

STF E LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE DE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

**Ewerton Rodrigo Konell¹
Luiz Eduardo Cleto Righetto²**

SUMÁRIO

Introdução; 1. A evolução histórica da Lei de Drogas no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Conceito de drogas; 2.1. Ponto de vista geral; 2.2. Ponto de vista doutrinário; 2.3. Ponto de vista legal; 3. Considerações acerca do procedimento criminal disciplinado pela Lei n.º 11.343/06; 4. Breves considerações acerca da vedação à liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas; 5. Da análise da (in)constitucionalidade da negação a benesse de liberdade provisória ao infrator previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06 pelo Supremo Tribunal Federal; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo apresentar a evolução história das leis repressivas às drogas em nosso país, identificando seus objetivos e pontos característicos no tempo que permaneceram em vigência no ordenamento jurídico brasileiro para, ao final, trazer à baila a discussão acerca da (in)constitucionalidade da vedação contida no art. 44 da referida lei sob a ótica doutrinária e a análise da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Constituição; Drogas; Entorpecentes; Lei de Tóxicos; Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o combate às drogas vem sendo realizada em nosso país, uma vez que a preocupação dos cidadãos, imperadores e legisladores, teve início nos tempos coloniais - período historicamente denominado Brasil Colônia – e, a partir disso, foi ganhando mais ênfase no desenvolvimento histórico-cultural brasileiro.

¹ Acadêmico regularmente matriculado no 9º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, e-mail: rodrigo_inself@hotmail.com;

² Advogado Criminalista; Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI;

Neste contexto, podemos dizer que a primeira legislação que veio a ser importar, mesmo de forma singela, com a pretensão em referência foram as Ordenações Filipinas, em 1605.

Com o passar do tempo estas substâncias, que até então estavam às escuras, vieram a adquirir notoriedade perante a sociedade brasileira, o que levou uma grande quantidade de cidadãos a se tornarem usuários e outros articuladores do tráfico.

Diante deste cenário, os legisladores da época passaram a elaborar leis repressivas ao uso, porte e venda (tráfico) de drogas, porém, nenhuma delas logrou sucesso em sua finalidade, a qual ganhou um status utópico.

Neste diapasão, o nosso país necessitava de uma norma que viesse a produzir efeitos positivos na luta contra as drogas, com observância dos princípios e preceitos constitucionais estabelecidos pela Lei Maior de 1988, foi criada e promulgada a Lei n. 11.343/06, a qual trouxe em seu bojo algumas inovações em detrimento das legislações antigas quanto à previsão das condutas delitivas; a forma de aplicação das penas; nova perspectiva processual; e, a vedação à concessão de liberdade provisória pela prática das condutas lá esculpidas.

A vedação contida na atual legislação antidrogas – tema do presente artigo – foi aplicada por muito tempo pelos julgadores no cotidiano jurídico, mais precisamente na análise de casos de violação aos ditames da *lex* em referência, em razão do Supremo Tribunal Federal ter consolidado seu entendimento neste norte.

No entanto, a proibição trazida pela Nova Lei de Drogas passou a ser alvo de debates doutrinários após a alteração legislativa sofrida pela Lei n.º 9.082/90, em decorrência da Lei n.º 11.464/06, a qual alterou o disposto no art. 2º daquele diploma legal, retirando a liberdade provisória do rol lá esculpido.

Em razão da discussão acerca do tema ter ganhado mais intensidade, a matéria foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal para que fosse realizada nova análise sob a ótica constitucional e das demais legislações pertinentes a fim de modificar o entendimento consolidado e aplicado nos últimos anos.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI DE DROGAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A luta contra o uso e tráfico de entorpecentes e drogas afins vem se arrastando desde os tempos coloniais, podendo-se dizer mais precisamente que o marco inicial desta tendência foi com a vigência das Ordenações Filipinas no território brasileiro, em meados do século XIX, a qual previa: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”.³

O Código Filipino, muito influenciado pelo Direito Romano, Canônico e Germânico, foi aplicado por mais de dois séculos em nosso país e demonstrava preocupação com a posse, o comércio e da importação de substâncias tóxicas, prevendo penas de confisco de bens e deportação para África.⁴

As Ordenações Filipinas saíram de cena somente com a promulgação do Código Penal do Império, em 16 de dezembro de 1830, o qual se olvidou de dispor sobre as drogas em seu bojo.⁵

Não obstante o Código Penal Imperial de 1830 não ter tratado da questão relativa às drogas, o regulamento de 29 de setembro de 1851 abordou o assunto ao disciplinar sobre a venda de substâncias e medicamentos ao disciplinar sobre a política sanitária.⁶

Em 1890, sob a influência das alterações históricas sofridas naquela época (Lei Áurea e Proclamação da República) foi promulgado um novo Código Penal que buscava viabilizar novas percepções quanto à ordem social com a criação de mecanismos administrativos para sua durabilidade.⁷ Essa codificação previa

³ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 1;

⁴ Brasil – Senado Federal. <Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx> - Acesso em: 13/05/13>;

⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 1;

⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 1;

⁷ ROCHA, Osmar de Oliveira. **A Lei n.º 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas**, Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 24 dez. 2008. <Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.22538&seo=1> – Acesso em: 14/05/13>

penalidades para quem comercializava ou ministrava substâncias venenosas desrespeitando alguns preceitos, *in verbis*⁸:

“Art. 159. Expor á venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000.”

Todavia, esse dispositivo legal não logrou êxito no combate à onda de tóxicos que inundou o nosso país em 1914, oportunidade em que foi criado o Decreto n.º 4.294/21, o qual sofreu modificações em razão do Decreto n.º 15.683/22, sendo seguido pelo regulamento aprovado pelo Decreto n.º 14.969/21.⁹

A edição de novas leis e decretos foi necessária conforme o cenário nacional ia se modificando com o avanço do tráfico e o consumo de drogas, originando, assim, a criação do Código Penal de 1940, o qual buscou reprimir o uso de substâncias que acarretariam em dependência física ou psíquica¹⁰, consoante se infere em seu art. 281¹¹:

“Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis”.

A edição da Lei n.º 5.726/71 trouxe mudanças significativas quanto à política de combate ao tráfico e uso de entorpecentes por apresentar medidas preventivas e

⁸ Brasil – **Código Penal Imperial de 1830**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm – acesso em: 24/04/13>;

⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 1;

¹⁰ ROCHA, Osmar de Oliveira. **A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 24 dez. 2008. <Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.22538&seo=1> - Acesso em: 17 maio 2013>;

¹¹ Brasil – **Código Penal de 1940**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm - Acesso em: 24/04/2013>;

repressivas à mercancia e posse substâncias psicotrópicas, além da alteração do rito processual para o julgamento dos referidos delitos.¹²

Assim como as demais leis, o referido diploma legal foi revogado, mantendo-se somente o artigo 22, que previa o procedimento sumário para expulsão de estrangeiro pela prática de crime de tráfico de entorpecentes, pelo advento da Lei n.º 6.368/76, a qual seguiu o norte apontado por sua antecessora, porém, passou a abordar em artigos distintos as condutas de tráfico ilícito de drogas (artigo 12) e de posse para uso próprio (artigo 16).¹³

Nesse diapasão a Constituição Federal de 1988 também trouxe sua parcela de contribuição na repressão às drogas classificou que a o crime de tráfico ilícito de entorpecentes era inafiançável (art. 5, XLIII), insuscetível de graça e anistia¹⁴

Em janeiro de 2002, foi promulgada a Lei n.º 10.409, a qual deveria substituir integralmente a lei vigente até então.¹⁵

Contudo, ante a péssima qualidade na definição dos crimes, o Poder Executivo vetou o Capítulo III da respectiva lei, que tratava especificamente dos “Crimes e das Penas”, e o artigo 59, que previa a revogação da Lei anterior.¹⁶

Não obstante o veto da parte material da Lei n.º 10.409/02, a sua processualística foi preservada e aplicada em conjunto com o antigo diploma legal até o advento da Lei n.º 11.343/06, que solucionou tamanha confusão legislativa.¹⁷

Atualmente em vigência em nosso ordenamento jurídico, a nova lei antidrogas (Lei n.º 11.343/06) trouxe avanços notáveis na esfera material e processual, na política de combate ao tráfico ilícito e uso de substâncias tóxicas,

¹² GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 3.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 5;

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente, **1943 – Tóxicos: Prevenção-repressão** – 13 ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4;

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 6;

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 6/7;

¹⁷ AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.º 2440, 7 mar. 2010. <Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14470> - Acesso em: 14/05/2013;

sendo, mais clara e objetiva, facilitando, assim, a sua compreensão para os estudiosos e toda a população, gizando-se que o referido diploma legal também possui problemas e conflitos que possibilitam alguns entraves jurídicos.

2 CONCEITO DE DROGAS

Muito embora existam inúmeras definições de drogas, existem 03 (três) que possuem extrema relevância no cenário nacional, a saber: definição geral, médica e legal.

2.1 DO PONTO DE VISTA GERAL

Dentro das várias conceituações de drogas, extrai-se do dicionário informal on-line:¹⁸

“Substância química, que pode trazer vários tipos de efeitos, como alucinógenos e estimulantes. Também são consideradas drogas quaisquer substâncias que causam dependência”.

Neste norte, a doutrina também se preocupou em conceituar as substâncias ilícitas, assim como Vicente Greco Filho que define entorpecente como¹⁹:

“Venenos que agem efetivamente sobre o córtex cerebral, suscetíveis de provocar agradável ebriedade, de serem ingeridos em doses crescentes sem determinar envenenamento agudo ou morte, mas capazes de gerar estado de necessidade tóxica grave e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas profundas e progressivas”.

No mesmo sentido, Alexis Sales de Paula Souza afirma²⁰:

“Destaque-se que a Lei n. 11.343/06 substituiu a expressão "prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou

¹⁸ Brasil. **Dicionário informal on-line**. <Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/droga/> - Acesso em: 24/04/2013>;

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11;

²⁰ SOUZA, Alexis Sales de Paula e. **O crime de financiar o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1505, 15 ago. 2007. <Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10277> - Acesso em: 05/05/13>;

psíquica" da ementa e do art. 1º da Lei n. 6.368/76, pela expressão "repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes".

Assim, resta cristalino que a palavra droga pode ser conceituada como substância que venha a causar alterações psíquicas, consoante delimitado pela legislação em vigor.²¹

2.2 DO PONTO DE VISTA MÉDICO

A palavra droga à luz da medicina moderna pode ser conceituada como:²² "qualquer substância que, ao ser utilizada, altera o comportamento do indivíduo e induz à autoadministração - ou seja, o indivíduo que usou vai querer usar novamente."

O médico declara em uma passagem de seu artigo que se enquadram nesta definição: o álcool, cigarro, maconha, cocaína, heroína, LSD, dentre outras.

Por fim, importante mencionar que existem substâncias ali enquadradas que seu uso é permitido em escala mundial, classificadas pela ANVISA como drogas lícitas (álcool e cigarro).

2.3 DO PONTO DE VISTA LEGAL

A nova lei antidrogas traz em seu bojo o conceito legal no parágrafo único do art.1º, a seguir transcrito²³:

"[...] Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar

²¹ GRECO FILHO, Vicente, **1943 – Tóxicos: Prevenção-repressão** – 13 ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4;

²² FOCCHI, Guilherme Rubino de Azevedo. <Disponível em: <http://www.polbr.med.br/arquivo/artigo0904b.htm> - Acesso em: 13/05/13>.

²³ Brasil. **Lei n.º 11.343/06**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm - Acesso em: 13/05/13>;

dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Sob esse prisma, Greco Filho e Rassi entendem que o conceito legal está em consonância com aquele trazido pela doutrina²⁴:

“O conceito legal está de acordo com aquele apresentado pela doutrina. A qualificação jurídica de droga, segundo a doutrina é toda substância natural ou sintética suscetível de criar: a) um efeito sobre o sistema nervoso cerebral; b) uma dependência psíquica ou física; c) um dano à saúde pública e social”.

Todavia, os mesmos doutrinadores afirmam que a lei em vigência tornou os delitos de tráfico de entorpecentes e correlatos em norma penal em branco, como havia feito a Lei n.º 6.368/76, o que seria uma solução pior, que desatende os interesses sociais.²⁵

A respeito da norma penal em branco, Renato Marcão ensina²⁶:

“Para a verificação das modalidades típicas que a Lei estabelece, é preciso buscar a complementação de cada dispositivo que faz referência à droga”.

Assim, denota-se que os conceitos acima mencionados apresentam similaridade entre si, não obstante apresente aspectos diversos dependendo da forma com que venha a ser interpretada.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCEDIMENTO CRIMINAL DA LEI N.º 11.343/06

A nova lei antidrogas em vigência disciplina o procedimento penal adotado nas infrações regradadas em seu bojo.

O caput do art. 48 da referida lei prevê que se aplicarão subsidiariamente as diretrizes previstas no Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 12/13;

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 13;

²⁶ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas** – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3.

Já o parágrafo primeiro do mesmo diploma legal preconiza dois procedimentos a serem adotados pelo julgador: um para crime de porte (art. 28) e outro para as demais infrações (arts. 33 a 39)²⁷.

Quanto ao rito adotado pela eventual prática do crime previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/06, aplicam-se os ditames processuais previstos na Lei n.º 9.099/95, exceto se a conduta for conexa com algum dos crimes previstos na lei antitóxicos.²⁸

A respeito da competência dos Juizados Especiais Criminais, o STJ já proferiu a seguinte manifestação:

“PROCESSUAL PENAL – Habeas corpus – Porte de entorpecentes para uso próprio – Infração de menor potencial ofensivo – Competência do juizado especial criminal – Lei n.º 11.343/06. I – Com o advento da Lei n.º 11.313/2006, que modificou a redação do art. 61 da Lei n.º 9.099/95 e consolidou o entendimento já firmado nesta Corte, “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para todos os efeitos desta Lei as contravenções penais e os crimes que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”, independentemente de a infração possuir rito especial. II – Assim, o delito de porte de entorpecente para uso próprio, embora possua rito especial, está abarcado pela competência do Juizado Especial Criminal. (Precedentes). Ordem concedida” (STJ, 5ª T., HC n.º 73.453/MG, Min. Félix Fischer, j. em: 14/06/2007).

No mesmo sentido, o HC n.º 65.236/MG, Min. Gilson Dipp, j. em: 05/12/2006.

Interessante ressaltar que, o delinquente que portar drogas consigo, não poderá ser preso em flagrante em hipótese alguma, não obstante o previsto no parágrafo único do art. 69 da Lei n.º 9.099/95, mesmo que o agente se recuse em assumir compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal²⁹, salientando-se

²⁷ Brasil. **Lei n.º 11.343/06**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm - Acesso em: 13/05/13>;

²⁸ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas** – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 389;

²⁹ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas** – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 391.

que, caso ocorra a prisão do usuário, este deverá ser imediatamente posto em liberdade, nos termos do art. 321, I, do CPP³⁰.

Outro ponto importante é a realização de exames de corpo de delito adotado pelas autoridades policiais visando evitar eventuais acusações de violência pelos usuários de drogas ao serem abordados³¹.

Caso não seja o entendimento pelo arquivamento do termo circunstanciado, o Órgão Ministerial poderá propor a imediata aplicação das penas previstas no art. 28 da Lei n.º 11.343/06, nos termos e condições da mesma lei.³²

Outrossim, com relação ao procedimento adotado nos demais tipos penais previstos na lei antidrogas (art. 33 a 39), há a aplicação de um rito especial para averiguação da suposta prática criminal.

O art. 50 da Lei n.º 11.343/06 prevê: “que ocorrendo à prisão em flagrante, à autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, a comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.”³³

Existem duas formas de investigação: a prisão em flagrante e inquérito policial.

A prisão em flagrante ocorrerá nas hipóteses previstas no art. 302 do CPP, observando-se as formalidades constantes no art. 304 do mesmo diploma legal.³⁴

Por sua vez, o inquérito policial, é uma peça escrita e possui a finalidade de investigar a existência de um fato criminoso e de sua autoria, devendo ser finalizado e entregue dentro dos prazos previstos no art. 51 da Lei n.º 11.343/06.³⁵

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 178;

³¹ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 178;

³² GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 178;

³³ Brasil. **Lei n.º 11.343/06** <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm - Acesso em: 13/05/13>;

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 178;

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 183.

Atingidos os prazos discriminados no artigo de lei suscitado, a autoridade policial cumprirá o disposto no art. 52 do mesmo diploma legal³⁶:

“Art. 52 Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II - requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento”.

Cumpridos todos os requisitos supramencionados, realizar-se-á instrução criminal, a qual é disciplinada pelo art. 54 e seguintes da Lei n.º 11.343/06.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

³⁶ Brasil. **Lei n.º 11.343/06**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm - Acesso em: 13/05/13>

Há muito se discute a possibilidade a possibilidade de concessão da benesse de liberdade provisória pela prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Isso porque existiam ditames legais (leis) que assim o disciplinavam o tema, podendo-se citar a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe em seu bojo que a prática da conduta delituosa em foco era inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5, XLIII).

Nesta esteira, foi promulgada a Lei n.º 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), a qual inovou ao disciplinar no inciso II de seu art. 2º, que os crimes elencados no *caput* seriam insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, *in verbis*³⁷:

Redação original da Lei nº 8072/90

“Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – [...]

II – fiança e liberdade provisória”.

Neste interim, entrou em vigor a Lei n.º 11.343/06 (atual Lei antidrogas), cujo art. 44 vedou também a possibilidade de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas³⁸:

“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”.

Diante de tal perspectiva legal, o entendimento dos Tribunais de Justiça estavam consolidados quanto à impossibilidade da concessão de liberdade provisória àqueles levados a prisão de forma preventiva, pela suposta prática dos crimes previstos na atual legislação antidrogas.

³⁷ Brasil – **Lei de Crimes Hediondos** - <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm - Acesso em: 13/05/13>

³⁸ Brasil – **Lei de Tóxicos** - <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm - Acesso em: 13/05/13>

No entanto, 15 (quinze) anos após a promulgação da Lei n.º 8.072/90, o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional o disposto no inciso II, do art. 2º do referido diploma legal, foi reputado inconstitucional e alterado pelo Congresso Nacional em 2007.

A alteração legislativa supramencionada se deu mediante a promulgação da Lei n.º 11.464/07, que alterou o seu artigo segundo, retirando a vedação genérica de liberdade provisória, pela suposta prática de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, derogando, desta feita, o disposto no art. 44 da Lei n.º 11.343/06³⁹:

Nova redação dada pela Lei 11.464/06

“Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – [...]

II – fiança. (NR)”.

Com efeito, diante dessas alterações legislativas, iniciaram-se discussões doutrinárias sobre o tema, o que resultou, de certo modo, na divisão de entendimentos jurisprudenciais sobre a (in)constitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, consoante se infere dos julgamentos dos HC's n.º 103715/RJ e 100185/PA, respectivamente.

Neste norte há de se destacar o pensamento do Ilustre doutrinador Renato Marcão, o qual entende que a alteração sofrida pela Lei n.º 8.072/90 não encerra definitivamente a discussão acerca da (in)constitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei de Tóxicos⁴⁰:

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

Ocorre, entretanto, que no dia 29 de março de 2007 entrou em vigor a Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao

³⁹ Brasil – **Lei n.º 8.072/90** - <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm - Acesso em: 13/05/13>

⁴⁰ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas** – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 370.

disposto no inciso II do art. 2º da Lei n.º 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, terminando por derogar o art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (Nova Lei de Drogas), de maneira que a vedação antecipada e genérica ao benefício da liberdade provisória não subsiste no ordenamento jurídico vigente”.

De contrapartida, existem doutrinadores que entendem que as alterações legislativas não modificaria o texto que disciplina a vedação à liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, como Vicente Greco Filho⁴¹

[...] A modificação genérica não alcança o tráfico, mantendo-se a proibição de liberdade provisória.

Dessarte destaca-se também que a Carta Política de 1988 e as demais legislações mencionadas neste tópico, excetuando o art. 44 da Lei n.º 11.343/06, não privam a liberdade provisória nos crimes de tráfico, mas tão somente consideram tal delito insuscetível de fiança, graça e anistia.

Não bastasse isso, houve outro fator que contribuiu para o acaloramento da discussão em curso sobre o tema, que foi a alteração sofrida pelo Código de Processo Penal, em decorrência da Lei n.º 12.403/11, a qual modificou todo o capítulo que tratava da prisão e liberdade provisória.⁴²

Tal mutação avocou para o *Codex* Processual Penal a tarefa de disciplinar o tema em relação aos crimes previstos na Lei de Tóxicos, o que originou um conflito de normas, o qual é solucionado pelos critérios estabelecidos pela teoria geral do direito sobre a aplicação das leis, quais sejam *in casu*: critério cronológico e especial.⁴³

⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006** / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008, p. 183.

⁴² Brasil - **Blog do Estevão Melo** - <Disponível em: <http://estevaomelo.blogspot.com.br/2011/05/trafico-de-drogas-cabimento-da.html> - Acesso em: 13/05/13>

⁴³ Brasil - **Blog do Estevão Melo** - <Disponível em: <http://estevaomelo.blogspot.com.br/2011/05/trafico-de-drogas-cabimento-da.html> - Acesso em: 13/05/13>

Com isso, haverá doutrinadores que também defenderão a aplicação da vedação prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 pelo critério da especialidade e aqueles que defenderão o Código de Processo Penal retira a especialidade da Lei Antidrogas, no que diz respeito à matéria de prisão, incorporando na argumentação a mudança sofrida pela Lei n.º 8.072/90⁴⁴.

Dessa forma, não se vislumbrava o fim da discussão sobre a matéria, com consenso entre os estudiosos a que viesse agradar ambas as correntes doutrinárias, sem contar que isso resultou também na divisão de entendimentos jurisdicionais e jurisprudenciais quanto à possibilidade ou não de concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, estando, desta feita, os agentes encarcerados e aqueles que viriam a ser, com seu destino a mercê do entendimento dos juízes, desembargadores e ministros para os quais seus processos foram e seriam distribuídos.

5 DA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA NEGAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS PERANTE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por muito tempo houve a manutenção do entendimento quanto à aplicação da vedação à concessão de liberdade provisória, pela suposta prática dos crimes previstos na atual Lei de Tóxicos.

Isso porque, explicado no tópico anterior, as Leis n.º 8.072/90 e 11.343/06 autorizavam os julgadores a não conceder a referida benesse, conforme se infere do julgamento do HC n.º 95539, de relatoria do Min. Eros Grau, j. em: 25/11/08⁴⁵:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. NÃO-CABIMENTO [CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ART. 5º, INC. XLIII]. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL EM FASE CONCLUSIVA. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. PRISÃO RESULTANTE DE

⁴⁴ Brasil – **Blog do Estevão Melo** - <Disponível em: <http://estevaomelo.blogspot.com.br/2011/05/trafico-de-drogas-cabimento-da.html> - Acesso em: 13/05/13>

⁴⁵ Brasil – **Supremo Tribunal Federal – HC n.º 95539** - <Disponível em: www.stf.jus.br – Acesso em: 13/05/13>

SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO DIVERSO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está alinhada no sentido do não-cabimento da liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes --- interpretação respaldada no art. 5º, inc. XLIII da Constituição do Brasil. 2. Excesso de prazo. Inexistência: o encerramento da instrução criminal depende, no caso, apenas das alegações finais de co-réu, não havendo desídia por parte do Poder Judiciário. 3. Paciente que, ademais, encontra-se preso em consequência de sentença condenatória proferida em uma das diversas ações penais a que responde. Ordem indeferida”.

No mesmo sentido, o Min. Ricardo Lewandoski indeferiu a liminar do HC n.º 100.831⁴⁶.

No entanto, a reforma legislativa sofrida pela Lei n.º 8.072/90, em decorrência da Lei n.º 11.464/07, resultou em uma discussão doutrinária acerca da possibilidade de concessão da liberdade provisória em favor daqueles que estavam ou seriam recolhido pela eventual prática de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

A discussão (acalorada) acerca do tema proporcionou a divisão dos entendimentos jurisdicionais e jurisprudenciais no cotidiano jurídico, o que foi levado ao conhecimento da Suprema Corte para análise e reflexão por seus componentes, oportunidade em que o entendimento, até então pacífico, foi revisto e modificado ao ponto de ser reconhecida a possibilidade da concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas face a insubsistência da vedação prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

Com efeito, o novo entendimento passou a ser aplicado pela Corte de forma reiterada, consoante se percebe dos julgamentos da Med. Cautelar em HC n. 96.715-9/SP e HC 97.976/MG, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello.⁴⁷

⁴⁶ Brasil – **Supremo Tribunal Federal – HC n.º 10.881** <Disponível em: www.stf.jus.br – Acesso em: 13/05/13>

⁴⁷ MARCÃO, Renato. **Liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas. Plenário do STF declara inconstitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n.º 3240, 15 maio 2012. <Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21766> - Acesso em: 14/05/13>;

Contudo, a maior inovação sobre o tema em âmbito, foi por ocasião do julgamento do HC n.º 104.339/SP, onde o Supremo Tribunal Federal, após deliberar em plenário, declarou, por maioria dos votos (vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio), a inconstitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, ao argumento, segundo o relator do processo, Min. Gilmar Mendes, de que a regra prevista na lei seria incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios.

Afirmou ainda que, ao afastar a concessão de liberdade provisória de forma genérica, a norma retira do magistrado competente a oportunidade de analisar, no caso concreto, os pressupostos de necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, o que afrontaria diversos dispositivos constitucionais vigentes⁴⁸.

Importante citar os argumentos realizados pelos eminentes Ministros Dias Toffoli e Ayres Brito, respectivamente, em seus votos, os quais acompanharam o relator do processo, no sentido em que a Carta da República não veda a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas e que a liberdade é regra no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁹.

Divergindo dos demais componentes da Corte, os excelentíssimos Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, proferiram entendimentos idênticos no sentido de ser reconhecida a constitucionalidade da norma em apreço, pois ela detém o cunho repressivo ao uso, porte e tráfico ilegal de entorpecentes e drogas afins, as quais estão umbilicalmente ligadas à criminalidade que paira sobre o nosso país⁵⁰.

Diante desta nova perspectiva, os demais Tribunais e juízes hierarquicamente inferiores estão vinculados ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal (efeito vinculante), devendo analisar cada caso à luz do disposto no art. 312 do CPP, grifando-se que não havendo óbice algum, ou seja, o acusado preencha os requisitos lá esculpidos, o magistrado deverá coloca-lo em liberdade

⁴⁸ Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br> – Acesso em: 14/05/13>;

⁴⁹ Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br> – Acesso em: 14/05/13>

⁵⁰ Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br> – Acesso em: 14/05/13>

novamente (art. 321 do CPP), podendo, também, determinar que sejam cumpridas todas ou algumas das medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP⁵¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito alhures, desde os tempos coloniais já existia certa preocupação com as drogas, não obstante o seu desconhecimento pelos nossos antepassados.

Com a evolução da sociedade, os entorpecentes foram ganhando destaque na sociedade, o que obrigou os nossos legisladores a editar inúmeras normas a fim de conter e reprimir o uso, porte e tráfico destas substâncias, as quais não logram êxito nesta empreitada.

Ante o aumento do índice de uso e comercialização ilegal de drogas, o Poder Legislativo elaborou a Lei n.º 11.343/06, a qual, dentre todas as normas já editadas, foi a que se mostrou mais eficiente em todos os aspectos, não obstante a existência de algumas lacunas no texto legal.

A declaração de inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória nos crimes de tráfico, certamente não irá cair nas graças do povo e de alguns doutrinadores (corrente minoritária), seja porque estes defendem que a alteração sofrida pela Lei n.º 8.072/90 não reflete na legislação antidrogas em vigor, seja porque a prática destas condutas criminosas possui alto valor moral perante a sociedade, o que facilmente se infere das explanações feitas pelos Ministros que tiveram seus votos vencidos no julgamento do HC n.º 104.339/SP.

Não obstante toda a discussão que envolve o tema, a qual está longe de ser encerrada, penso que a declaração de inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória foi acertada, mesmo sendo um crime de alto valor moral, haja vista que podem existir muitas pessoas recolhidas pela suposta prática destes atos de forma injusta – pelo enquadramento equivocado ou por assumir a conduta de outrem -, bem como por partilhar dos entendimentos utilizados para fundamentar os votos

⁵¹ Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130> – Acesso em: 14/05/13>

KONELL, Ewerton Rodrigo; RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. STF e liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas: análise de sua (in)constitucionalidade. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 347-366, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

vencedores no julgamento do HC n.º 104.339/SP, sem contar que tal medida contribuirá no desafogamento do sistema prisional brasileiro.

Assim, todos que se encontram encarcerados ou aqueles que venham a ter a sua prisão cautelar decretada, terão chance de aguardar o julgamento em liberdade após preencher os requisitos esculpido no art. 312 do CPP.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.º 2440, 7 mar. 2010. <Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14470> - Acesso em: 14/05/2013>;

Brasil - **Blog do Estevao melo** - <Disponível em: <http://estevaomelo.blogspot.com.br/2011/05/trafico-de-drogas-cabimento-da.html> - Acesso em: 13/05/13>;

Brasil – **Código Penal Imperial de 1830**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm – acesso em: 24/04/13>;

Brasil – **Código Penal de 1940**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm - Acesso em: 24/04/2013>;

Brasil. **Dicionário informal on-line**. <Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br> – Acesso em: 24/04/13>;

Brasil. **Lei n.º 11.343/06**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm - Acesso em: 13/05/13>;

Brasil – **Senado Federal**. <Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx> – Acesso em: 14/05/13>;

Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br> – Acesso em: 14/05/13>;

Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130> – Acesso em: 14/05/13>;

FOCCHI, Guilherme Rubino de Azevedo. <Disponível em: <http://www.polbr.med.br/arquivo/artigo0904b.htm> - Acesso em: 13/05/13>;

KONELL, Ewerton Rodrigo; RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. STF e liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas: análise de sua (in)constitucionalidade. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 347-366, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada: Lei n.º 11.343 / 2006 / Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi – 2ª. ed.rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2008;**

GRECO FILHO, Vicente, **1943 – Tóxicos: Prevenção-repressão – 13 ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009;**

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008;**

MARCÃO, Renato. **Liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas. Plenário do STF declara inconstitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei de drogas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n.º 3240, 15 maio 2012.
<Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21766> - Acesso em: 14/05/13>;

ROCHA, Osmar de Oliveira. **A Lei n.º 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas**, Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 24 dez. 2008.
<Disponível em:
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.22538&seo=1> – Acesso em: 14/05/13>;

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto. **Da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas. Princípio constitucional da isonomia e proporcionalidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1562, 11 out. 2007. Disponível em:
<<http://jus.com.br/revista/texto/10533>>. Acesso em: 15 maio 2013;

SOUZA, Alexis Sales de Paula e. **O crime de financiar o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1505, 15 ago. 2007.
<Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10277> - Acesso em: 05/05/13>.