

Informações Variadas

4.4 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.4.1 Da inconstitucionalidade da vedação legal absoluta à Liberdade Provisória contida na Lei de Tóxicos

Laís Mendes Oliveira

Graduanda em Direito na PUC/MG

Da Supremacia Constitucional



A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LXVI, preceitua que “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Estabelece, assim, que a liberdade é a regra, devendo a prisão ser vista como uma exceção.

Ainda o artigo 5º, LXI, determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por decisão motivada de magistrado competente, consoante com a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais prevista, mais à frente, no art. 93, IX.

Tais dispositivos vão ao encontro de diversos outros princípios constitucionais, alicerces do Estado Democrático de Direito, como o Princípio da Liberdade (art. 5º, caput e inciso LXI, CR/88), da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, CR/88), do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CR/88), da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III, CR/88) e da Proporcionalidade (este insito no Texto).

Dessa maneira, fica estabelecido que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode o acusado sofrer restrições ao seu *status libertatis*, sem que haja necessidade imperiosa.

Como é cediço, todas as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com as regras e princípios previstos na Constituição brasileira. Isso porque adotamos o modelo de Constituição Rígida, não sendo possível reformá-la por lei. Tendo força irradiante, as normas infraconstitucionais não só devem ser compatíveis com a Carta Magna, mas procurar sempre espalhar os valores normativos da Carta Política.

Desse modo, não há que se falar em vigência de norma infraconstitucional que contrarie, direta ou indiretamente, a Constituição, do contrário se negaria vigência do próprio texto constitucional.

Do Princípio da Presunção de Inocência e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais

O Princípio da Presunção de Inocência, presente no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, ao determinar que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, mostra-se uma grande conquista no campo dos direitos humanos, visando à humanização do Processo Penal.

Eugênio Pacelli (2009) defende que, por tal princípio, deve o Poder Público observar duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, e a outra de fundo probatório. Pela segunda, tem-se que o ônus da prova relativamente à existência do fato e à sua autoria cabe exclusivamente à acusação. Já pela regra de tratamento, fica estabelecido que, durante o *iter persecutório*, não pode o réu sofrer restrições pessoais com base apenas na mera possibilidade de condenação, tendo tal regra aplicabilidade, sobretudo, no instituto da liberdade provisória.

Isso porque, pelo estado de inocência, exige-se que, antes do trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade do indivíduo esteja fundamentada em razões de natureza cautelar, devidamente motivadas em ordem judicial, vista sempre com caráter de excepcionalidade, uma vez que a regra é a liberdade.

Corroborando-se, ainda, pelo exposto, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais que, pela doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2001), apresenta-se como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, garantia de controle de legalidade das decisões judiciais e, finalmente, garantia das partes, ao permitir que elas constatem se o juiz levou em conta os argumentos e provas produzidas.

Assim, a Prisão Provisória deve ser precedida de fundamentação com base em sua real necessidade, tendo o magistrado o dever de demonstrá-la de acordo com os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, mas sempre diante do caso concreto, não se admitindo abstrações, sob pena da prisão cautelar se tornar indevida antecipação da punição estatal.

Da Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal, tendo como função afastar os efeitos da ação criminosa ou, pelo menos, diminuí-los, bem como a colheita de provas. Então, alcançado o seu objetivo, a sua manutenção só pode ocorrer quando baseada em outra fundamentação.

De tal sorte, o art. 310, parágrafo único, do Código

de Processo Penal, impõe que o juiz conceda a liberdade provisória quando verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Assim, explica Humberto Fernandes Moura (2006) que, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve o juiz homologá-lo caso a prisão tenha observado os ditames legais, sob pena de relaxamento e, após, proceder à análise acerca da necessidade da manutenção da prisão, com base nos requisitos da prisão cautelar.

Dessa forma, em que pese o flagrante, a prisão somente poderá ser mantida se estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, podendo então ser decretada a prisão preventiva. Não há espaço, então, nessa interpretação do instituto da prisão cautelar à luz da Constituição, para uma vedação absoluta à concessão da liberdade provisória.

Do art. 44 da Lei de Tóxicos

A nova Lei de Tóxicos, em seu art. 44, determina que: “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.”

Assim, estabelece uma vedação legal absoluta à concessão da liberdade provisória, em caráter apriorístico, o que não se sustenta em um Estado Democrático de Direito.

Por tal dispositivo, mantém-se de forma automática a prisão ocorrida pelo estado de flagrância, sem que estejam presentes os requisitos ensejadores da custódia cautelar, utilizando-se a mera arguição da natureza do delito supostamente praticado pelo acusado, de abstrata gravidade, para a configuração da necessidade.

Dessa forma, todos aqueles que forem acusados pelo cometimento de tais crimes, presos em flagrante, terão sua liberdade cerceada durante toda a instrução processual, sendo tal medida verdadeira antecipação do cumprimento da pena, partindo-se da presunção de culpabilidade de tais indivíduos.

Ignora-se por completo, de tal maneira, os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, uma vez que o indivíduo perde seu direito à liberdade com base na mera possibilidade de condenação, considerando-o culpado antes do termino da instrução processual.

Não se pode conformar com tamanha violação aos direitos individuais, uma vez que, conforme defendido por Aury Lopes Júnior:

O juízo de necessidade da prisão cautelar é concreto, pois implica análise de determinada situação fática, pois é da essência das prisões cautelares serem situacionais. O juízo de necessidade não admite uma valoração *a priori*, no sentido Kantiano, de antes da experiência, sendo que demanda uma verificação *in concreto*. A legitimação decorre da necessidade concreta, sob pena de grave inconstitucionalidade. (JÚNIOR. 2009. p. 168)

Por tudo exposto, há de se concluir que o instituto

da Prisão Provisória somente se sustenta no ordenamento pátrio se tal prisão for decretada com base no poder geral de cautela do juiz, partindo-se da necessidade dessa prisão para o processo.

Conclusão

No que tange à aplicação de tal dispositivo legal (art. 44 da Lei nº 11.343/2006), em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional a vedação, em abstrato, à liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas.

O Ministro Celso de Mello, relator do acórdão, sustentou que “o Supremo Tribunal Federal, de outro lado, tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, por si só, a privação cautelar do *status libertatis* daquele que sofre a perseguição criminal instaurada pelo Estado.”

EMENTA: ‘HABEASCORPUS’. 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. (HC 96715-MC/SP – Rel. Min. Celso de Mello – pub. DJE de 3.2.2009) (Grifo nosso)

À frente, a doutrina majoritária já havia consagrado o entendimento de que tal vedação à liberdade provisória, *a priori*, não pode prosperar e, assim como foi considerada inconstitucional igual vedação contida na Lei dos Crimes Hediondos, deve tal norma ser alijada do nosso ordenamento jurídico.

Bibliografia

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2009.

MOURA, Humberto Fernandes de. Prisões provisórias: evolução legislativa e sua análise em face do princípio da presunção de inocência, estado de inocência ou da não-culpabilidade. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre (RS), v.7, n.38, p. 7-34, jun./jul. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed., rev. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2001.