

TEXTO EM REVISÃO

P/ julgamento do HC nº 92.687/MG e do HC nº 100.949/SP

Liberdade provisória

V O T O

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Senhor presidente, superada a questão de ordem, gostaria de tecer breves considerações que nortearão meu voto às convicções que chegarei ao final dele.

A Constituição da República no art. 5º, XLIII, dispôs que, dentre outros crimes, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A Lei nº 11.343/06, no seu art. 44, reproduziu aquela disposição constitucional e salientou a vedação da liberdade provisória àquele crime, prevista no art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Cabe salientar que a Lei nº 11.343/2006, que proíbe a concessão de liberdade provisória àqueles crimes, tem seu art. 44 com idêntica redação a do art. 21 da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), e este foi declarado inconstitucional por esta Suprema Corte na ADI nº 3.112/DF.

Naquela oportunidade, consignou o eminente Ministro **Ricardo Lewandowski** que:

“(...) embora a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, com elevado potencial de risco para a sociedade (...), liberando-se a franquia para os demais delitos, penso que o texto constitucional não autoriza a prisão ex lege, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF).

A prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais podem ser exercidos em todas as instâncias jurisdicionais, até a sua exaustão” (DJ de 26/10/07).

TEXTO EM REVISÃO

Em julgados da Segunda Turma os Ministros **Celso de Mello** e **Eros Grau**, respectivamente, no HC nº 100.742/SC e no HC nº 100.872/MG, firmaram entendimento a respeito da vedação da liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes e drogas afins, no sentido de que a referida proibição contraria relevantes princípios constitucionais.

Ao deferir medida liminar no HC nº 100.742/SC, o Ministro **Celso de Mello** consignou que *“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”* (DJe de 28/9/09).

Acompanhando este entendimento, o Ministro **Eros Grau**, em voto proferido no HC nº 100.872/MG, afirmou que *“a proibição de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da Lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [artigos 1º, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil]. Daí a necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil --- sempre referida pelos que entendem que inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória”* (DJe de 30/4/10).

Forçoso concluir que a inafiançabilidade não pode constituir causa impeditiva da liberdade provisória, se considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal. Daí porque, diante de tais preceitos constitucionais, a inconstitucionalidade do preceito legal parece-me indubitável de dúvidas.

Aliás, cabe mencionar que a fiança, conforme estabelecido no artigo 322 do CPP, em certas hipóteses, poderá ser fixada pela autoridade policial, em razão de requisitos objetivos fixados em lei, posto que o instituto é de caráter eminentemente legal. Já a liberdade provisória não, é ato privativo do Magistrado, que aferirá seu cabimento sob ângulo da

TEXTO EM REVISÃO

subjetividade do agente, conforme manda o Código de Processo Penal em seu art. 310, amoldado ao que dispõe o art. 5º, inciso LXVI, da Carta da República.

Versa o referido dispositivo que:

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

Tal preceito demonstra que é o legislador o primeiro a decidir quais são os critérios para que **indiciados ou acusados** façam jus ou não ao benefício da liberdade provisória, ressalte-se, instituto típico da prisão em flagrante. Aí, a meu ver, é que remanesce a incoerência no sistema processual penal, regido pelo dispositivo ora questionado.

O legislador faculta essa possibilidade ao agente do ilícito penal e não ao tipo do crime. **A garantia é ao indivíduo! Se a Constituição Federal quisesse permitir à Lei proibi-la consoante o tipo criminal, teria incluído tal restrição no tópico da vedação feita no inc. XLIII do art. 5º.**

Assim não estaria ele autorizado a vedar a liberdade provisória em razão da gravidade do delito.

Veja-se que um basilar princípio constitucional, denominado princípio da presunção de inocência confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, pois o indivíduo nasce livre, somente podendo ser levado ao cárcere quando verificado, de fato, a sua necessidade. Assim, sendo a liberdade do cidadão um dos dogmas do Estado Democrático de Direito, é natural que a constituição contemple determinadas regras fundamentais com relação à prisão, seja ela de qualquer natureza, já que restringir o direito à liberdade é medida de caráter excepcionalíssimo, que, se implementada, deve estar subordinada a parâmetros de legalidade estrita.

Com relação às prisões cautelares, essas exigências tornam-se ainda mais rígidas, em razão do princípio da presunção de inocência, pois a antecipação do resultado do processo significa providência excepcional e que não deve ser confundida com execução antecipada da pena, só sendo justificada naquelas situações de extrema necessidade.

Por esses motivos, a Constituição Federal submeteu todas as formas de prisão cautelar à apreciação de autoridade judicial. Além do mais, a

TEXTO EM REVISÃO

apreciação do juiz deve ser devidamente fundamentada, exigência básica de todo e qualquer provimento jurisdicional relacionado à restrição antecipada do direito de liberdade de alguém.

Por essas e outras é que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente.

Assim, vem se manifestando a jurisprudência da Corte. Confira-se:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSIDERAÇÃO TÃO-SÓ A GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO AO DECRETO DE PRISÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. *Em matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.* 2. *A mera referência vernacular à garantia da ordem pública não tem a força de corresponder à teleologia do art. 312 do CPP. Até porque, no julgamento do HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não-culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal. Leia-se: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (inciso LXI do art. 5º).* 3. ***Esta nossa Corte entende que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social.*** 4. *Ordem concedida”* (HC nº 101.705/BA, Primeira Turma Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 3/9/10 – grifei);

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE

TEXTO EM REVISÃO

CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA NA QUAL NÃO SE REITEROU ESSA FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA: IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. PRECEDENTES. 1. *Prisão preventiva decretada, a título de garantia da ordem pública, com base na gravidade do crime imputado ao Paciente, ressaltando a existência de indícios de autoria e prova da materialidade, fundamentos que não foram mantidos quando da prolação da sentença condenatória.* 2. *Destaco que a matéria envolvendo o direito de recorrer em liberdade de réu condenado sem trânsito em julgado (HC 83.868, Relator Ministro Marco Aurélio; RHC 93.123, de minha relatoria), envolvendo a execução provisória de pena em caso de pendência (ou possibilidade) de interposição de recurso especial ou extraordinário - sem efeito suspensivo (RHC 93.287 e HC 93.172, ambos de minha relatoria; HC 84.078, Relator Ministro Eros Grau; HC 91.676, HC 92.578 e HC 92.691, estes da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski), teve sua apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal na sessão do dia 5.2.2009. Nesses casos, reviu-se a posição que vigorava no Supremo Tribunal Federal de que a pendência de recursos sem efeito suspensivo autorizava o recolhimento do condenado, ainda antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Firmou-se a posição, por maioria de votos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, de que há óbice de prisão para execução ainda provisória de pena na pendência de recurso especial ou extraordinário. A única exceção ficou assentada no caso de prisão cautelar por decreto fundamentado.* 3. **Ademais, a jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal afasta a prisão preventiva que se funda na gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo.** 4. *Ordem concedida” (HC nº 98.217/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10 – grifei).*

Digo isso porque, se o agente é preso em flagrante, acusado de tráfico de drogas, atualmente, pela redação do art. 44 da Lei nº 11.343/06, não poderá receber o benefício da liberdade provisória, mesmo sendo primário, de bons antecedentes. Contudo se este mesmo agente conseguir se furtar do local do delito, apresentando-se posteriormente à autoridade policial, sem a lavratura do auto de prisão em flagrante, poderá permanecer em liberdade durante o curso do processo, uma vez que o juiz não estará obrigado a decretar a sua prisão. **Veja a ilogicidade do sistema!**

Parece-me incompreensível essa desigualdade de tratamento. O ideal seria exigir sempre do juiz, nos crimes considerados mais graves, sejam

TEXTO EM REVISÃO

eles hediondos ou equiparados, uma decisão devidamente fundamentada para manter o agente preso ou não.

O inciso LXVI do artigo 5º da Carta da República deixa claro que a prisão cautelar é a exceção à regra da liberdade, sendo incoerente vedá-la à minguada de justificativa plausível e sem o estabelecimento de requisitos a serem preenchidos caso a caso.

Portanto, no meu ponto de vista, a liberdade provisória deverá ser analisada independentemente da natureza da infração, mas em razão das condições pessoais do agente, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo.

Ademais, entendo que, se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo os critérios para a concessão ou não da liberdade provisória deverão estar harmonizados com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação da negativa da liberdade provisória, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

Deixo consignado que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação de pleito de liberdade provisória, vir a manter a prisão em flagrante, desde que o faça não em razão da vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, mas em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade da prisão cautelar do indivíduo, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Com essas breves considerações, manifestando-me pela inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/06, na parte em que veda a liberdade provisória aos crimes previstos nos arts. 33, **caput** e § 1º, e 34 a 37 desta lei, concedo a ordem para o fim de tornar definitiva a liberdade dos pacientes dos **habeas corpus** nº 92.687/MG e nº 100.949/SP, no que tange os processos a que se referem as prisões em flagrante.

É como voto.