

**Lei Antidrogas: liberdade provisória e substituição da pena
privativa de liberdade: vedação legal prevista no art. 44 da
Lei n. 11.343/06. Visão Concretista, principiológica e
constitucionalista do Direito**

Guilherme Tinti de Paiva

Como citar este artigo: PAIVA, Guilherme Tinti de. Lei Antidrogas: liberdade provisória e substituição da pena privativa de liberdade: vedação legal prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/06. Visão Concretista, principiológica e constitucionalista do Direito. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 3, p. 48-66, 2010.



LEI ANTIDROGAS: LIBERDADE PROVISÓRIA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: VEDAÇÃO LEGAL PRE VISTA NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/06. VISÃO CONCRETISTA, PRINCIPIOLÓGICA E CONSTITUCIONALISTA DO DIREITO

Guilherme Tinti de Paiva

Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior.
Pós-graduando em ciências penais pelo IEC-PUC-
MG. Defensor Público do Estado de Minas Gerais

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é realizar uma análise crítica da proibição de concessão da liberdade provisória e substituição da pena nos casos de cidadãos autuados em flagrante e denunciados por suposta prática dos delitos previstos na Lei n. 11.343/06.

O exercício das funções institucionais junto à Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, atuando, em específico, perante a 3ª Vara de Tóxicos de Belo Horizonte e junto à Defensoria Pública criminal especializada em segunda instância, durante o período de março de 2008 a janeiro de 2010 trouxeram experiências concretas que permitem e tornam necessário o aprofundamento do debate, não existindo, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, entendimento unânime a respeito da matéria.

A Lei n. 11.343/06, em seu artigo 44, veda expressamente a concessão de liberdade provisória e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Na prática, diversos pedidos de concessão de liberdade provisória e aplicação de penas alternativas são negados com fundamento exclusivo na vedação prevista na legislação antidrogas e, rotineiramente, presenciamos diversos assistidos serem absolvidos e liberados após permanecerem presos preventivamente por período superior a 05 meses, podendo chegar, em caso de absolvição em segunda instância, 01 ano e 05 meses, acarretando prejuízos muita das vezes irreparáveis.

Pretendemos, pois, neste trabalho, suscitar a incompatibilidade do dispositivo legal, a partir de uma visão crítica do direito, demonstrando, de maneira clara e objetiva, que a Constituição da República somente admite a prisão provisória, antes do trânsito em julgado, quando os requisitos da prisão cautelar se encontram presentes, padecendo a norma prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/06 de vício de inconstitucionalidade material. Por outro lado, busca demonstrar a incompatibilidade da vedação apriorística da aplicação das penas alternativas com o princípio constitucional da individualização da penas.

2. Possíveis limitações constitucionais e legais à concessão de liberdade provisória

Algumas decisões que não concedem a liberdade provisória se pautam em uma “possível” vedação prevista na própria Constituição da República, além da disposição legal contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Entretanto, tal interpretação do texto constitucional não se encontra, *data venia*, pautada em argumentos sólidos e válidos, de maneira que não se sustentam após uma visão completa dos institutos envolvidos.

Argumenta-se que a proibição de liberdade provisória decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (art. 5º, inc. XLIII). Vejamos a seguinte ementa de um Habeas Corpus julgado pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ordem denegada.⁸⁷

No entanto, os argumentos apresentados não encontram suporte na Constituição da República, constituindo, *data venia*, interpretação desarrazoável das normas constitucionais.

A Constituição da República, quando trata dos crimes hediondos e a ele equiparados, definiu, expressamente, os benefícios que não podem ser concedidos, *in verbis*:

“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 omitem”.

Em nenhuma oportunidade a Constituição veda expressamente a possibilidade de concessão de liberdade provisória. A assertiva no sentido de que os delitos de tráfico, além daqueles considerados hediondos, são insuscetíveis de fiança, não pode ser interpretada para alcançar a liberdade provisória sem fiança, uma vez que esta é um adicional em relação aquela, sob pena de se consagrar a regra da analogia *in malam partem*, vedada expressamente pelo texto constitucional, e porque o texto legal não dá margem à incidência da interpretação analógica, vez que a redação do dispositivo é objetiva e sucinta.

⁸⁷ HC 98548, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJE-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-02 PP-00404

A liberdade provisória é o gênero, que inclui duas espécies, segundo o disposto no art. 310 do Código de Processo Penal. Assim, pode ser concedida sob duas condições: 1) apresentação de fiança; 2) sem apresentação de fiança;

Ao vedar a concessão de fiança a Constituição visa assegurar que a manutenção do flagrante fica condicionada à presença dos requisitos que autorizam a prisão cautelar, hipóteses taxativamente previstas no art. 312 do CPP, exigindo-se que a liberação do autuado somente ocorra sob o crivo judicial e nos casos em que a prisão não for necessária.

A liberdade obtida por meio da fiança não fica condicionada à análise dos requisitos que autorizam a prisão preventiva. Se couber fiança, a liberdade será concedida, independente dos motivos que autorizam a custódia preventiva estejam presentes ou não.

Nos casos de crimes hediondos e a ele equiparados, a liberdade provisória fica condicionada à ausência dos requisitos que autorizam a custódia cautelar. Essa a restrição que a Constituição impôs, de maneira a assegurar o controle judicial, com razoabilidade, sem excessos, de maneira a preservar o núcleo fundamental do princípio do estado de inocência e, ao mesmo tempo, assegurar a instrumentalidade do processo e do direito penal.

A liberdade provisória é instituto que encontra previsão expressa na Constituição da República. Dispõe o art. 5º, inciso LXVI, que

“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança...”

Se a intenção do legislador constituinte fosse realmente excluir a liberdade provisória nos crimes hediondos e a ele equiparados não teria incluído o adjetivo “inafiançável”. Eugênio Pacelli de Oliveira, a propósito, leciona:

“Por isso, quando a Constituição veio a se referir à inafiançabilidade para os crimes de racismo e de tortura, e outros, incluindo os previstos no Estatuto do Desarmamento (arts. 14 e 15) e na Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), a única conclusão que se poderia e que se pode extrair do texto é a vedação da concessão da liberdade provisória com fiança. Não há de se falar em proibição da aplicação do art. 310, parágrafo único, seja porque não houve referência expressa na Constituição – e é a própria Constituição que reconhece também existência do regime de liberdade provisória sem fiança (art. 5º, LXVI) -, seja sobretudo, porque não se interpreta uma norma constitucional superveniente com base exclusivamente com base exclusivamente na legislação ordinária então vigente...”⁸⁸

E, mais. Por se tratar de prisão antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, a liberdade provisória deve ser interpretada em sintonia com o princípio constitucional do estado de inocência, consagrado como um dos pilares do direito fundamental à liberdade no Estado Democrático de Direito.

O direito fundamental à liberdade provisória somente pode ser restringido, por meio da lei, com base em fundamentos de cautela, atuando a prisão antes do trânsito em julgado como instrumento de cautela necessária à efetividade do processo, e não como forma de punição do simples flagrante.

E isso porque o artigo 5º, LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

E para demonstrar ainda mais a inconsistência dos argumentos no sentido da existência de óbice na constituição, apresento o seguinte caso concreto, que fica com solução absolutamente desarrazoável.

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 457/458

Suponhamos que uma pessoa foi atuada em flagrante por suposta prática do crime de homicídio qualificado, delito classificado pela Lei n. 8.072/90, como hediondo. No caso, imagine que o crime foi praticado em situação de legítima defesa.

Dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal o seguinte:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Como o juiz, no caso concreto, deveria decidir: Acolher os argumentos no sentido de que por se tratar de crime hediondo não seria possível a concessão de liberdade provisória, ou adotar a solução prevista em lei, concedendo o direito de responder ao processo em liberdade, salvo a existência de motivo concreto que justifique a prisão?

Certamente, no caso, diante da constatação de que o fato possivelmente estaria amparado por uma causa excludente da ilicitude, o mais razoável e compatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência, razoabilidade e acesso à justiça seria a concessão da liberdade provisória, de maneira a preservar o direito fundamental à liberdade, sem prejudicar, por outro lado, a garantia da aplicação da lei penal e preservação da ordem pública.

O direito vem demonstrando que soluções abstratas e genéricas, para todo e qualquer caso, não se adequa ao princípio constitucional do acesso à justiça, que exige não apenas a possibilidade de acesso ao judiciário, mas o oferecimento e obtenção de uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, que protege, com a máxima efetividade, o direito fundamental à liberdade.

A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais atuou em defesa de um assistido, que permaneceu preso por período superior a 08 meses e, quando do julgamento do recurso de apelação, o Egrégio Tribunal de Justiça decidiu pela absolvição, por não existirem provas suficientes para uma condenação.

O assistido era primário, não tinha sequer uma passagem pela polícia, possuía residência fixa, trabalhava e, ainda, colaborava para a manutenção de seu núcleo familiar. Com a prisão, iniciaram-se problemas familiares, como a necessidade de mudança de residência em decorrência da redução da renda familiar, problemas psicológicos, que ainda persistiram mesmo após a saída do sistema prisional, que são agravados com a precariedade do sistema de apoio ao egresso e serviços públicos de saúde.

Não existia nenhum elemento concreto, tal como o risco de reincidir na prática de crimes, não fugiria no curso do processo, e nem tampouco iria ameaçar testemunhas ou provocar danos processuais, sendo a manutenção daquela prisão provisória, que acarreta, sempre, digo sempre, danos irreversíveis, absolutamente desnecessários para fins legítimos do direito penal.

Essa experiência vem a demonstrar a necessidade de aprofundamento da discussão e aumenta a convicção de que as vedações genéricas, e soluções apriorísticas, retiram do direito o que lhe é fundamental, a especificidade do caso concreto, principalmente em matéria penal.

Portanto, não existe óbice na Constituição da República para a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, ficando reservado à lei definir os requisitos para a concessão do benefício.

A legislação infraconstitucional (art. 44 da Lei n. 11.343/06) dispõe, no entanto, que é vedada a liberdade provisória.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 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.

O legislador, ao editar a Lei nº 11.343/06 (art. 44), não observou princípios constitucionais da presunção da inocência (art. 5º, LVII), da necessidade de fundamentação das decisões do Poder Judiciário (art. 5º, LXI e 93, IX), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV).

O mencionado dispositivo legal viola, ainda, o disposto nos art. 5º, incisos LXVI e LV, ambos da Constituição da República.

O princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Carta da República impõe os seguintes mandamentos normativos a fim de assegurar o direito fundamental à liberdade: a) o ônus da prova a respeito da imputação do crime é atribuído, exclusivamente, ao órgão da acusação; b) a custódia cautelar do cidadão somente é admitida quando estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para a sua absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*).

Dai resulta que a prisão só pode ser imposta no curso do processo a título cautelar, de modo que se estiverem presentes as condições de prisão cautelar, o flagrante se mantém, devendo a manutenção da prisão ser devidamente fundamentada pela autoridade judiciária quando da comunicação pela autoridade policial. Caso não estejam presentes as condições de prisão cautelar, o flagrante não se mantém, independente de a lei considerar inafiançável o delito.

A Lei 11.343/06 prevê, abstratamente, que a simples prática do crime de tráfico de drogas é medida cautelar necessária. Isto é, será preso porque a lei o que quer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A prisão preventiva obrigatória é incompatível com a ordem constitucional vigente. A lei não pode fazê-lo. Só pode fazê-lo, diante dessas normas constitucionais, se a prisão tem título cautelar, se corresponde a uma das hipóteses do art. 312, tendentes a assegurar a efetividade do processo ou de uma pena.

Na ocasião do julgamento da ADI 3112, o Ministro Cezar Peluso, pontificou o seguinte a respeito do princípio da presunção de inocência e a necessidade de demonstração dos requisitos da prisão cautelar.

“Para resolver esses três dispositivos legais, temos que, correspondente e coincidentemente, examinar três normas constitucionais importantes. A primeira é o inciso LIII do art. 5º, que é uma garantia, mal denominada, “presunção de inocência”, pois não se trata de presunção no sentido técnico, nem no sentido atécnico, senão de garantia daquele que se encontra na condição de réu, no curso do processo que ainda não chegou ao termo definitivo, de não sofrer, por parte de Estado, nenhuma sanção ou nenhuma medida que tenha o caráter sancionatório e que, portanto, implique restrição de qualquer direito de qualquer espécie. Essa é a primeira garantia.

(...)

E, mais do que isso, temos que conjugar esses dois dispositivos com o inciso LXVI, porque nele a Constituição sublimou à condição de Direito Fundamental o direito à liberdade provisória. Estabeleceu o direito à liberdade provisória como direito fundamental, com ou sem fiança. Daí resulta que a prisão só pode ser imposta no curso do processo a título cautelar, de modo que, se se reúnem as condições de prisão cautelar, o flagrante se mantém; se não se reúnem as condições de prisão cautelar, o flagrante não se mantém, independente de a lei considerar inafiançável o delito.

(...)

Nisso cairíamos também já no exame do art. 21, onde temos a volta prisão preventiva obrigatória, que a mim parece incompatível com a ordem constitucional vigente. Isto é, está preso porque a lei o que quer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A lei não pode fazê-lo. Só pode fazê-lo, diante dessas normas constitucionais, se a prisão

tem título cautelar, se corresponde a uma das hipóteses do art. 312, tendentes a assegurar a efetividade de uma pena futura e eventual. Não é o caso.

O Ministro Ricardo Lewandowski, na ocasião do julgamento, assim se manifestou acerca do princípio da presunção de inocência:

“só para ficar claro, estou considerando inconstitucional justamente a vedação da liberdade provisória, por entender que ela ofende o princípio de presunção de inocência, contida na Constituição; a obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão, da mesma forma nela incluído; e o devido processo legal, que também está na Carta Magna, salvo engano.(página 527)

(...)

“Vossa Excelência me permite? Estou afastando também a constitucionalidade desse dispositivo dizendo que nosso sistema constitucional não compadece com a prisão ex lege. Se a prisão for necessária, o juiz decretará prisão cautelar.”(p. 532)

Destaque-se, por oportuno, a ementa ADI 3112. *Verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. (...) 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...⁸⁹

Ao nosso entender a vedação abstrata à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06 restringiu, de maneira desarrazoável, o direito fundamental à liberdade provisória, não se baseando tal restrição em elementos de cautela, mas, sim, como forma de punição antecipada do cidadão autuado em flagrante.

É certo que o legislador poderia negar o direito à concessão da liberdade provisória, mas, com um núcleo fundamental que não pode ser violado, qual seja, a cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁸⁹ ADI 3112/DF; Relator Ministro Ricardo Lewandowski; Data de Publicação: 02/05/2007

Na ordem constitucional vigente, segundo os princípios do estado de inocência (art. 5º, LVII) e do direito fundamental à liberdade provisória (art. 5º, LXVI), a prisão antes do trânsito em julgado somente pode se basear em elementos de cautela e nunca de antecipação de punição.

Impedir a concessão da liberdade provisória pelo simples fato de se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes, por si só, caracteriza uma norma de caráter punitivo, o que não é possível em se tratando de prisão antes do trânsito em julgado.

O agente que for autuado em flagrante pela prática do delito de tráfico deverá, obrigatoriamente, permanecer preso durante o processo, não sendo possível a concessão da liberdade provisória mediante a demonstração da ausência dos requisitos da cautelaridade.

A ordem constitucional vigente não admite prisões automáticas, sem o requisito da cautelaridade, sendo absolutamente contrária ao princípio da presunção de inocência.

A impossibilidade de argumentação a fim de demonstrar a ausência dos requisitos da cautelaridade da prisão também viola o devido processo legal, na medida em que restringe de maneira desarrazoável a ampla defesa.

A ampla defesa é cerceada na medida em que não se afigura possível demonstrar que os requisitos da prisão cautelar, estabelecidos pela Lei (art. 312 do CPP), não se encontram presentes. A legislação, em um juízo analítico, proibiu qualquer possibilidade de discussão, o que não se afigura possível.

Tal postura é contrária aos valores decorrentes da ordem constitucional vigente, que estabelece o direito principiológico, que deve ser compreendido, interpretado e aplicado caso a caso, sob pena de danos irreparáveis, o que não é compatível com o Estado Social e Democrático de Direito.

Pretendemos demonstrar como a construção de um direito principiológico, marcado pelos elementos fáticos de cada caso concreto, pode evitar danos irreparáveis aos cidadãos.

A vedação à possibilidade de análise da ausência dos requisitos da cautelaridade, pelo fato da lei presumir abstratamente a necessidade da custódia, viola a garantia do acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

A ordem constitucional vigente não garante apenas o acesso à justiça, mas, sim, o acesso efetivo e justo. A concessão de medidas cautelares, consistentes na possibilidade de responder ao processo em liberdade, mediante a demonstração da plausibilidade da alegação, proporciona o efetivo e justo acesso à justiça, razão pela qual a vedação abstrata da concessão da liberdade provisória, independente da análise dos requisitos de cautela, ofende a garantia presente no art. 5º, XXXV, CR.

Em recente decisão o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar em Habeas Corpus interposto no exercício das funções institucionais perante a defensoria pública criminal especializada em segunda instância, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso, que assim decidiu pelo afastamento da súmula 691 do STF e pela concessão da liberdade provisória:

“A Segunda Turma tem rejeitado a mera referência ao art. 44 da Lei nº 11.343/06 como suficiente a manter a prisão em flagrante, uma vez que tal determinação “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 Constituição do Brasil). 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” (HC 99.278/MC, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 04/06/2009. No mesmo sentido: HC nº 99.832, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 17/11/2009; HC nº 100.742, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 03/11/2009; HC nº 93.056, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 15/05/2009; HC nº 99.043/MC, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe 03/06/2009; HC nº 100.733/MC, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 10/11/2009.

Diante da patente incompatibilidade entre o art. 44 da Lei nº 11.343/06 e o direito penal constitucional, há de se rejeitar a posição adotada pela sentença condenatória, no sentido de que a vedação legal é fundamento suficiente para a concessão da liberdade provisória. Assim, o decreto prisional – ou a decisão que mantém a prisão em flagrante – deve observar os requisitos de cautelaridade dispostos no art. 312 do CPP.”⁹⁰

No informativo n. 533 do Supremo Tribunal Federal consta a publicação de decisão do Ministro Celso de Melo no mesmo sentido:

EMENTA: “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. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA: FATOR QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A PRISÃO PREVENTIVA. 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.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, publicadas no informativo n. 572 vem assim decidindo:

A Turma deferiu habeas corpus a fim de que condenada pelos crimes descritos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 seja posta em liberdade. No caso, a paciente, presa em flagrante, fora condenada em primeira instância e tivera negado o seu pleito de apelar em liberdade, ao argumento de persistirem os fundamentos da prisão cautelar anteriormente decretada. Alegava a impetração que não haveria base concreta à justificação da custódia cautelar para garantia da aplicação da lei penal, não passando a afirmação judicial nesse sentido de mera presunção. Sustentava, ainda, ser a paciente primária, ter bons antecedentes e residência fixa, além de já ter progredido para o regime semi-aberto. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)

Aduziu-se que a necessidade de garantia da ordem estaria fundada em conjecturas a respeito da gravidade e das conseqüências dos crimes imputados à paciente, não havendo qualquer dado concreto a justificá-la. Asseverou-se que, no que tange à conveniência da instrução criminal — tendo em conta o temor das testemunhas —, a prisão deixara de fazer sentido a partir da prolação da sentença condenatória. Considerou-se que a circunstância, aventada na sentença, de que a prisão em flagrante consubstanciaria óbice ao apelo em liberdade não poderia prosperar, dado que a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em

⁹⁰ HC 101100, Relator Ministro Cezar Peluso.

flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei de Drogas, implicaria afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (CF, artigos 1º, III, e 5º, LIV, LVII). Frisou-se, destarte, a necessidade de adequação da norma veiculada no art. 5º, XLII, da CF — adotada pelos que entendem que a inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória — a esses princípios. Enfatizou-se que a inafiançabilidade, por si só, não poderia e não deveria — considerados os princípios mencionados — constituir causa impeditiva da liberdade provisória. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)

Evidenciou-se, assim, inexistirem antinomias na CF. Ressaltou-se que a regra constitucional — bem como a prevista na legislação infraconstitucional — seria a liberdade, sendo a prisão exceção, de modo que o conflito entre normas estaria instalado se se admitisse que o seu art. 5º, XLII, estabelecesse, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Saliu-se ser inadmissível, ante tais garantias constitucionais, compelir-se alguém a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, impossibilitando-o, ademais, de usufruir de benefícios da execução penal. Registrou-se não se negar a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes, nocividade aferível pelos malefícios provocados no quanto concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Esclareceu-se, por fim, todavia, que se imporia ao juiz o dever de explicitar as razões pelas quais cabível a prisão cautelar. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)⁹¹

O posicionamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça vem sendo firme no sentido de que “a vedação trazida pelo art. 44, da Lei nº 11.343/06, por si só, não constitui fundamento idôneo a justificar a manutenção da segregação cautelar. Assim, de rigor o reconhecimento de constrangimento ilegal.” Destaco alguns dos precedentes obtidos pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (HC 149.562, Relator Ministro OG Fernandes, HC 149.563, Relator Ministro Celso Limongi, e HC 133.932, Relator Ministro OG Fernandes, HC 161.802, Relator Ministro Celso Limongi 142.799, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

Por fim, a título de informação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral com relação a possível vício de inconstitucionalidade no mesmo art. 44 da Lei nº 11.343/06, que veda a possibilidade de concessão de liberdade provisória. *Verbis*:

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Joaquim Barbosa. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello e Cármen Lúcia.⁹²

Assim, conclui-se que inexistente vedação constitucional à concessão da liberdade provisória nos casos de crimes previstos na Lei n. 11.343/06, não podendo a manutenção da prisão em flagrante ser fundamentada apenas na previsão legal do art. 44 da lei antidrogas, devendo ser motivada em elementos concretos e nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

3. Vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade

Com relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, vem predominando na jurisprudência o entendimento pela impossibilidade, diante da

⁹¹ Informativo 572 do Supremo Tribunal Federal

⁹² Recurso Extraordinário nº 601.384

previsão do art. 44 da Lei n. 11.343/06. Entretanto, pretendemos demonstrar que vedação legal, de maneira genérica e abstrata, viola a Constituição da República.

A Constituição da República estabeleceu, taxativamente, os benefícios que não podem ser concedidos para os crimes hediondos e os a eles equiparados. *Verbis*:

“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 omitem”.

Em nenhum dispositivo a Constituição da República impede e veda a concessão da pena alternativa aos delitos hediondos e a ele equiparados, não fazendo qualquer diferenciação quanto à individualização da sanção, não excluindo da possibilidade de análise pelo magistrado da pena concreta, do regime e demais meios punitivos, suficientes e adequados para fins constitucionalmente legítimos do Direito Penal, necessariamente, Constitucional.

A própria Constituição da República, apesar de delegar à legislação ordinária completar a lista dos crimes hediondos, definiu um limite material, qual seja, a não concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia para os que incidirem em tais delitos, não excluindo a vedação à aplicação das penas alternativas.

A Constituição da República, no art. 5º, XLVI, assegurou, logo após tratar dos crimes hediondos e a ele equiparados, o princípio da individualização das penas, prescrevendo, dentre elas, as penas restritivas de direitos:

“Art. 5º (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Logo, no plano constitucional, não há restrição à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Em nenhum momento a Constituição da República restringiu a garantia prevista no art. 5º, XLVI, CR, em especial, a aplicação das penas alternativas aos delitos hediondos e a ele equiparados.

Estar-se-ia diante, assim, de opção constitucional, que, além de cultuar o vetor da proporcionalidade entre os bens jurídicos violados e a resposta punitiva do Estado, traduziria que a pena privativa de liberdade corporal não seria a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal quando se tratar, inclusive, de crimes hediondos e a ele equiparados.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de seu órgão máximo, o plenário, já havia consagrado o entendimento de que apenas por se tratar tráfico ilícito de entorpecentes não é vedada a substituição da pena.

“Habeas Corpus. 2. Tráfico de Entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente. 5. Definição da espécie da

pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida.⁹³

No plano infraconstitucional existe a vedação prevista nos artigos 33, §4º e 44 da Lei nº 11.343/06, que vem sendo aplicada pelos operados, sem maiores discussões. A questão posta, portanto, consiste em definir e identificar a (in)constitucionalidade do dispositivo legal.

Com o presente trabalho pretendemos demonstrar que a vedação genérica e abstrata afronta os princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CR), da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CR), bem como os subprincípios deste, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, princípios que são norteadores do direito penal moderno, e são abarcados pela Carta Magna.

O princípio da individualização das penas atua em três dimensões. Primeiramente, no âmbito legislativo. Posteriormente, na fase judicial, quando da aplicação e fixação das penas pelo magistrado que julga a pretensão punitiva. Por fim, na fase de execução da pena. Pois bem.

A fase em que o juiz aplica a pena significa a imperiosa tarefa de transportar para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto os comandos abstratos da lei. Nessa primeira etapa da concretude individualizadora da reprimenda, o juiz sentenciante se movimentaria com irreprimível discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade, e outra que já não tivesse por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado, sem prejuízo, de que a proposição da lei pudesse ser endurecedora nos crimes enunciados pela Constituição Federal (art. 5º, LXII).

A lei não poderia fechar para o julgador a porta da alternatividade sancionatória, podendo estabelecer, no entanto, a cumulação da pena que tivesse por conteúdo a liberdade com outra pena desvestida de tal natureza.

O Direito Penal poderia cumular penas, inclusive a privativa e a restritiva de liberdade corporal (CF, art. 37, § 4º), mas lhe é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se deslocar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória, levando em consideração as peculiaridades de cada indivíduo submetido ao controle estatal.

Uma coisa seria a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade, severidade legal jurisdicionalmente sindicável tão-só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade, outra seria proibir pura e secamente, como fez o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a convalidação da pena supressora ou restritiva da liberdade em pena restritiva de direitos.

Com o advento da Lei n. 9.714/98, o legislador ordinário ampliou as possibilidades de aplicação de medida alternativa ao aprisionamento, isto é, a pena restritiva de direitos, conferindo ao art. 44 do CP a sua atual redação, o qual fixa as balizas da substituição com base em pressupostos de ordem objetiva e subjetiva, ou seja, juízos de ponderação ("Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: ... III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.").

A reforma no Código Penal atuou de maneira a concretizar a garantia constitucional da individualização de toda e qualquer reprimenda. Assim, no momento da sentença, o juízo de suficiência da pena convolada seria do magistrado inafastavelmente como consequência mesma da garantia da individualização da pena que seria a pena personalizada, em função das circunstâncias objetivas do crime e das condições do protagonizadoras do agente e também da vítima.

Tratar-se-ia, portanto, de necessário recurso à ponderação judicial de fatos típicos e sua autoria delituosa, na trama de um "processo orteguiano" de concretização constitucional que o art. 59 do CP teria vindo a completar ("Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à

⁹³ HC 85894 - Plenário - Rel. Ministro Gilmar Mendes - 19.04.2007

conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”).

O Poder Legislativo não pode, como fez com a Lei n. 11.343/06, no exercício de sua competência, editar leis que violem princípios constitucionais. Como bem ensina Alexy “*quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.*”⁹⁴

Para fomentar ainda mais o debate acerca da necessidade do controle de constitucionalidade dos atos legislativos, conforme bem salientou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, *verbis*:

as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (...) e proibição de proteção deficiente (...)

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é que a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva da lei penal configura-se como reserva legal proporcional (...): a proibição do excesso funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal”⁹⁵

A vedação abstrata e genérica, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto - primariedade, antecedentes, o *quantum* da pena e, principalmente, a necessidade e suficiência da pena (artigos 44 e 59 do Código Penal) e, diante das condições pessoais e sociais do apenado - afronta o princípio da individualização das penas, consagrado no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, eis que impossibilita ao julgador, diante do caso concreto, aplicar a pena que mais se adequa às condições pessoais do acusado e às necessidades de prevenção ao crime.

O princípio da proporcionalidade, no âmbito do Direito Penal, possui importante destaque de servir como instrumento de balizamento e concretização do princípio constitucional da individualização das penas, permitindo que medidas menos gravosas sejam aplicadas, quando sejam suficientes e adequadas para atingir a finalidade da pena.

O princípio da proporcionalidade se depreende da própria essência da Constituição, sendo decorrente da cláusula do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV.

Segundo o princípio da proporcionalidade, em especial, subprincípio adequação, uma atuação estatal (legislativa, judiciária e administrativa) que intervém nos direitos fundamentais deve ser adequada para a obtenção de fim constitucionalmente legítimo.

O subprincípio da adequação implica duas exigências para toda e qualquer intervenção nos Direitos Fundamentais: 1) existência de um fim constitucionalmente legítimo; 2) a adequação ou idoneidade do meio escolhido e adotado para favorecer a obtenção deste fim.

Desta forma, o aplicador do direito, em especial, o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional de controle de constitucionalidade, deve verificar qual fim a medida procura

⁹⁴ Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes

⁹⁵ ADI 3112-1, que julgou inconstitucional disposição legal que vedava, abstratamente, a liberdade provisória (art. 21 da Lei nº 10.826/06)

concretizar e, posteriormente, analisar a relação entre o meio e o fim, para determinar se o meio favorece, de algum modo, a realização do fim.

Se o fim interventivo é constitucionalmente ilegítimo ou se não há fim algum, o meio interventivo é arbitrário. A inadequação, no seu extremo, equivale, juridicamente, à arbitrariedade, eis que se pode dizer que o meio não é adequado a obter um fim constitucionalmente ilegítimo. O meio interventivo arbitrário, desproporcional, por falta de adequação, deve ser considerado inconstitucional.

Se o fim for constitucionalmente legítimo, examina-se a adequação meio-fim. O subprincípio adequação diz respeito à aptidão ou adequação de determinado meio deve ter para alcançar o fim legítimo pretendido.

Pois bem. A finalidade de tipificação e punição do comércio de substâncias entorpecentes é, sem sombra de dúvidas, constitucionalmente legítimo, não sendo o objetivo do presente abordar a discussão a respeito da descriminalização da conduta.

O fim legítimo da pena, sem maiores aprofundamentos em matéria de teoria das penas, é a busca pela ressocialização do apenado, de maneira que, por meio da pena, se consiga obter a preservação dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos e indispensáveis para o convívio em sociedade.

Objetiva-se com a aplicação da pena fazer com que o apenado não volte a cometer novos crimes e respeite as normas estabelecidas pelo Estado em benefício do bem estar social.

Analisemos, agora, o meio para a obtenção desse fim, fazendo a ressalva da previsão legal de diminuição da pena em até dois terços, quando o réu foi primário, sem antecedentes e não integrar organizações e atividades criminosas (art. 33, §4º, Lei nº 11.343/06), chegando ao ponto da pena concretizada restar estabelecida em 01 ano e 08 meses e na maioria dos casos inferiores a 04 anos de reclusão.

Será que, em todos os casos, a pena privativa de liberdade é adequada para a obtenção do fim almejado?

Sempre, em juízo categórico, a pena privativa de liberdade é necessária, quando se tratar de crime de tráfico ilícito de entorpecente?

Seria adequado, para fins de prevenção especial e geral, manter o condenado primário, sem qualquer envolvimento com crimes e organizações criminosas, na prisão, por um curto período, onde tudo de errado se aprende?

Será que um pequeno encarceramento nas unidades prisionais de nosso país, realidade que deve ser levada em consideração para aplicação de qualquer norma e principalmente pena, servirá para o sentenciado nunca mais voltar a delinquir?

Os índices de reincidência dos apenados que cumpriram pena privativa de liberdade, comparado com os melhores resultados decorrentes das penas alternativas, indicam e demonstram até mesmo a necessidade de adoção de medidas antiprisionais, alternativos às prisões e métodos tradicionais de justiça criminal.

As penas alternativas foram instituídas com a finalidade de evitar que condenados a penas pequenas sejam retirados do convívio social e colocados em ambientes degradantes que, na maioria das vezes, mais prejudica do que beneficia a própria sociedade, tornando ainda mais difícil a ressocialização do apenado.

Seria adequado adotar uma situação mais gravosa, quando se poderiam adotar outras medidas, que certamente atingiriam menos a dignidade do preso e poderiam produzir efeitos mais positivos para a sociedade?

Certamente que não, o que demonstra a inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que impede a substituição da pena, na medida em que esvazia o núcleo fundamental do princípio da individualização da pena, aplicando a pena privativa de liberdade mesmo quando exista outra tão eficiente e menos gravosa à dignidade do ser humano.

A prática vem demonstrando que as penas alternativas são muito mais eficazes do que as penas privativas de liberdade, ainda mais, levando-se em consideração os moldes em que as penas privativas de liberdade são cumpridas hodiernamente e os índices de reincidência dos apenados que cumpriram penas alternativas, quando comparado com o índice daqueles que cumpriram pena privativa de liberdade.

Qual pena será mais eficaz para reintegrar o apenado à sociedade: continuar preso num local superlotado, que não garante o mínimo da dignidade da pessoa humana ou a prestação de serviços à sociedade, com melhores chances de recuperação e ressocialização?

Não estamos defendendo a aplicação indistinta das penas alternativas, mas, sim, a possibilidade de, no caso concreto, o juiz, analisando as circunstâncias pessoais do acusado, bem como os motivos que ensejaram o crime e a capacidade de reinserção social, fixar a pena que melhor se amolde, para cumprir fielmente o seu objetivo, que é reintegrar apenado à sociedade, evitando que ele volte a delinquir.

Esse é o espírito norteador da Lei de Execuções Penais, que prescreve em seu artigo 1º:

“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado”⁹⁶

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, destaca a função ressocializadora da pena:

“A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão (ou finalidade) ressocializadora. Aliás, não tem cumprido bem nem sequer a função inocuidadora (isolamento), visto que, com frequência, há fugas no nosso sistema. A pena de prisão no nosso país hoje é cumprida de maneira totalmente inconstitucional (é desumana, cruel e torturante). Os presídios não apresentam sequer condições mínimas para ressocializar alguém. Ao contrário, dessocializam, produzindo efeitos devastadores na personalidade da pessoa. Presídios superlotados, vida sub-humana etc. Essa é a realidade. Pouco ou nada é feito para se cumprir o disposto no art. 1º da LEP (implantação de condições propícias à integração social do preso)”⁹⁷

Na mesma esteira de raciocínio, Leonardo Luiz De Figueiredo Costa defende a aplicação das penas alternativas ao crime de tráfico, como uma forma de individualizar o tratamento entre os diferentes níveis de traficante, afirmando que a substituição:

“... traz um alívio ao magistrado e à sociedade, pois possibilita, dentro do espírito da lei brasileira, o tratamento diferenciado entre o grande traficante, o capitalista do tráfico, daqueles que são seu instrumento, suas vítimas, os aviões, as pessoas humildes, os moradores de favelas, os desempregados, que pressionados pelo traficante ou pela própria miséria, são presos com quantidades irrisórias de substâncias entorpecentes que destinavam à venda, com o fim de subsistir ou mesmo de alimentar o próprio vício (...)

Em vez de segregados juntos a marginais de altíssima periculosidade, nas escolas do crime em que se tornaram os presídios, poderão ser reintegrados, de maneira inteligente à sociedade, através da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas”⁹⁸

⁹⁶ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de jul de 1984.

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro, in Wiki-Iuspedia, 18.04.03

⁹⁸ COSTA. Leonardo Luiz De Figueiredo. Lei 9.714/98 – Penas restritivas de direitos: aplicação aos crimes de tráfico de entorpecentes, RT 765/470.

Aliás, se recomenda, tanto hoje quanto ontem, que se evite 'a ação criminógena cada vez maior do cárcere', conforme bem disse o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nilson Naves:

"Ora, não são de hoje nem de ontem, mas de anteontem os apelos no sentido de que se deve, por uma série de razões de todos nós amplamente conhecidas, incentivar sejam adotadas sanções outras para os denominados delinqüentes sem periculosidade. Por exemplo, confirmaram-se os seguintes tópicos de três exposições de motivos: (I) 'Parece fora de dúvida que a gravidade da situação exige a imediata reformulação de alguns dispositivos legais, de modo a reservar o recolhimento a prisão para os criminosos de maior periculosidade, possibilitando aos estabelecimentos existentes dedicar-se com maior rigor àqueles cuja conduta representa mais acentuado perigo, quer para as pessoas, individualmente, quer para a sociedade, orientação que se coaduna com as recomendações de vários organismos internacionais' (Exposição de Motivos da Lei nº 6.416/77); (II) 'Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma 'procura mundial' de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade' (Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Cód. Penal); (III) 'O espírito que norteou a Reforma de 1984 continua presente nesta parte, principalmente quando reafirmamos que 'uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para crimes de pequena e média gravidade, se assim considerar o juiz ser medida justa. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade' (Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 3.473/00, que altera a Parte Geral do Cód. Penal).

Então, se razão estritamente jurídica não houvesse, mas há, sem dúvida que há, razões de política criminal igualmente existem, ótimas e suficientes razões. Nos últimos dias – e isso já aconteceu em outros momentos, inclusive através de palavras minhas –, a imprensa escrita e falada dedicou páginas e páginas, palavras e palavras ao sistema prisional brasileiro, que passa, segundo as reportagens, 'por uma crise sem precedentes'.

Confira-se, entre outras, a edição 316 da Revista Época, que constata, primeiro, que 'cerca de 30% da população prisional poderia estar cumprindo penas alternativas. A aplicação não chega, porém, a 10% dos casos, enquanto na Europa atinge 70%'; segundo, que 'a desorganização prolonga a estada de quem já podia ter saído da prisão'.

Confira-se, também, o artigo de Janio de Freitas publicado na Folha de S. Paulo de 6.6.04, que afirma: 'No Brasil enraizou-se a idéia de que a cadeia é escola do crime. Será a cadeia? Ou a escola do crime é a sociedade que, por suas representações políticas e institucionais, cria e preserva condições das quais o ser humano é levado a sair como ser desumano, se ainda não o era depois das experiências precedentes?'

Já disse, mais de uma vez, mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo; aliás, o agravamento das penas, por si só, não constitui fator de inibição da criminalidade. Estou entre aqueles que defendem a necessidade de um Direito Penal humanitário."⁹⁹

Como explica César Barros Leal:

as penas restritivas de direito surgiram "em resposta à falência do sistema prisional e consolidando a percepção de que o cárcere deve ser visto como ultima ratio, uma mal

⁹⁹ STJ. HC-32.498, DJ de 17.12.04.

necessário que cumpre restringir-se apenas aos crimes mais graves, aos mais violentos', sendo que as alternativas à pena de prisão que permitem ao condenado a manutenção do convívio social, do trabalho e da família mostram-se 'menos onerosas, muito mais humanas e capazes de garantirem a reintegração do condenado'¹⁰⁰

Alberto Silva Franco e Juliana Belloque, com muita propriedade criticam a vedação inserta na nova lei antidrogas:

"Todavia, merecem duras críticas esses dispositivos legais que expressamente retiraram do juiz o poder de análise, no caso concreto, da suficiência da substituição para a prevenção e repressão do delito. A despeito de ter, salutarmente, diferenciado, na quantidade de pena a ser imposta, o pequeno do grande traficante, o legislador, num contrasenso, não procedeu à mesma diferenciação no que toca à espécie de pena a ser imposta, dirigindo-se na contra-mão da moderna política criminal e ferindo, de modo flagrante, o princípio da proporcionalidade, pois proíbe a substituição da privação de liberdade de curta duração, que chega a ficar aquém da metade do limite previsto pelo art. 44 do Código Penal"¹⁰¹

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco lecionam:

"A vedação da conversão em penas restritivas de direitos não vai ser atendida cegamente pelos juízes. Ocorre que o STJ já possuía entendimento no sentido de se aplicar, em alguns casos de tráfico de drogas, a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos. Agora, então, com a minorante, com muito mais razão será cabível a substituição.

A matéria vai provocar controvérsias entre os cegos aplicadores da lei e os intérpretes comprometidos com a razoabilidade e o bom senso dentro da idéia de sistema penal como um todo.

Nós sustentamos o cabimento da conversão da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, apesar da proibição legal. Se o juiz chegou a reduzir a pena ao máximo de 2/3, por exemplo, tendo em vista o que dispõe o art. 42, não pode haver impedimento para o magistrado, se entender cabível a conversão."¹⁰²

Imperiosas as palavras do Ministro Gilmar Mendes, Relator do Habeas Corpus n.º 85.894-5/RJ, no qual se pleiteava a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, em crime de tráfico de entorpecentes:

"Sustentei, ainda, que o modelo adotado na Lei 8.072, de 1990, faz tábua rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos, pois não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização. Retira-se qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Parece inequívoco, ainda, que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade.

(...)

¹⁰⁰ LEAL, César Barros. Penas alternativas: uma resposta eficaz. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, jan-jun. 2000, p. 26.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência. 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 294.

¹⁰² THUMUS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p.90

Assim, afastada a vedação à progressão de regime, e pelos mesmos fundamentos desses precedentes e do HC n.º 82.952-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 23.02.06, não vejo óbice à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, nos crimes hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais”.

Na mesma linha de raciocínio do HC n.º 82.959-SP, que declarou a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, por violar o princípio da individualização da pena e da humanidade, a tendência do Supremo Tribunal Federal é declarar a inconstitucionalidade da vedação abstrata às penas alternativas.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 97256, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, decidiu submeter ao plenário para analisar possível inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/06. (Informativo 560)

A Turma deliberou afetar ao Plenário julgamento de habeas corpus em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questiona a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas (“Os crimes previstos nos arts. 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.”). Sustenta a impetração que a proibição, no caso de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofende as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional. HC 97256/RS, rel. Min. Carlos Britto, 22.9.2009. (HC-97256)

No informativo n. 579 do Supremo Tribunal Federal anunciou-se o voto do Ministro Ayres Britto, que decidiu pela declaração incidental de inconstitucionalidade do §4º do art. 33, com relação a expressa “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no também aludido art. 44, ambos dispositivos da Lei 11.343/2006.

Oportuno mencionar recente julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 102678, em inédita decisão, cujo acórdão ainda não foi publicado, sendo que o trabalho é originário da Defensoria Criminal especializada em segunda instância da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

O Superior Tribunal de Justiça, em especial, a Sexta Turma, vem acompanhando o entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. No informativo n. 427 consta o seguinte:

“O paciente foi condenado e incurso nas penas do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. O Tribunal *a quo*, à vista do § 4º, reduziu-as em seu grau máximo, ficando estabelecido um ano e oito meses de reclusão em regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena. Inicialmente, destacou o Min. Relator que a Sexta Turma deste Superior Tribunal vem admitindo a substituição da pena mais gravosa desde o julgamento do HC 32.498-RS, DJ 17/4/2004. Destacou, também, que o STF, no julgamento do HC 82.959-SP, entendeu que conflita com a garantia de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/1988) a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Entendeu que, como a progressão tem a ver com a garantia da individualização, de igual modo, a substituição da pena mais gravosa. E concluiu pela concessão da ordem, substituindo a pena privativa de

liberdade por duas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, deixando a cargo do juiz da execução estabelecer o que for necessário para a implementação das penas. A Min. Maria Thereza de Assis Moura e o Min. Og Fernandes salientaram que, até agora, seu posicionamento era denegar a ordem de *habeas corpus*, tendo em vista a decisão da Corte Especial que concluiu pela constitucionalidade da vedação. Mas, diante do posicionamento do STF no HC 102.678-MG, a decisão da Corte Especial sofreu outro posicionamento, em que restou assegurada a possibilidade da conversão da pena, aplicável nas hipóteses da Lei n. 11.343/2006, para o delito de tráfico, respeitadas as circunstâncias fáticas. Então, votaram também no sentido da concessão da ordem. Diante disso, a Turma, por maioria, também o fez. Precedentes citados: HC 120.353-SP, DJe 8/9/2009; HC 112.947-MG, DJe 3/8/2009; HC 76.779-MT, DJe 4/4/2008, e REsp 661.365-SC, DJe 7/4/2008. HC 118.776-RS, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 18/3/2010.¹⁰³

Assim, concluímos que os artigos 33, §4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, na parte em que vedam a possibilidade de substituição, violam os princípios da individualização das penas (art. 5º, XLVI, CR) e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CR), devendo, em cada caso concreto, ser reconhecida, por meio do controle difuso, a inconstitucionalidade, analisando-se o preenchimento ou não dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

4. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito a liberdade provisória constitui direito fundamental do cidadão, que vem consagrada expressamente no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição da República.

É garantido, ainda, o estado de inocência do cidadão, que implica, necessariamente, na diferenciação entre prisão pena e prisão instrumental. A primeira somente pode ser imposta ao cidadão condenado por decisão com trânsito em julgado. A segunda possui, necessariamente, caráter instrumental, admissível somente nas hipóteses taxativamente previstas em lei (art. 312 do CPP) para o resguardo da ordem pública ou ordem econômica, da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ou resguardar o regular andamento do processo.

A prisão cautelar obrigatória, com caráter absoluto e abstrato, sem a necessidade da presença de elementos tipicamente cautelares, viola a Constituição da República, na medida em que contraria os princípios do estado de inocência, do direito à liberdade provisória, do devido processo legal e, principalmente, do acesso à justiça.

Portanto, a conclusão do presente trabalho é no sentido de somente ser admissível a manutenção da prisão em flagrante, nos delitos previstos na Lei n. 11.343/06, quando estiverem presentes os requisitos que justificam a prisão cautelar, a saber, aqueles enumerados pelo art. 312 do CPP.

Por outro lado, concluímos que a vedação abstrata à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, prevista na Lei n. 11.343/06, viola os princípios de individualização das penas (art. 5º, XLVI, CR) e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CR), devendo, em cada caso concreto, ser reconhecida, por meio do controle difuso, a inconstitucionalidade, analisando-se o preenchimento ou não dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

5. BIBLIOGRAFIA

¹⁰³ Informativo 427 do Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de jul de 1984.

COSTA, Leonardo Luiz De Figueiredo. Lei 9.714/98 – *Penas restritivas de direitos: aplicação aos crimes de tráfico de entorpecentes*, RT 765/470

FRANCO, Alberto Silva.; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro*, <http://www.lfg.com.br/public_html> Acesso em: 28.02.2010

LEAL, César Barros. *Penas alternativas: uma resposta eficaz*. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, jan-jun. 2000, p. 26.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

THUMUS, Gilberto.; PACHECO, Vilmar. *Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007