

# **Liberdade Provisória nos Crimes de Tráfico de Drogas - Plenário do STF Declara a Inconstitucionalidade da Vedação Contida no Artigo 44 da Lei de Drogas**

**Renato Marcão**

## **1 Breve Retrospecto**

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), em seu art. 2º, II, passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes hediondos, a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como terrorismo.

É do conhecimento geral, e até por isso desnecessário discorrer a respeito, as discussões que desde então se estabeleceram na doutrina e jurisprudência, a respeito da (in)constitucionalidade da referida proibição genérica, ex lege.

No STF prevaleceu por longo período entendimento no sentido da constitucionalidade da vedação.

Com a vigência da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), a discussão adquiriu novo impulso em razão do disposto em seu art. 21, que passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes previstos nos arts. 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) daquele Estatuto.

Contra tal vedação expressa; genérica e antecipada, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade(1), que resultou procedente, ficando reconhecida afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LXI). Na ocasião, destacou-se que "a Constituição não permite a prisão ex lege, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV)"(2).

Resolvendo a controvérsia, a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072/90, e retirou a vedação antes expressa no inciso II do art. 2º, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes mencionados.

## **2 O Art. 44 da Lei de Drogas**

Dentro do quadro anteriormente apresentado se insere a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), que em seu art. 44 passou a dispor que os crimes previstos em seus arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de liberdade provisória, dentre outros benefícios também expressamente vedados(3).

Conforme sempre sustentamos(4), a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao disposto 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 drogas afins e

terrorismo, derogou o art. 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), de maneira que a vedação antecipada e genérica ao benefício da liberdade provisória não subsiste no ordenamento jurídico vigente.

Ainda que assim não fosse, as razões que fundamentaram o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.823/06 (Estatuto do Desarmamento), servem na mesma medida para fundamentar a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas.

Se as situações são idênticas, como realmente são e isso não se pode negar, não há razão lógica ou jurídica para interpretações distintas e conclusões díspares, geradoras de condenável tratamento desigual.

Mesmo assim, parte considerável da jurisprudência continua inclinada a admitir a vigência e constitucionalidade da vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas(5).

Nestes termos, decidiu o STJ que "a vedação expressa do benefício de liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei nº 11.343/06, é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, LXVI, da CF, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais" (STJ, RHC nº 23.083/SP, 5ª T., relª Minª Laurita Vaz, DJU de 22.04.08).

### 3 O Enfrentamento da Questão no Supremo Tribunal Federal

Em novembro de 2008, ao denegar a ordem no julgamento do HC nº 95.539/CE (STF, 2ª T.), o Min. Eros Grau destacou que a jurisprudência do STF estava alinhada no sentido do não cabimento da liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes.

Seguindo a mesma linha de argumentação, o Min. Ricardo Lewandowski indeferiu liminar no HC nº 100.831/MG, nos seguintes termos: "Em que pese o tráfico ilícito de drogas ser tratado como equiparado a hediondo, a Lei nº 11.343/06 é especial e posterior àquela - Lei nº 8.072/90. Por essa razão, a liberdade provisória viabilizada aos crimes hediondos e equiparados pela Lei nº 11.464/07 não abarca, em princípio, a hipótese de tráfico ilícitos de drogas" (STF, HC nº 100.831/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.09.09).

Contudo, ainda que tardiamente, o STF passou a rever seu posicionamento, de maneira a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação a priori à liberdade provisória, e, de consequência, a insubsistência da negativa ao benefício com fundamento exclusivo na literalidade do art. 44 da Lei de Drogas.

Nessa linha argumentativa, em dezembro de 2008 decidiu o Ministro Celso de Mello que a "vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do STF, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do 'due process', dentre outros

princípios consagrados pela CR" (STF, MC em HC nº 96.715-9/SP, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 19.12.08. Informativo STF nº 533)(6).

Tal forma de pensar foi novamente adotada pelo Min. Celso de Mello ao deferir liminar no HC nº 97.976/MG (DJ de 11.03.09)(7).

Posteriormente, em 17 de setembro de 2009, embora tenha novamente destacado que o STF vinha adotando o entendimento de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes tinha direito à liberdade provisória, por expressa vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06, o Min. Eros Grau reformulou seu posicionamento e concedeu liminar em habeas corpus, consignando que o Min. Celso de Mello, ao deferir a liminar requerida no HC nº 97.976/MG, já havia destacado que o tema estava a merecer reflexão pelo STF, e terminou por decidir que "a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei nº 11.343/06, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII da CB). Daí resultar inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal". E arrematou: "A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável" (STF, HC nº 100.745/SC, rel. Min. Eros Grau, j. 17.09.09).

No dia 10 de maio de 2012, enfim, por ocasião do julgamento do HC nº 104.339/SP, de que foi relator o Min. Gilmar Mendes, o Plenário do STF decidiu, por maioria (vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Luiz Fux), ser inconstitucional a vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas, visto que incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios.

Sobre este tema já nos manifestamos outras vezes - sempre defendendo a inconstitucionalidade da vedação - conforme deixamos claro em nosso livro Tóxicos (8. ed., São Paulo: Saraiva, 2011).

A negativa genérica e abstrata à liberdade provisória, seja qual for a conduta típica imputada - e isso vale também em relação a qualquer crime hediondo ou assemelhado - colide, ademais, com o disposto no art. 310 do CPP, conforme já analisamos cuidadosamente em nosso livro Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas (1. ed., São Paulo: Saraiva, 2011), cuja consulta recomendamos.

#### 4 Conclusão

Ao se permitir a liberdade provisória e condenar pela inconstitucionalidade toda e qualquer vedação ex lege ao benefício, não se está a homenagear a criminalidade, tampouco aqueles que a patrocina. É preciso admitir que "há traficantes e traficantes".

O que se busca, em verdade, é a plenitude do irrenunciável Estado Democrático de Direito e a efetividade das garantias constitucionais alcançadas ao longo dos tempos não sem muitos esforços.

**Busca-se restaurar a presunção de inocência; a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório violados.**

**Com tal proceder, renovam-se os votos de confiança na Magistratura brasileira, acreditando na capacidade de discernimento na avaliação que deve ser feita por seus Ilustres integrantes, caso a caso, na análise da possibilidade, ou não, de se conceder a liberdade provisória.**

**Em última análise, busca-se a tratativa do humano pelo humano no enfrentamento de questões individuais que cada caso traz, sem olvidar do valor Liberdade. Não se olvidando, ainda, que "não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa"(8).**

**No campo em que gravitam reflexões que conduzem às discussões mais elevadas não há espaço para discursos rasteiros e mofados; calcados em doutrina penal baseada no felizmente superado Ato Institucional nº 5.**