



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Análise da Constitucionalidade do Art. 44 Da Lei 11.343/06 e a Sua Evolução Jurisprudencial

João Paulo Porto Rocha Souza

Rio de Janeiro
2010

JOÃO PAULO PORTO ROCHA SOUZA

Análise da Constitucionalidade do Art. 44 Da Lei 11.343/06 e a Sua Evolução Jurisprudencial

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof.^a Mônica Areal
Prof.^a Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 E A SUA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

João Paulo Porto Rocha Souza

Graduado pela PUC-RIO. Pós-graduando pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Faz-se uma análise crítica acerca da constitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06 em todos os seus aspectos, principalmente no que tange à vedação aos institutos da liberdade provisória e da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito.

Palavras-chaves: constitucionalidade, liberdade provisória, restritivas de direito, Lei 11.343/06.

Sumário: Introdução. 1. A Lei 11.343/06 e sua inserção no ordenamento brasileiro. 2. A Lei 10.826/03 e a ADI 3.112. 3. A Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Drogas. 4. A evolução jurisprudencial dos tribunais superiores 4.1 A vedação à liberdade provisória e sua inconstitucionalidade 4.2 A vedação à conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos e sua inconstitucionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a análise crítica acerca do artigo 44 da Lei 11.343/06.

O dispositivo em questão apresenta restrições legais àqueles que cometem delitos previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 37, crimes tidos pelo legislador como mais graves dentre os previstos na Lei de Drogas. Dentre as restrições contidas na norma, há a vedação à fiança, ao *sursis*, à graça, ao indulto, à anistia, à liberdade provisória e à conversão de suas penas em restritivas de direitos.

O exame da matéria se dará mediante um enfoque constitucional, com observância da aplicação de princípios gerais do direito, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da isonomia e da proporcionalidade. Conjuntamente, realizar-se-á uma apreciação sistemática das leis penais no tempo, observando-se até que ponto a norma em análise consubstancia-se aplicável e harmônica com o ordenamento.

A análise sistemática em questão ganha relevo com a edição de norma posterior, no caso a Lei 11.464/07, que regulou, quanto aos crimes hediondos, a aplicação de medidas restritivas como as supracitadas no artigo 44 da Lei 11.343/06, de forma mais benéfica ao réu e inseridas em uma política adequada de inserção do réu ao convívio social.

Pretende-se ainda expor a evolução jurisprudencial ocorrida em recentes julgados realizados pelos tribunais superiores, sempre acompanhada de uma visão crítica por parte do autor texto. O intuito do artigo é de não apenas demonstrar como está sendo interpretada a norma pela jurisprudência, mas também facilitar o estudo e a compreensão de tema que está em voga em provas de concurso público.

Por fim, almeja-se apresentar uma breve análise conclusiva e de reflexão acerca da estrutura normativa penal face à realidade brasileira, demonstrando o quanto distante encontra-se o legislador de fazer do Direito Penal um instrumento de justiça concreta.

1. A LEI 11.343/06 E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Lei 11.343/06 foi criada pelo legislador pátrio com o intuito de regular e de, entre outras finalidades, atender a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como estabelecer normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Depreende-se, portanto, que o legislador teve como intuito primordial realizar uma distinção entre a figura do usuário/ dependente e a do traficante de drogas, distinção esta que se faz notar no preceito secundário dos tipos penais referentes a cada um deles.

O artigo 28 da Lei 11.343/06 penaliza o usuário com penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Como o tipo penal do artigo 28 está inserido dentro capítulo III da Lei de Drogas, cujo título é dos crimes e das penas, permanece a conduta típica prevista nesse artigo com a natureza jurídica de crime e as sanções apresentadas como penas. No entanto, verifica-se que o legislador implementou uma política criminal denominada pela doutrina de descarcerização do crime de uso de drogas, já que restou vedada a sanção restritiva de liberdade do usuário no preceito secundário do tipo.

Assim sendo, verifica-se que o intuito maior da nova lei é a reinserção do usuário/dependente na sociedade, uma vez que a restrição de sua liberdade em sistema carcerário demonstra-se prática ineficiente, que vai de encontro ao entendimento hodierno da criminologia que analisa o sistema prisional como entidade falida, a qual não atende à sua finalidade precípua, qual seja, a punição bem como a reinserção social do preso, com respeito às garantias constitucionais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, se por um lado agiu corretamente o legislador ao tratar penalmente a conduta do usuário, optou por implementar excesso de rigor com o traficante de drogas, aplicando à sua figura inúmeras restrições legais, vedando-lhe inclusive direitos subjetivos referentes à institutos penais, como a conversão de pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos, o que viola nitidamente o princípio da individualização da pena.

Ademais, no intuito de atuar com rigor contra os traficantes de drogas, agiu de forma assistemática. Isto por que, posteriormente, a Lei 11.464/07, criada para regular os crimes

hediondos, revogou a vedação à liberdade provisória, tornando assim muitas das vezes a sanção penal de um traficante mais gravosa do que a de um homicida.

Tem-se, portanto, como necessário, verificar a inserção do artigo 44 da Lei de Drogas no sistema penal brasileiro, e observar sua incidência mediante uma análise harmônica das leis penais que regulam similarmente os institutos evocados pela norma, de forma a se averiguar a constitucionalidade de sua aplicação, bem como a própria efetividade.

2. A LEI 10.826/03 E A ADI 3.112/DF

O artigo 21 da Lei 10.826/03 (Lei de Armas de Fogo) previa a vedação à liberdade provisória aos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, de comércio ilegal de arma de fogo e de tráfico ilegal de arma de fogo.

O Partido dos Trabalhistas Brasileiro (PTB) apresentou em 2004 uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.112/DF) mediante a qual pretendia, entre outros provimentos, o reconhecimento da inconstitucionalidade do citado artigo 21 da Lei 10.826/03.

O STF julgou inconstitucional, na oportunidade, a vedação à fiança e à liberdade provisória contida no artigo 21 da Lei 10.826/03. Expôs como razões para a sua decisão, que a Constituição Federal não admite a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência ou não culpabilidade (art. 5º, LVII da CF) e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade competente (art. 5º, LXI, da CF).

O Ministro relator Ricardo Lawandowski aduziu ainda que a prisão obrigatória acabaria por ferir também os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (Art.5º, LV da CF). Salientou, por fim, contudo, que a prisão cautelar permaneceria cabível quando presentes os requisitos da prisão preventiva contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, *o fumus comissi delicti e o periculum libertatis*.

Na mesma oportunidade, a Suprema Corte julgou inconstitucionais os art. 14 parágrafo único e 15 parágrafo único da Lei 10.826/03, artigos estes que vedavam a fiança para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo. Entendeu o Tribunal que tais crimes seriam de mera conduta, e que a vedação à fiança mostrar-se-ia desarrazoada, pois não se poderia comparar tais crimes com aqueles que acarretam lesão ou ameaça de lesão à propriedade ou à vida.

Verifica-se, portanto, que no julgamento da ADI 3.112/DF, o STF pautou-se em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para concluir pela inconstitucionalidade das normas restritivas de direito. Pelo uso do princípio da razoabilidade, afastou as restrições legais impostas pelo legislador, a fim de, assim, trazer proporcionalidade entre a gravidade das condutas ilícitas e a restrição aos direitos do réu.

Tal forma de interpretação afasta o raciocínio simplista e positivista de interpretação literal que entende que as referidas normas restritivas seriam aplicáveis uma vez que o legislador optou por regular a matéria especial de forma mais severa. Esse tipo de pensamento afeta a harmonia do sistema legal brasileiro e acarreta, por via transversa, severas injustiças.

O que ocorre é que o legislador brasileiro quando opta por realizar inovações legislativas na seara criminal, atua de forma eleitoreira, com o escopo agravar as sanções para determinadas condutas que estão sendo alvo de repúdio social e assim acalmar os ânimos e a pressão popular.

Exemplo maior disso se deu com a edição do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)- Lei 9.503/97, que em seu art. 303 conferiu a sanção de detenção de 6 meses a 2 anos para aquele que pratica a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, enquanto que a lesão corporal dolosa continuou regulada pelo Código Penal (CP), que prevê pena de detenção de 3 meses a 1 ano.

Percebe-se que o legislador, compelido a regular a questão dos acidentes de trânsito face aos anseios populares, optou por apresentar sanções severas para as condutas ilícitas praticadas na direção de veículo automotor e, conseqüentemente, ocasionou situações de desproporcionalidade e desigualdade.

A Lei 10.826/03, ao vedar a fiança e a liberdade provisória naqueles casos já apresentados, enveredou pelo mesmo caminho. Mais uma vez o poder legislativo optou por regular de forma mais severa e desarrazoada condutas isoladas que ocasionavam repúdio social e o resultado foi o implemento de sanções desproporcionais que vieram a ser consideradas inconstitucionais pelo STF.

Talvez um dia, quando o legislador pátrio estiver realmente interessado em resolver de fato os problemas que assolam a sociedade brasileira como um todo, haverá uma reforma ampla em todo o sistema penal na qual se atenderá de forma técnica as condutas e as suas respectivas sanções, bem como se regulará o precário sistema carcerário a fim de se atender a dignidade da pessoa humana daqueles que por qualquer motivo se desviaram do apropriado comportamento social.

Por fim, o intuito aqui deste capítulo foi expor o raciocínio lógico-jurídico apresentado pela Suprema Corte quando esta analisou a vedação à fiança e à liberdade provisória na Lei de Armas e demonstrar que a mesma linha de pensamento há de ser aplicada para a atual questão das vedações impostas pela Lei de Drogas.

3. A LEI DE CRIMES HEDIONDOS E A LEI DE DROGAS

A Lei 8.072/90, denominada de Lei de Crimes Hediondos, foi editada pelo legislador com o intuito de tratar de forma mais grave aqueles que cometem condutas criminosas que ocasionam maior repúdio à sociedade devido à gravidade de sua natureza.

A referida lei tinha em sua redação de origem a previsão expressa em seu art. 2º §1º de que o cumprimento das penas restritivas de liberdade de crimes hediondos dar-se-ia na forma integralmente fechada, ou seja, não seria cabível a progressão de regime do condenado.

A aplicação literal da lei perdurou por longos 16 anos, quando o STF, em julgado histórico esculpido no acórdão do HC 82959/SP, considerou inconstitucional essa limitação sob prisma de que a obrigatoriedade do cumprimento da pena no regime integralmente fechado violaria o princípio constitucional da individualização da pena (art.5 XLVI da CF).

Entendeu-se que ao não se permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vista à sua ressocialização, a garantia constitucional à individualização da pena restaria absolutamente inócua.

O poder legislativo, em pronta resposta à indignação social que rechaçou a decisão proferida pelo STF, editou em curto espaço de tempo a Lei 11.464/07 que veio a alterar o art.2º da Lei 8.072/90, e estabelecer em seu §2º que a progressão de regime para réu primário em crime hediondo dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena, e para o réu reincidente após 3/5.

Ocorre que, juntamente com a inovação que regulou a progressão de regime, o legislador passou a vedar apenas os institutos da anistia, graça, indulto e fiança, e se absteve de vedar a aplicação da liberdade provisória. Assim, a partir da vigência da nova lei 11.464/07, a prática dos crimes hediondos, de tortura e tráfico de entorpecentes e drogas e afins e o terrorismo passaram a admitir a aplicação do instituto da liberdade provisória e da progressão de regime.

Observa-se que o crime de tráfico de entorpecentes, drogas e afins está aí inserido por expressa previsão legal do *caput* do art. 2º da lei 8.072/90, mantido com a Lei 11.464/07. Contudo, já antes da alteração a esta lei, entrou em vigor em 2006 a Lei 11.343/06,

denominada Lei de Drogas, que dentre outras funções define e regula os crimes relacionados ao tema.

O legislador federal ao disciplinar o crime de tráfico de entorpecentes nesta lei especial, optou por tratá-lo com mais rigor, e em seu art.44 *caput* e parágrafo único restringiu uma série de direitos conferidos aos réus em geral, como se denota da redação abaixo transcrita: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”

Mediante a breve análise do histórico do instituto da liberdade provisória acima realizada, verifica-se que a Lei de Drogas restou, posteriormente, em colisão com a Lei de Crimes Hediondos, uma vez que, após a restrição especial imposta pelo *caput* do art. 44 da Lei 11.343/06 ao crime de tráfico, a lei 11.464/07, que veio a alterar a Lei de Crimes Hediondos, possibilitou a sua concessão para os crimes hediondos, de tortura e tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Houve, portanto, evidente situação de antinomia entre as normas penais. Esta colisão entre as normas pode ser dirimida mediante dois critérios distintos, que resultarão em resultados antagônicos. Se aplicada a regra da especialidade, a Lei de Drogas, por ser norma específica a regular o tráfico de entorpecentes, prevaleceria perante a norma geral da lei de crimes hediondos, e assim todas as limitações do art. 44 far-se-iam aplicáveis.

Contudo, se for utilizado o critério da temporariedade, através do qual a norma posterior revoga a norma anterior, o art. 44 estaria revogado naquilo que a lei posterior de crimes hediondos dispusesse em contrário.

Insta observar que ambas as regras acima expostas apresentam equivalente respaldo na hermenêutica jurídica, podendo ser sustentadas sem óbice algum. Contudo, é impossível negar que o critério da temporariedade demonstra maior lógica em sua sustentação quando observados demais princípios constitucionais, como o da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ao optar pela aplicação da restrição literal de direitos imposta pelo art. 44, incide o intérprete em situação de afronta à tais princípios, uma vez que aquele que tiver cometido crime tipificado como hediondo, caso por exemplo de um estuprador, terá direito ao benefício da liberdade provisória e à pena restritiva de direito, enquanto que o suposto traficante, que pratica crime equiparado a hediondo, será injustamente tratado de forma mais severa sem direito a tais benefícios.

Depreende-se que haveria patente afronta à isonomia, uma vez que pessoas que praticaram crimes da natureza igualmente grave teriam tratamentos distintos. Ademais, o crime pelo tráfico de drogas, por si só, não apresenta nenhum atributo que o qualifique como merecedor de tantas sanções, o que configura as disposições do art. 44 como desarrazoadas e desproporcionais.

Fato é que o tema tornou-se bastante controvertido, com a jurisprudência se dividindo em suas conclusões para ambos os lados. Assim, para um melhor entendimento da controvérsia que se inseriu dentro do cenário nacional, imprescindível que se faça a exposição da evolução histórica jurisprudencial dos tribunais superiores ao longo desses últimos anos.

4. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4.1 A VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A jurisprudência de nossos tribunais apresentou acentuada mudança desde a publicação da citada Lei de Drogas. Inicialmente, quando dos primeiros julgados proferidos pelo STF, houve evidente tendência a se aplicar a literalidade do art. 44 e suas vedações em toda a sua extensão.

No julgamento do *Habeas Corpus* 93940/SE de 06/05/2008, ou seja, já após a edição da Lei 11.464/07 que suprimiu a vedação à liberdade provisória, o referido tribunal em julgamento pela Primeira Turma, com o voto da relatoria de Ricardo Lewandowski, ao julgar a prática de delito de homicídio duplamente qualificado, decidiu que o crime hediondo não pode ter liberdade provisória, ainda que esta restrição não esteja prevista pela Lei de Crimes Hediondos.

Argumentava, na oportunidade, o Ilustre Ministro que a vedação à liberdade provisória do crime hediondo e dos demais crimes a ele equiparados decorreria do próprio texto constitucional, o qual prevê a inafiançabilidade de tais crimes (art. 5º, XLIII e XLIV da CF).

Desse modo, a legislação ordinária que, porventura, concedesse a liberdade provisória a crime inafiançável, conseqüentemente, seria inconstitucional. Afinal, se a lei proíbe que o acusado saia mediante o pagamento de fiança, com muito maior razão seria vedada a liberdade provisória sem o pagamento da fiança.

Em que pese o brilhantismo do raciocínio esposado pelo Ministro nesse julgado, a sua afirmativa e conclusão não se configura como a melhor para o tema. Posteriormente, a evolução jurisprudencial deu conta de apresentar entendimento diverso que permitiria para crimes hediondos e àqueles equiparados a concessão de liberdade provisória sem o pagamento de fiança.

Isso porque o que o restou vedado foi apenas a liberdade mediante pagamento de fiança. Nada prevê a Constituição acerca da liberdade mediante o não pagamento de fiança.

Trata-se de institutos autônomos e distintos. Se a inafiançabilidade é uma restrição a direito que decorre de texto contido no rol de garantias fundamentais, não pode haver interpretação extensiva desse instituto a fim de que se afete e prejudique o direito fundamental à liberdade do acusado que será instrumentalizado pelo instituto da liberdade provisória.

Logo, há, por tabela, a possibilidade de liberdade provisória sem fiança desde que o legislador ordinário assim preveja. Como a Lei 11.464/07 tratou de revogar apenas a proibição de liberdade provisória para crimes hediondos, mantendo a vedação à fiança, deduz-se claramente que a intenção de legislador ordinário foi possibilitar a partir de então a liberdade provisória sem pagamento de fiança para crimes hediondos e demais equiparados.

Esse entendimento teve como marco a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, no Informativo 533, que julgou o *Habeas Corpus* 96715/ SP, cuja publicação ocorreu em 03/02/2009. O Ilustre Ministro considerou inconstitucional a vedação legal à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei 11.343/06. Em seu voto, o Ministro decidiu que tal proibição violava os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Ilustrou seu raciocínio com a declaração de inconstitucionalidade proferida na ADI 3112/DF já apresentada aqui no início desse artigo. A comparação a tal decisão faz-se necessária, uma vez que naquela oportunidade a restrição à liberdade provisória foi considerada inconstitucional pelas mesmas razões.

O legislador atua de maneira imoderada ao formular regras legais cujo conteúdo revela deliberação totalmente divorciada dos padrões da razoabilidade. Assim, tem-se direta violação ao princípio da proporcionalidade, o qual serve como instrumento de contenção dos excessos do Poder Público quando este realiza produção normativa.

Ressaltou ainda que a própria natureza e gravidade do delito pelo qual o acusado é julgado não servem de fundamento, por si só, para o seu cerceamento à liberdade. Do

contrário, estar-se-ia aplicando a prisão automática àquele que sequer foi condenado, pela simples natureza do delito ao qual responde. Esse raciocínio acaba por violar, por via transversa, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Há que se aferir, portanto, os requisitos da prisão preventiva para que o acusado seja obrigado a permanecer cautelarmente preso. Trata-se de uma garantia legal, que impede a prisão, *ex lege*, bem como observa ainda o princípio do devido processo legal.

Todos esses argumentos irão, por fim, culminar na tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa Constituição, esculpido em seu art.1º III. Isso porque a inobservância de tais normas enseja a prisão ilegal do acusado, e por tabela, a restrição de sua liberdade. Como a liberdade do indivíduo é direito fundamental que se corporifica como um dos corolários da dignidade da pessoa humana, sempre que aquela for afetada, esta será conjuntamente atingida.

Posteriormente, no HC 97579/MT de 02/02/2010 o STF pela sua 2ª Turma voltou a encampar a tese de Celso de Mello e concedeu a liberdade provisória a acusado preso em flagrante que teve sua prisão mantida quando não apresentados os requisitos da prisão preventiva. Nesse julgado, a Ministra Ellen Gracie restou vencida, optando, isoladamente, pela aplicação da literalidade do art. 44 da Lei 11.343/06.

Observa-se, por fim, que tanto voto do Ministro Celso de Mello, quanto o julgamento pela 2ª Turma, não adentraram os ministros no mérito da restrição legal esculpida no art. 44 ter sido revogada pela lei geral posterior de crimes hediondos. Pelos julgados apresentados, não seria caso de revogação legal, mas sim de inconstitucionalidade da Lei de Drogas face à Carta Magna.

4.2 A VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

O STJ, por seu turno, apresentou também uma evolução jurisprudencial que veio a culminar na inaplicabilidade do art. 44 da Lei 11.343/06. Contudo, a análise de seus julgados se ateve mais ao exame da vedação à conversão das penas em restritivas de direitos, contida na parte final do *caput* do art. 44 e do art. 33 §4º, todos da lei 11.343/06.

O tema ganhou relevância neste Tribunal quando no julgado do HC 120.353/ SP, julgado em 13/08/2009, a 6ª Turma acolheu a argüição de inconstitucionalidade proposta pelo Ministro Nilson Naves em seu voto vista e remeteu o feito para julgamento da Corte Especial.

Note-se que aqui, diferentemente da liberdade provisória, já há a condenação penal do acusado transitada em julgado e, portanto, não há que se falar em violação à presunção de inocência. Os fundamentos pela sua inconstitucionalidade, portanto, seriam outros, tendo o STJ se restringido a abordar apenas alguns deles quando posto o tema em pauta na Corte Especial.

Em 04/11/2009 a Corte Especial do STJ, em decisão publicada no informativo nº 414, considerou constitucional a vedação à substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos. Optou, no entanto, em abordar apenas a suposta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, entendeu a Corte que todo e qualquer princípio constitucional pode ser ponderado, e que, no caso, a defesa social, consubstanciada na própria pena do indivíduo, se sobrepõe face à privação temporária do particular condenado.

Aduziu ainda que eventuais violações à dignidade da pessoa humana causada pelas precárias condições carcerárias não se insere no âmbito do legislativo, ou seja, eventual violação a direitos humanos nos presídios não decorre da restrição legal de conversão da pena

em restritiva de direitos, mas sim da ineficiência da administração pública na gestão desses presídios.

No que tange à individualização da pena, entendeu a Corte Especial que, a restrição à conversão da pena se coaduna com as demais restrições do próprio art. 44, e que, se a inafiançabilidade impede a liberdade provisória do agente antes do seu julgamento, pouco sentido faria que este fosse posto em liberdade quando condenado posteriormente.

Ademais, entendeu que não pode haver violação à individualização da pena só porque a lei restringe o campo de jurisdição do juiz quando este fixa o tipo de pena a ser cumprida pelo condenado. Senão haveria da mesma forma violação a tal princípio na hipótese do art. 44 do Código Penal que veda a restritiva de direitos para crimes praticados com grave ameaça ou violência.

Por fim, concluiu que a adoção da pena privativa de liberdade para a punição do crime de tráfico de entorpecente não implica, *ipso facto*, o descumprimento da individualização da pena, pois só tolhe uma de suas manifestações, visto que o juízo considerará outros fatores para individualizá-la (conduta social, personalidade do agente, motivos, consequências do crime etc.).

A despeito do grande conhecimento jurídico deste egrégio tribunal, parece que os ministros se equivocaram ao abordar o tema.

Com relação à violação da dignidade da pessoa humana nos presídios, não há que se negar, e é até de bom proveito que o STJ reconheça este problema crônico de âmbito nacional. Trata-se de evidente violação direta a normas assecuratórias de direitos dos detentos previstas, em sua maioria, na lei de execuções penais (Lei 7.210/84).

Contudo, quando se alega a violação da dignidade da pessoa humana pelo art. 44 da lei 11.343/06, não se está querendo criticar as condições dos presídios do país. Do contrário toda pena restritiva de liberdade seria inconstitucional por obrigar o condenado a se sujeitar a

condições precárias. Na verdade, se está criticando a própria restrição da liberdade em si, uma vez que esta não pode ser restringida quando injusta.

Tampouco há que se falar em congruência entre a restrição de liberdade e a inafiançabilidade. Confunde o STJ os conceitos de inafiançabilidade e de liberdade provisória, sendo estes distintos, como já aqui abordado. O fato de o crime ser inafiançável não impede que o réu responda em liberdade ao processo. Logo, não há incongruência alguma entre a inafiançabilidade e a possibilidade que o condenado cumpra pena restritiva de direito.

Com relação ao princípio da individualização da pena, as restrições impostas pelo art. 44 do CP se harmonizam plenamente com as demais normas penais que regulam a delimitação da pena aplicável ao condenado. Desse modo, ainda que se restrinja o campo de atuação do magistrado na individualização da pena, este irá atuar balizado por norma sistemática e harmônica com todos os demais preceitos reguladores e sancionatórios do direito penal. O mesmo, no entanto, não se dá com o art. 44 da Lei 11.343/06.

Antes da edição da Lei 11.464/07, entendia a jurisprudência e a parcela majoritária da doutrina que a obrigatoriedade do regime integralmente fechado, aplicado aos crimes hediondos e a ele equiparados, tornava inviável a concessão do benefício da pena restritiva de direito. Tratava-se da denominada proibição implícita.

Com a inovação legislativa, houve *novatio legis in melius* e a partir de então todos os crimes hediondos e equiparados passaram a ter direito à progressão de regime, e, conseqüentemente, à aplicação da pena restritiva de direitos. Desse modo, a restrição prevista no art. 44 da Lei de Drogas passou a andar em descompasso com a legislação de crimes hediondos.

Tem-se, portanto, nesse caso, evidente afronta ao princípio da isonomia, uma vez que o crime de tráfico de drogas passou a ser tratado de forma mais severa que os demais crimes

ditos hediondos. Tal situação fere diretamente toda a sistemática normativa que regula o assunto, afronta a isonomia, e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, o STJ adotou o posicionamento proferido pela Corte Especial, e a 6ª Turma manteve a aplicação da vedação legal à conversão das penas em restritiva de direitos no HC 153.125- MG julgado em 18/02/2010. A 5ª Turma, também manteve o referido entendimento no julgamento do HC 149.942-MG, julgado em 06/04/2010. Restava assim isolado quando votava pela 6ª Turma o Ministro Nilson Naves, firme na tese da inconstitucionalidade da vedação à conversão.

Esse entendimento sedimentado que aplicava a literalidade foi então alterado após o julgamento do HC 118.776/RS, julgado em 18/03/2010, quando a 6ª Turma alterou seu posicionamento e passou a aplicar a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos.

No caso, a mudança de posicionamento da Turma se deu principalmente por conta do HC 102.678/MG julgado em 9/03/2010 no STF, com a relatoria do Ministro Eros Grau, que substituiu a pena restritiva de liberdade por outra restritiva de direito em caso de crime de tráfico de entorpecentes.

A 6ª Turma optou, portanto, em alterar seu posicionamento em respeito ao princípio da isonomia. Ainda que a inconstitucionalidade do dispositivo tenha sido declarada por outro tribunal em controle difuso de constitucionalidade, produzindo efeitos apenas *incidenter tantum*, o princípio da isonomia obriga que os demais julgados sigam o entendimento apresentado pelo STF, a fim de que aqueles que têm situações idênticas sejam julgados da mesma forma.

A 6ª Turma do STJ deixou claro o seu intuito em obedecer a essa igualdade de tratamento e interpretação legal, quando, no informativo 427, expôs que, tanto a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, quanto o Ministro Og Fernandes tinham o posicionamento

“de denegar a ordem de *habeas corpus*, tendo em vista a decisão da Corte Especial que concluiu pela constitucionalidade da vedação. Mas, diante do posicionamento do STF no HC 102.678-MG, a decisão da Corte Especial sofreu outro posicionamento, em que restou assegurada a possibilidade da conversão da pena, aplicável nas hipóteses da Lei n. 11.343/2006, para o delito de tráfico, respeitadas as circunstâncias fáticas.”

Agiu corretamente a 6ª Turma, pois dessa forma conferiu dupla isonomia em seu provimento jurisdicional. Adotou o posicionamento apresentado pelo STF, de modo a prestar provimento jurisdicional igual àquele sedimentado pelo tribunal guardião da constituição, bem como tratou de forma igualitária os que praticavam crime de tráfico e os que cometiam demais delitos ditos hediondos.

Fato é que apenas o tempo dirá como se consolidará a posição do STJ a esse respeito, já que a 5ª Turma mantém a interpretação destinada a aplicação da literalidade. Importante, contudo, ressaltar que em curto espaço de tempo este entendimento apresentado pela Corte Especial foi abandonado pela 6ª Turma, e evidente a tendência que haja a adesão pelo entendimento da inconstitucionalidade da vedação à conversão de restritiva de direitos.

Por fim, cabe expor que o STF levou a questão para o Plenário realizar o julgamento da constitucionalidade de tal vedação. A relatoria coube ao Ministro Carlos Ayres Britto, no HC 97256/RS, que, em voto proferido em 18/03/2010, decidiu pela inconstitucionalidade da vedação à conversão em restritiva de direitos contida tanto no art. 33 §4º, como no *caput* do art. 44 da Lei 11.343/06.

Expôs o relator que a Constituição Federal em seu art. 5º XLIII já delimita 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.”

O texto constitucional já teria imposto ao legislador ordinário uma isonomia de tratamento entre crimes hediondos e os equiparados pela constituição ou por força de lei. Como prevista no rol das garantias fundamentais, seria essa uma garantia ao processado ou condenado por um desses crimes, o que conferiria uma isonomia interna.

Observou posteriormente que, conquanto o legislador ordinário possa ampliar o rol de crimes ditos hediondos ou equiparados, não pode restringir os direitos dos condenados nesses crimes de forma a ir além das restrições previstas no art. 5º XLIII da CF, no caso, a fiança, a graça e a anistia. Isso porque a norma constituinte em questão tem natureza de garantia fundamental e não pode sofrer interpretação outra que não a restritiva.

Ressaltou ainda que o núcleo semântico da garantia da individualização da pena contido na Constituição não pode ser nulificado por legislação ordinária. Este princípio da individualização da pena estaria compreendido em três momentos distintos e complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. Todas essas etapas estariam destinadas a garantir o preceito individualizador da pena. Pois bem, no caso do art. 44 a lei estaria a retirar do juiz sentenciante o seu poder-dever de aplicar a pena justa conforme as particularidades do caso concreto ora julgado.

Desse modo, ao realizar a dosimetria da pena, o juiz sentenciante estaria afastado do seu poder discricionário de aplicar a pena justa conforme os requisitos subjetivos e objetivos do caso analisado. Este mesmo juiz poderia por lei ordinária ser obrigado a fixar pena restritiva de liberdade cumulada com restritiva de direitos, mas jamais poderia ser vedado ao magistrado se deslocar dentro dos quadrantes de alternatividade sancionatória.

Destarte, poderia a lei estabelecer condições mais restritas e severas para a incidência das penas alternativas, como faz no art. 44 do CP. Jamais, no entanto, poderia proibir de forma pura e seca a sua convolação em pena alternativa. Esse tipo de restrição legal fere o princípio da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, concedeu o Ministro em seu voto o *Habeas Corpus* não para que fosse convalidada a pena, mas para remover o obstáculo do art. 44 da lei 11.343/06 e enviar ao juiz de execução o feito para que este auferisse no caso concreto as condições subjetivas e objetivas da convalidação da pena. Após pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa.

Depreende-se, portanto, neste caso, uma tendência apresentada já pelo voto da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, no posicionamento do STF em considerar inconstitucional a vedação à restritiva de direitos do art. 44 da Lei 11.343/06. Ainda que a Corte não acompanhe este entendimento, resta comprovado que a tese da inconstitucionalidade da norma é encampada por juristas de peso dos principais tribunais do país.

CONCLUSÃO

Enfim, depreende-se de todo o histórico evolutivo exposto neste trabalho, que a questão acerca da constitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06 ainda está longe de restar pacificada em nossa jurisprudência. No entanto, é possível verificar uma forte tendência jurisprudencial pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma no que tange à vedação à liberdade provisória e ao cumprimento da pena mediante restritiva de direitos.

Para a se alcançar a conclusão de que a proibição da liberdade provisória é inconstitucional, atendeu-se aos princípios constitucionais da presunção de inocência ou não culpabilidade, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proporcionalidade. Observou-se ainda a questão da lei penal no tempo e a revogação da vedação à liberdade provisória pela lei de crimes hediondos alterada em 2007.

Quanto à vedação à pena restritiva de direitos, são apresentados como argumentos para sua inconstitucionalidade, mais uma vez a questão da revogação legal face à lei de

crimes hediondos, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e, primordialmente, o princípio da individualização da pena.

Por fim, resta apresentar uma última questão para breve reflexão. A Lei de Drogas, como já inicialmente exposto, apresentou uma política criminal de descarcerização para o usuário de drogas e de punição severa ao traficante de entorpecentes. Atende-se assim a um entendimento hodierno que põe o usuário como vítima de um macrosistema estruturado e nocivo que assola a sociedade brasileira.

Contudo, é de notório conhecimento que os consumidores finais de drogas são, em boa parte, pessoas abastadas e com boas condições de vida, enquanto o traficante é inserido no tráfico, muitas vezes, pela falta de oportunidades que a vida comum lhe oferece.

Desse modo, mais uma vez, o Direito Penal se limita a incriminar a parcela da população que em maior parte carece de assistência do Estado, e se limita a apenas aplicar medidas educativas a quem financia o esquema de tráfico através do seu consumo.

Trata-se de prática costumeira do legislativo destinar o campo de aplicação dos crimes cuja pena é a de restritiva de liberdade, aos delitos cometidos por parcela da população mais carente. É chegada a hora de se observar quando que o Direito Penal cuidará de punir de fato aqueles que cometem os crimes que dão causa às demais mazelas de nossa sociedade, como os crimes financeiros, ou seja, os crimes de colarinho branco em geral.

Ademais, não basta punir severamente traficantes, cerceando ao máximo a liberdade destes, quando a cadeia passa a ser mero habitat para a organização e prática de novos delitos. É necessária uma revolução na forma como o poder público administra o sistema carcerário, ou do contrário, qualquer discussão acerca de hermenêutica jurídica de validade de normas penais será ineficaz face à situação de acefalia do Estado no controle do crime organizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 07 de Dezembro de 1940.

_____. Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984.

_____. Lei 8.072 de 25 de Julho de 1990.

_____. Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997.

_____. Lei 10.826 de 22 de Dezembro de 2003

_____. Lei 11.343 de 23 de Agosto de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82959. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 1.09.2006

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.112. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DOU de 26.10.2007

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 93940. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DOU de 06.06.2008

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96715. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 3.2.2009

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 97579. Relator: Min. Ellen Gracie. Publicado no DOU de 14.05.2010

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 120.353. Relator: Min Og Fernandes. Publicado no DOU de 13.08.2009

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 153.125. Relator: Min Og Fernandes.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 149.942. Relator: Min. Felix Fischer. Publicado no DOU de 3.05.2010

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 118.776. Relator: Min. Nilson Naves. Publicado no DOU de 18.03.2010

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 102.678. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DOU de 23.04.2010

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 97256. Relator: Min. Ayres Britto.

FILHO, Vicente Greco. *Tóxicos Prevenção e Repressão: Comentários à Lei 11.343/2006- Lei de Drogas*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343. de 23.08.2006*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. 8 ed. Niterói: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada-Comentários à Lei n. 11.343/2006*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.