

CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS – ATIVISMO JUDICIAL – BREVE ESTUDO DE CASO

Daniela Borges Freitas
(Mestre em Direito - UNIVEM)

Taciana Soares de Oliveira
(Graduanda no Curso de Direito – UNIVEM)

Resumo: Este artigo visa estudar, ainda que superficialmente, um julgado do Supremo Tribunal Federal e sua mudança de posicionamento em relação à concessão de liberdade provisória em crime de tráfico de drogas. Isto se dá pelo fato de que, em regra, tal concessão é expressamente vedada pela Lei 11.343/2006, bem se proíbe fiança para tal crime na Constituição Federal, art. 5º, XLIII. Para tanto utilizamos o método hipotético dedutivo, com pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas; Liberdade Provisória; Ativismo Judicial.

INTRODUÇÃO

A Lei de Drogas – 11.343/2006 – fixou em seu artigo 44 a vedação à liberdade provisória, esta vedação também foi feita pela Carta Constitucional de 1988, art. 5º, XLIII, que estabeleceu ser inafiançáveis, além de outros, o ilícito de drogas.

O fato é que, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em suas duas Turmas, era no sentido de respeito absoluto à vedação fixada na Lei, bem como na Constituição de 1988, por isso, ambas negavam provimento a concessão de liberdade provisória em caso de prisão para acusados por tráfico de drogas.

Numa breve análise das decisões do STF, verifica-se em seus acórdãos que em data de 3/11/2009, no julgamento do HC 110742/SC, a 2ª Turma julgou de forma divergente de seu próprio entendimento de anos, ao conceder a liberdade provisória para acusada por crime de tráfico de drogas. E, ainda que haja outras decisões anteriores nesse sentido (STF HC 97976 MG – decisão monocrática; STF HC 840787 MG – tribunal pleno) é no HC 110742/SC, da 2ª Turma do STF para, analisando o caso concreto, reconhecer o ativismo judicial e a mudança de entendimento sobre a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.

Nesse sentido, este trabalho tem por prioridade fazer um estudo sobre o ativismo judicial em um caso concreto, advindo de decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que outrora denegava liberdade provisória para acusados de tráfico de drogas, mas que em novembro de 2009 mudou seu posicionamento, concedendo a liberdade, mesmo contrariando o dispositivo da Lei 11.434/2006, art. 44, e a inafiançabilidade expressa constitucionalmente, art. 5º, XLIII, CF/88.

1. A VEDAÇÃO LEGAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA E A INAFIANÇABILIDADE CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

O art. 5º, XLIII, CF/88 estabelece que, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.
[GRIFO NOSSO]

Com a vigência da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas –, fez-se valer a regra da inafiançabilidade imposta pela Constituição Federal. Assim, o tráfico de drogas, de acordo com o art. 44, da referida lei e do 5º, XLIII, CF/88, é inafiançável e, portanto, insuscetível de concessão de liberdade provisória.

Por muitos anos o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de respeito às tais normas, e na maioria das vezes, levou-se em conta a gravidade do crime de tráfico de drogas, bem como sua hediondez, para manutenção do flagrante aos acusados presos e a não concessão da liberdade provisória.

A justificativa para decisões denegatórias, como se vê, por exemplo, no HC 108652/PE – STF –, é de que há vedação constitucional e infraconstitucional por se tratar de crime inafiançável. Nessa baila, inúmeros outros acórdãos negaram provimento a pedido de liberdade provisória em caso de tráfico de entorpecentes.

Sabe-se que com o advento da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º, II, Lei 8072/1990 – Crimes Hediondos –, abriu-se a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança ao crime de tráfico de substâncias ilícitas. Porém, mesmo com tal alteração, o Supremo Tribunal Federal manteve seu posicionamento, em suas duas Turmas, e continuou a negar provimento aos pedidos de liberdade provisória aos presos por tráfico de substâncias ilícitas, e assim descreve em sua decisão a Ministra Carmem Lúcia no RHC 105431/GO,

É insusceptível de liberdade provisória o preso em flagrante por crimes hediondos ou equiparados. A inafiançabilidade imposta ao delito de tráfico de drogas imputado ao Paciente, constitucionalmente estipulada, basta para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante a alteração da Lei n. 11.464/2007 (art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/1990) para suprimir a expressão “e liberdade provisória” (BRASIL, 2011).

Por isso, basta que a Constituição Federal trate o tráfico de drogas como inafiançável, para ser suficiente a não concessão da liberdade provisória mesmo com a alteração da Lei dos Crimes Hediondos que retirou de seu bojo a vedação da liberdade provisória sem fiança para tais crimes. E assim foram reiteradas vezes decidido pelo STF, negando-se a liberdade, com a justificativa da inafiançabilidade descrita na CF/88 e na Lei de Drogas.

Nota-se que este também era o entendimento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. E que, portanto, a regra é absolutamente válida, não havendo a necessidade de analisar os requisitos impostos pelo Código de Processo Penal para concessão da liberdade durante a instrução do processo ou ainda após a condenação recorrível.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais de Justiça sempre foram divergentes sobre esta ótica da não análise dos requisitos para concessão da liberdade provisória, art. 312, Código de Processo Penal, quando se tratava de tráfico de substâncias entorpecentes.

De um lado, a maioria das decisões atendendo a vedação imposta pela CF/88 e pela Lei 11.343/2006, e de outro, alguns julgados que concediam a liberdade para o acusado ao analisar os requisitos que permitem ao acusado aguardar fora do cárcere à instrução ou julgamento de recurso (art. 312, CPP).

Na doutrina vê-se que esta vedação é tida como inconstitucional por alguns juristas, pois se a liberdade é a regra descrita pela própria CF/88, o que leva o constituinte a não permitir nem a análise dos requisitos (art. 312, CPP) para concessão da liberdade provisória? E nesse sentido escreve o professor Oliveira,

A afirmação do texto constitucional, no sentido de que determinados crimes seriam inafiançáveis, não apresenta, necessariamente, um obstáculo intransponível à restituição da liberdade. Bastaria que o legislador, posterior à Constituição, estabelecesse um regime de cautelares diversos da fiança para os tais delitos inafiançáveis, mais igualmente eficientes. [...] Não cabe a lei, e nem a Constituição, afirmar necessidades prévias em matéria de prevenção contra determinados riscos, quando estes, os riscos, fundamento daquelas, somente podem ser constatados, *in loco*, em cada caso concreto.

[...] São inconstitucionais por violarem a garantia individual da exigência de fundamentação judicial para toda e qualquer restrição de direitos no processo penal (OLIVEIRA, 2011, p. 587-588).

No HC 97976/MG do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Celso de Mello, menciona a inconstitucionalidade da vedação para concessão da liberdade provisória aos acusados e presos por tráfico de drogas, e assim escreve em sua decisão,

[...] Não se decreta prisão cautelar, sem que haja real necessidade de sua efetivação, sob pena de ofensa ao 'status libertatis' daquele que a sofre. Irrelevância, para efeito de controle da legalidade do decreto de prisão cautelar, de eventual reforço de argumentação acrescido por tribunais de jurisdição superior. Precedentes. Medida cautelar deferida (BRASIL, 2009b).

Ainda que não se tenha julgamento reconhecendo a inconstitucionalidade da vedação imposta pela Lei de Drogas, é certo que o posicionamento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal se modificou recentemente e passou a analisar no caso concreto os requisitos para manutenção da prisão em flagrante, sendo assim, e, conseqüentemente, passou a decidir favorável ao paciente a ordem de *habeas corpus* nos casos que não fundamentasse a contento o art. 312 do Código de Processo Penal, ou ainda, quando a fundamentação era exclusivamente sob o enfoque da vedação legal e da gravidade do fato.

Verifica-se que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal ainda decidiu baseando-se na vedação constitucional e legal, denegando a concessão da liberdade aos presos por tráfico de drogas. Isso demonstra que o STF nos dias atuais não tem posicionamento uniforme sobre o tema, restando aos pacientes à sorte de ter seu *habeas corpus* julgado pela 1ª ou 2ª Turma daquele Tribunal.

2. CASO CONCRETO SOBRE A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Destacam-se para análise, o HC STF 100742/SC, no qual houve decisão favorável à concessão de liberdade provisória para preso por tráfico de drogas, contrariando vedação *ex lege* da Constituição e da Lei 11.343/2006. De antemão, não se adentrará na análise do afastamento da Súmula 691, STF, mas tão somente no mérito da concessão de ofício da liberdade ao paciente, bem como entendimento de outros acórdãos no mesmo sentido.

Assim como noutros acórdãos da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 97346/SP), o *habeas corpus* em friso destaca a impossibilidade de manutenção da prisão sem que haja prévia análise dos requisitos autorizadores da cautelar prisional e afasta a gravidade do fato como único fundamento de tal medida.

De acordo com a redação do art. 312 do Código de Processo Penal, é necessário haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e ainda ser mantido o flagrante ou decretada a preventiva como garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Com a vedação expressa na Lei de Drogas e a inafiançabilidade descrita na Constituição, à manutenção do flagrante acabava por se fazer sob o fundamento da garantia da ordem pública (art. 312, CPP) que, conseqüentemente, vincula tal hipótese a gravidade do fato (tráfico de drogas).

Escreve o professor Oliveira sobre o tema que,

Há ainda entendimento no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir unicamente da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de inquietude coletiva que pode ocorrer em tais situações (OLIVEIRA, 2011, p. 550).

Retira-se da decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no caso em apreço, que a gravidade do fato não é capaz de manter a prisão cautelar do preso por tráfico de drogas. Faz-se necessária, então, a análise minuciosa do caso em concreto para se ter certeza da necessidade do cárcere cautelar.

A decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – HC 100742/SC –, como se vê abaixo, vai contra norma constitucional (art. 5º, XLIII) ao autorizar a liberdade provisória para crime inafiançável, e isso se dá pelo fato de elevação do princípio da inocência, da dignidade humana, do devido processo legal e da proporcionalidade, a saber,

DECISÃO: Trata-se de “habeas corpus”, com pedido de medida cautelar, impetrado contra decisão emanada de eminente Ministro de Tribunal Superior da União, que, em sede de outra ação de “habeas corpus” ainda em curso no Superior Tribunal de Justiça (HC 146.581/SC), denegou medida liminar que lhe havia sido requerida em favor do ora paciente. [...] Passo, em consequência, a examinar a postulação cautelar ora deduzida nesta sede processual. E, ao fazê-lo, observo que os elementos produzidos nesta sede processual revelam-se suficientes para justificar, na espécie, a meu juízo, o acolhimento da pretensão cautelar deduzida pelo ora impetrante, eis que concorrem, no caso, os requisitos autorizadores da concessão da medida em causa. Mostra-se importante ter presente, no caso, quanto à Lei nº 11.343/2006, que o seu art. 44 proíbe, de modo abstrato e “a priori”, a concessão da liberdade provisória nos “crimes previstos nos art. 33, 'caput' e § 1º, e 34 a 37 desta Lei”. Cabe assinalar que eminentes penalistas, examinando o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, sustentam a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória prevista em mencionado dispositivo legal. Cumpre observar, ainda, por necessário, que regra legal, de conteúdo material virtualmente idêntico ao do preceito em exame, consubstanciada no art. 21 da Lei nº 10.826/2003, foi declarada inconstitucional por esta Suprema Corte. [...] Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do “due process”, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República. [...] Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais. [...] Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do “due process of law”. [...] Tenho por inadequada, desse modo, por tratar-se de fundamento insuficiente à manutenção da prisão cautelar do ora paciente, a mera invocação do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 ou do art. 2º, inciso

II, da Lei nº 8.072/90, especialmente depois de editada a Lei nº 11.464/2007, que excluiu, da vedação legal de concessão de liberdade provisória, todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Em suma: a análise dos fundamentos invocados pela parte ora impetrante leva-me a entender que a decisão judicial de primeira instância não observou os critérios que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou em tema de prisão cautelar. Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida liminar, para, até final julgamento desta ação de “habeas corpus”, garantir, cautelarmente, ao ora paciente, a liberdade provisória que lhe foi negada nos autos do Processo nº 023.09.039543-6, expedindo-se, imediatamente, em favor desse mesmo paciente, se por aí não estiver preso, o pertinente alvará de soltura. [...] (BRASIL, 2009a).

Resta claro que o ativismo se mostra presente, pois ainda que haja norma vedando a liberdade provisória ao preso por tráfico de drogas, o Supremo, valorando o direito de liberdade do acusado em detrimento da proibição legal e inafiançabilidade constitucional, mandou expedir alvará de soltura.

Em regra, e de acordo com a legislação brasileira, a cautelar prisional é obrigatória em caso de tráfico de drogas, mas após muitos anos, a 2ª Turma do Supremo firmou posicionamento diverso, e concedeu a liberdade provisória ao acusado, ao reafirmar que a prisão é a exceção, e que a liberdade do homem, sob o crivo da persecução penal, deve ser vista como direito fundamental *prevalente* perante os demais.

3. ATIVISMO JUDICIAL E O CASO CONCRETO

O ativismo judicial é crescente no Brasil. Vislumbra-se em muitas decisões que o Judiciário esteja pondo em prática direitos dos indivíduos que o Legislativo ainda não foi capaz de implementar por intermédio de lei, aplicando, com isso, diretamente o texto constitucional.

Sabe-se que em alguns casos o julgador acaba por invadir a esfera legislativa *criando direitos* e ainda *impondo obrigações*, principalmente a entes públicos. Talvez, se padece dessa circunstância, pois falta vivacidade ao legislador para editar e *remendar* leis que não *saíam do papel*, bem como fazer valer efetivamente direitos e garantias fundamentais fixadas na Constituição Federal desde 1988.

Por ativismo judicial, nas palavras do professor Barroso (2009, p. 01), entende-se como,

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Segundo a lição de Monteiro, o ativismo judicial “chamado por muitos de judicialização da política, pretende chamar a atenção dos magistrados e auto-legitimá-los para a participação efetiva no controle da constitucionalidade”. Para este autor, o ativismo judicial, ao contrário do que pensa Ramos, é positivo, pois “acaba por ampliar a consciência de força dos Tribunais no controle dos demais poderes, via hermenêutica constitucional”. Dessa forma, cabe ao Judiciário agir ativamente impelindo o Legislativo e o Executivo a cumprirem suas funções precípuas, já que àquele foi dado, também, o poder de analisar e fiscalizar o exercício dos outros dois Poderes mencionados (MONTEIRO, 2010, p. 163-164).

Segue dizendo, ainda, sobre o ativismo judicial o professor Barroso (2009, p. 01),

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no

espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

É possível entrelaçar os conceitos mencionados acima ao caso concreto em análise, no sentido de que na decisão do acórdão o Ministro Celso de Mello cita a questão da inconstitucionalidade do art. 44, Lei 11.343/2006. E quando o faz, relaciona ao reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 21 da Lei do Desarmamento, que continha a mesma vedação, qual seja, a proibição da liberdade provisória.

Mas vai além, pois em atenção ao princípio da proporcionalidade o julgador, no HC em apreço, eleva como de fundamental importância à proteção da liberdade sob a consequência do estado de inocência e do devido processo legal.

A Constituição Federal, art. 5º, XLIII, veda a fiança, entre outros, ao crime de tráfico de drogas, mas não deixou expressa a vedação da liberdade provisória para esse delito. Foi o legislador quem determinou a proibição na Lei 11.343/2006, art. 44. Mas o constituinte deixa evidente o direito à liberdade de todo e qualquer acusado, nos limites legais.

Coube, então, ao Supremo, analisando o caso concreto aplicar diretamente a norma constitucional que garante a liberdade do acusado no curso do processo, bem como, de ser tido como inocente até se transite em julgado a sentença condenatória. Isso tudo, valendo-se, também, da proporcionalidade que está implícita na CF/88.

Adentrando o caso concreto, verificam-se as justificativas que levam à concessão da ordem de *habeas corpus* ao paciente, e em seu voto o Ministro Celso de Mello assevera com relação à prisão fundamentada na gravidade do crime o que abaixo se lê,

O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, *só por si*, a privação cautelar do “status libertatis” daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. (...) Tendo por inadequada, desse modo, por tratar-se de fundamento insuficiente à manutenção da prisão cautelar do ora paciente, a mera invocação do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 ou do art. 2º, II, da Lei nº 8072/1990, especialmente depois de editada a Lei nº 11.464/2007, que excluiu da vedação legal de concessão de liberdade provisória, todos os crimes hediondos e os delitos a ele equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (BRASIL, 2009a).

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência são vacilantes na conceituação do que seja *garantia da ordem pública* para decretação ou manutenção da cautelar prisional. Percebe-se haver opção no sentido, do qual retiramos da obra do professor Oliveira, ao escrever que a “noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão” (OLIVEIRA, 2011, p. 550).

No HC em estudo (100742/SC – STF), e retirando a mesma análise de outro *habeas corpus* (HC STF 97976/MC/MG), a decisão é pautada pela elevação do princípio do estado de inocência, da dignidade humana, da proporcionalidade e do devido processo legal.

Referindo-se ao princípio do estado de inocência o professor Oliveira assim escreve sobre a fixação da prisão fundada na garantia da ordem pública,

[...] é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade (OLIVEIRA, 2011, p. 550).

De ser ver que, assim como descrito na decisão do HC STF 100742/SC, não se pode simplesmente fixar ou manter a prisão do acusado por tráfico de drogas por se tratar crime grave, é necessário que se faça o estudo dos requisitos (art. 312, CPP), para então levantar justificativa idônea e robusta sobre a cautelar prisional, pois caso contrário, o correto é pôr em liberdade o preso.

Adentrando, superficialmente, o princípio da dignidade humana, se utiliza dos ensinamentos do professor Nunes (2002, p. 45-48), que ao tratar do tema diz,

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. [...] é reconhecido o papel do Direito como estimulador do desenvolvimento social e freio da bestialidade possível da ação humana. [...] Não se vai aqui discutir se o ser humano é naturalmente bom ou mau. [...] a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo. [...] Ele (indivíduo) nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade – sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.

Como protetora dos direitos individuais, a dignidade humana, no caso aqui narrado, a liberdade, e, levando-se em conta que a prisão é sempre a exceção, mister se faz reconhecer o direito do preso por tráfico de drogas, tendo concedida a liberdade provisória quando não preencher os requisitos para manutenção da cautelar prisional (flagrante – preventiva).

Já o princípio da proporcionalidade, visto como solucionador de conflito entre princípios constitucionais, é de grande valia neste caso, isto porque, prestigia-se o direito individual da liberdade em detrimento da prisão cautelar, até porque, na Carta da República há vedação da fiança e não diretamente proibição da liberdade do preso por tráfico de drogas.

O professor Lenza (2009, p. 97), citando Karl Larenz e Coelho, trata o princípio da proporcionalidade da seguinte forma,

[...] utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Nada mais justo, de acordo com o acima citado, que o acusado por tráfico de drogas tenha os mesmos direitos que os acusados por outros delitos, sejam mais ou menos grave a infração. O fato é que, se o autor do delito atende os requisitos para sua libertação, correta será a concessão da liberdade provisória, caso contrário, ver-se-ia tratado desigualmente os iguais.

O princípio do devido processo legal, em sua ótica processual, ampara, além de outros, o princípio do contraditório, da ampla defesa e da produção de provas em igualdade de armas (em regra). Nesse sentido, o contraditório é a igualdade de atuação dentro do processo pelas partes. A ampla defesa, de alegar e demonstrar os fatos narrados na instrução. E a produção de provas é a liberdade de produzir qualquer prova em busca da verdade real, com a ressalva e proibição de provas ilícitas.

De acordo com os ensinamentos do professor Nucci (2008, 95-96),

O princípio do devido processo legal é, sem dúvida, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais (art. 5º, LVI, CF). Constitui o horizonte a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias fundamentais. Se esses forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso. Não pode haver devido processo legal se a prova for colhida por meio ilícito, se não for concedida ao réu a indispensável ampla defesa, se o processo correr sigilosamente, sem qualquer justificativa, se houver julgamento por juízo parcial etc. Por isso, cumprir fielmente os demais princípios e regras processuais penais consagra o devido processo legal.

Assim, nota-se que a modificação de posicionamento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à concessão de liberdade provisória em crime de tráfico de drogas, se pauta nesses princípios acima mencionados – estado de inocência, devido processo legal, dignidade humana e da proporcionalidade.

Corroborando, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC STF 97976/MC/MG, trata o assunto, como abaixo descrito,

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO ' RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Daí a advertência de que a interdição legal 'in abstracto', vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal. Igual objeção pode ser oposta ao E. Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento, fundado em juízo meramente conjectural (sem qualquer referência a situações concretas) ' no sentido de que 'Referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos' (fls. 16) -, constitui, por ser destituído de base empírica, presunção arbitrária que não pode legitimar a privação cautelar da liberdade individual (BRASIL, 2009b).

Aventado na decisão do HC STF 100742/SC, que aqui se analisa, a possibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 44, Lei 11.343/2006, o Ministro Celso de Mello faz menção ao art. 21, Lei 10.826/2003 (Desarmamento) que foi declarado inconstitucional no julgamento da ADI 3.112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, ao dizer que tal regra afronta a Carta Constitucional do Brasil. Nessa baila, aproveita-se dos ensinamentos do professor Lenza (2009, p. 149) sobre inconstitucionalidade, ao dizer que,

O legislador constituinte criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior”. (...) A ideia de controle, então, emana da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema. Trata-se do princípio da supremacia da Constituição, que nos dizeres de José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira como ‘pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito público’, ‘significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação desde e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas’.

O professor Lenza (2009, p. 149-150), ainda citando José Afonso da Silva, fala sobre a inconstitucionalidade, exaltando a superioridade da norma constitucional, segue,

Desse princípio, continua o mestre, ‘resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *inconstitucionalidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores’.

Nesse sentido, a referência feita pelo Ministro Celso de Mello com a inconstitucionalidade do art. 21, Lei do Desarmamento, deixa claro que a norma constitucional deve prevalecer sob as demais normas infraconstitucionais. De todo modo, no caso em tela, vê-se que dantes não se concedia a liberdade provisória ao preso por tráfico de drogas em respeito à norma infraconstitucional (art. 44, Lei 11.343/2006), e em respeito à expressa vedação constitucional de fiança a tal delito (art. 5º, XLIII), visto que a proibição da fiança desencadeava a proibição da liberdade.

Porém, modificou-se o entendimento interpretando a norma da Constituição, dando a ela *maior valor*, como realmente se deve fazer. Assim, se a liberdade é a regra, que fique a exceção do mando prisional, apenas nos casos em que o acusado preencher os requisitos da cautelar de cárcere.

Sendo assim, a mudança de posicionamento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal se deu com base na elevação do princípio do estado de inocência, da dignidade humana, do devido processo legal, e, o princípio da proporcionalidade garante que no conflito entre a liberdade do acusado e do direito do cárcere imposto pelo Estado por intermédio de lei infraconstitucional, aquele prevalece, mesmo quando se estiver diante de crime de tráfico de drogas. Levantando-se, também, a possibilidade de inconstitucionalidade do art. 44, Lei de Drogas – 11.343/2006.

E ainda, verifica-se na decisão em tela, e já mencionado anteriormente, que a gravidade do delito não é capaz de manter o acusado por tráfico no cárcere cautelar. Desse modo, deixa entender a 2ª Turma do Supremo

Tribunal Federal, que a prisão cautelar só se fará manter nos casos de crime de tráfico, quando estiverem efetivamente demonstrados os requisitos que autorizam a prisão (art. 312, CPP).

Caso contrário, se o acusado não preencher os requisitos para prisão cautelar, o correto é que aguarde em liberdade a instrução criminal e/ou o julgamento de recurso. Tudo isso em respeito ao estado de inocência e ao devido processo legal. Pois, mesmo havendo vedação da liberdade provisória no crime de tráfico de substância ilícita, não poderá o julgador apoiar-se tão somente nesta norma, é preciso que haja, portanto, a análise dos requisitos norteadores da prisão cautelar e conseqüentemente seu preenchimento correto.

Tratando do ativismo ao caso mencionado, vê-se que a inovação da decisão pela liberdade do acusado em crime de tráfico de drogas, se fez atendendo diretamente a Constituição Federal, visto que a norma infraconstitucional, por sua vez, vedou a liberdade para tal delito, e desrespeitou a *norma maior*. Com a concessão da liberdade, o julgador demonstrou o direito dos indivíduos de responder fora do cárcere à persecução criminal, em respeito à Constituição Federal.

De outra banda, sabe-se que não há consenso sobre a positividade das decisões ativistas, dentre os contrários a este fenômeno, o entendimento de Reverbél, por exemplo, aduz que o Brasil mistura Estado, governo e administração, o que torna complicado distinguir “o que é jurídico do que é político”. Havendo essa falta de distinção clara, inevitavelmente “o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos”, o que para este autor é temeroso, visto que o magistrado decide questões políticas, quando na verdade, deveria limitar-se as questões jurídicas (REVERBEL, 2010, p. 73-74).

O exemplo maléfico citado por Reverbél são as decisões dadas pelo juiz que concedem internação em hospitais onde não há vagas, neste caso, o magistrado decide de forma jurídica, um problema de política pública, que compete, em tese, ao Executivo solucionar. Finaliza o autor que, “ativismo judicial acaba com o Estado de Democracia, com a roupagem de estar instaurando um verdadeiro Estado de Direito”. (REVERBEL, 2010, p. 73/74).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse breve estudo sobre a concessão da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas, verifica-se que a vedação do benefício era fundamentado na inafiançabilidade descrita na CF/88, art. 5º, XLIII, e, na expressa proibição do art. 44, Lei 11.343/2006.

Por seu turno, a inafiançabilidade não pode, por si só, impedir a liberdade, até porque a fiança é tida como uma espécie de cautelar que afasta a prisão. Nesse sentido, e em consequência da inafiançabilidade, acabava-se por fundamentar o mando prisional apenas por considerar o crime grave e inafiançável.

Após longos anos de acórdãos negando a liberdade provisória aos presos por tráfico de substância ilícita, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, mudou seu posicionamento e concedeu a ordem de *habeas corpus* para presos em flagrante por tráfico de drogas ou substâncias afins.

Isso se deu pelo fato de aplicar-se diretamente o texto constitucional, e no caso em apreço, a garantia de direito individual, a liberdade. Por isso, ao decidir contrariando a proibição do art. 44 da Lei de Drogas e dando efetividade ao direito de liberdade, acaba-se deparando com a interpretação da Constituição Federal e conseqüente ativismo judicial.

Ainda que a sociedade clame por prisões mais severas e longas, o Legislativo, há tempos, está editando leis que alargam alguns benefícios àqueles que respondem por fato ilícito. Talvez, tal posicionamento do

legislador, seja por acreditar que o cárcere nem sempre é a única saída para prevenção do crime ou da reincidência, mas que, de acordo com a Carta Política do Brasil, é a última medida a ser imposta ao condenado.

Sendo assim, resta, na análise do caso concreto, verificar se o preso por tráfico de drogas preenche mesmo os requisitos para permanecer encarcerado. De modo contrário, a ele também deverá se garantir o direito individual expresso na Constituição Federal, isto é, a liberdade durante a persecução criminal, isso em nome dos princípios do estado de inocência, do devido processo legal, da dignidade humana e da proporcionalidade.

No caso do HC STF 100742/SC, o ativismo na decisão da 2ª Turma veio para garantir que todos, que são iguais perante a lei, tenham o direito de ter concedida a ordem de *habeas corpus*, fazendo valer o preceito constitucional *maior*, a liberdade de ir, vir e permanecer, também no crime de tráfico de drogas.

Mas, não se pode negar que parte da doutrina discorda por completo das decisões ativistas, dentre as justificativas estão a violação da do princípio da separação dos Poderes, bem como a possibilidade de judicialização da política, visto que, se o Judiciário atua *interferindo* nas funções precípua dos Poderes Legislativo e Executivo, os limites conferidos aos três Poderes estaria sendo agredido o que levaria a violação da própria Democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 4. ed., rev. e aum. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Nº 04, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Órgão Julgador 1ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**. Processo nº RHC 105431/GO. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Julgamento em: 02 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20624639/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-105431-go-stf>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (Órgão Julgador 2ª Turma). **Habeas Corpus**. Processo nº RHC 100742/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;hc:2009-11-03;1007423758039>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (Órgão Julgador Decisão Monocrática). **Medida Cautelar em Habeas Corpus**. Processo nº HC 97976/MC/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 9 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14765860/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-97976-mg-stf>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos – Lei 11.343/2006** – nova lei de drogas anotada e interpretada. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização dos direitos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzatto. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2011.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.