial. 4ª ed. 2008. pág. 66

- (4) STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40)> Acesso em: 05 fev. 2009.
- (5) LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2º edição revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 11.
- (6) BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização do aborto do feto anencéfalo.
- (7) RAMIREZ, Juan Bustos. Imputación objetiva y bien jurídico. Artículo publicado en “La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI”. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Coordinador: Dr. Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale, 2001.