

TRÁFICO DE DROGAS E PRISÃO COMPULSÓRIA: antinomia real ou aparente entre as leis 11.340/06 e 11.464/07?

DRUG TRAFFICKING AND MANDATORY PRISON: real or apparent conflict between the laws 11,340 / 06 and 11,464 / 07?

Almir Santos Reis Junior*

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo analisar a eficácia da lei 11.343/06, que proíbe a concessão de liberdade provisória aos crimes dispostos nos artigos 33 a 37, desde diploma legal em contraste com o artigo 2º, parágrafo 2º, da lei 8.072/90, que passou a admitir a liberdade provisória aos crimes hediondos e assemelhados aos hediondos. Para isso, a pesquisa abordará a existência de antinomia real ou aparente entre estes diplomas.

Palavras-chaves: liberdade – conflito – inocência – penal – princípio.

ABSTRACT

This research has the scope to analyze the effectiveness of law 11.343 / 06, which prohibits the granting of bail to the crimes established in Articles 33-37, since legal diploma in contrast to Article 2, paragraph 2, of Law 8,072 / 90, who went on to admit to bail the heinous crimes and similar to those heinous. For this, the research will address the existence of real or apparent contradiction between these diplomas.

Keywords: freedom - conflict - innocence - Criminal - principle.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo de jurisprudência, do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, sobre a inadmissibilidade de liberdade provisória ao delito de tráfico de drogas, bem como a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre esta matéria.

* Doutorando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos da Personalidade. Especialista em Docência no Ensino Superior. Docente da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Estadual de Maringá. Advogado criminalista militante em Maringá.

A decisão judicial, objeto de discussão do presente trabalho, será apreciada no âmbito de lei geral, especial e da própria Constituição Federal, sobre a matéria relacionada à possibilidade de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

As leis envolvidas na presente pesquisa foram 8.072/90, 11.343/06, 11.464/07 e a Constituição Federal, de 1988.

Imprescindível será o estudo sobre a posição da Suprema Corte acerca da existência ou não de antinomia nos diplomas legais acima descritos: lei geral, especial e Constituição Federal.

2. DA ANÁLISE DAS LEIS 8.072/1990, 11.464/07 e 11.343/06, QUANTO A POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA E EXISTÊNCIA DE ANTINOMIA REAL OU APARENTE

A lei 8.072/90 dispõe matéria relacionada aos crimes hediondos e assemelhados aos hediondos.

Esta lei trata do tema tanto no aspecto do direito material quanto do direito processual, não obstante, o enfoque deste trabalho esteja, apenas, relacionado a matéria processual, especialmente às questões relacionadas a liberdade provisória com ou sem fiança.

O artigo 2º, inciso II, da lei 8.072/90 **tinha** a seguinte redação:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
II – fiança e **liberdade provisória**. (grifo nosso)

Neste caso, preso em flagrante delito por violação a qualquer tipo penal, classificado como crime hediondo ou assemelhado ao hediondo, como é, por exemplo, o tráfico de drogas, deveria aguardar o julgamento no ergástulo público, pois a lei não admitia a possibilidade de liberdade provisória com ou sem fiança. Aventava-se, portanto, uma espécie de prisão preventiva obrigatória.

Com a evolução dos *valores* da sociedade brasileira, o legislador, atendendo os novos anseios sociais – *valoração* – editou norma que deu nova redação a esse dispositivo.

A lei 11.464/00 deu nova redação a alguns artigos da lei 8.072/90. Quanto a análise do artigo 2º, inciso II, a nova redação é a seguinte:

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

O novo diploma legal excluiu a impossibilidade de concessão, pelo magistrado, de liberdade provisória a crimes tratados por aquela lei, ou seja, aos crimes hediondos e assemelhados aos hediondos, incluindo, portanto, o tráfico de drogas, que é assemelhado ao hediondo. Passou-se a admitir a liberdade provisória a estes crimes, entretanto, sem o pagamento de fiança.

Em que pese a redação da nova lei admitir a liberdade provisória a crimes hediondos e assemelhados aos hediondos, a lei 11.343/06 (Lei de Drogas), ao tratar do crime de tráfico de drogas, nega, expressamente, a possibilidade de liberdade provisória a crime de tráfico de drogas.

Neste sentido, dispõe o artigo 44, da lei 11.343/06, 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. (grifo nosso)

Observa-se, em princípio, uma antinomia entre os dois diplomas legais. Isto porque, tem-se uma lei geral nova (lei 11.464/07) que admite a liberdade provisória para delitos de tráfico de drogas e, por outro lado, tem-se uma lei especial (lei 11.343/06) que veda a concessão de liberdade provisória para pessoas que cometem delito de tráfico de drogas.

A Constituição Federal, de 1988, não negou, expressamente, a possibilidade de liberdade provisória a qualquer delito, contudo, elevou o delito de tráfico de drogas à categoria de crime inafiançável; apenas isso. Neste sentido, dispõe o artigo 5, inciso XLIII, da Constituição Federal, que:

XLIII - 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;

Sendo assim, surge a discussão sobre a existência ou não de antinomia – real ou aparente – entre as leis 8.072/90, com nova redação dada pela lei 11.464/07 e a lei 11.343/06, que serão apreciadas com a colação de uma jurisprudência do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região.

3. DA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A VEDAÇÃO OU PERMISSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA A CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, SOB O ASPECTO CONSTITUCIONAL

Sobre eventual existência de antinomia o Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, proferiu a seguinte decisão:

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA. DESCABIMENTO. ANTINOMIA JURÍDICA DE SEGUNDO GRAU. CONFLITO ENTRE REGRAS E ENTRE CRITÉRIOS. PENA DE MULTA. REDUÇÃO. 1. As condições pessoais do réu, primário e de bons antecedentes, aliadas ao fato de os elementos probatórios não indicarem o seu envolvimento em outras "atividades criminosas" nem a sua participação em "organização criminosa", autorizam a aplicação da causa de diminuição criada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.2. Em face da nocividade da droga (cocaína), bem como da quantidade apreendida (2.035g), o réu não faz jus à redução máxima (2/3) prevista na aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Precedente da Turma.3. **Em que pese a Lei nº 11.464/07 ter dado nova redação ao art. 2º, inc. II da Lei nº 8.072/90, dessa excluindo a expressão "liberdade provisória" dentre as vedações previstas na lei, trata-se, em verdade, de antinomia jurídica de segundo grau, isto é, além do conflito entre a Lei nº 11.343/06 que veda expressamente a concessão da liberdade provisória (lei especial e antecedente) e a Lei nº 11.464/07 (lei geral e posterior), há ainda um outro que se opera entre os critérios que solucionam o referido conflito (especialidade/cronológico).**4. Inexistente uma regra que solucione o conflito entre os critérios da especialidade e o cronológico, o julgador deverá superá-lo mediante a aplicação dos princípios gerais do direito, para proporcionar a garantia necessária à segurança da comunidade (interesse coletivo), sempre voltado a uma leitura constitucional do conflito.5. A Constituição Federal prevê o princípio da inocência (art. 5º, inc. LVII), mas não de forma absoluta, uma vez que também prevê a prisão cautelar (art. 5º, LXI), assim como dispõe ser inadmissível para o tráfico ilícito de entorpecentes, a liberdade provisória mediante o arbitramento de fiança (art. 5º, inciso XLIII).6. Dessa leitura constitucional, extrai-se que o critério da especialidade deve resolver a antinomia apontada, inclusive considerando recentes julgados do STJ que revisou a sua jurisprudência, em face de precedente do STF, no sentido de que a vedação constitucional de fiança, constitui fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória sem a necessidade de explicitação de fatos concretos que justifiquem a

manutenção da custódia.7. Pena de multa reduzida, a fim de que guarde simetria com a pena corporal fixada. ACR 4090 PR 2007.70.02.004090-5. 8 turma do TRF 4. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. 22.10.2008. (grifo nosso).

Denota-se, pela leitura do texto, que o Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, afirmou, em princípio, existir antinomia de segundo grau e, portanto, a solução deveria ser apontada pelos princípios gerais do direito, não obstante, logo abaixo, o Tribunal manifesta entendimento de que este conflito deve ser solucionado pelo critério da especialidade, ou seja, lei especial antecedente prevalece sobre lei geral posterior.

Para esse Tribunal não há possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ao crime de tráfico de drogas, pois embora haja permissão legal por lei geral há, também, vedação legal, por lei especial, que embora seja mais velha, prevalece sobre a lei geral.

Em sentido contrário, manifesta Aury Lopes Júnior¹ “O acerto da posição doutrinária sempre resistiu a essa absurda vedação de liberdade provisória previsto na lei 8.072 finalmente veio reconhecido pela mudança legislativa – tardia, é verdade – da lei 11.464”.

E acrescenta, ainda, ao afirmar que “Também foi afetada a lei 11.343, pois seu art. 44 (que vedava a liberdade provisória nos crimes previstos no art. 33, caput, e parágrafo 1º, e 34 a 37) não mais subsiste diante da alteração legislativa contida na lei n. 11.464”².

Em que pese a decisão do Tribunal Regional Federal, o Supremo Tribunal Federal, em 2010, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 44, da lei 11.343/06 – que veda a liberdade provisória ao tráfico de drogas – sob o argumento de que, embora a Constituição Federal, de 1988, tenha elevado o crime de tráfico de drogas à categoria de crime inafiançável, em momento algum negou a possibilidade de concessão de liberdade provisória.

Traz-se a colação a jurisprudência,

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343.

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 902.

² Id, *ibid*, p. 903.

INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ORDEM CONCEDIDA. (HC 93.115/BA, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJe 28.5.2010).

Para a Suprema Corte a regra trazida pela Constituição Federal é de liberdade do ser humano, em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência. E, por isso, não se pode admitir prisão provisória (preventiva) obrigatória, como existia antes da Carta da República, de 1988.

A prisão provisória somente poderá ser decretada se estiverem presentes os requisitos autorizadores, dispostos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal³, independente da natureza do delito (hediondo ou não).

Para o Supremo Tribunal Federal não há antinomia na Constituição, mas sim, há necessidade de adequar as leis existentes à Constituição Federal⁴, notadamente, a lei 11.434/06 que vedou, expressamente, a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas. Nesse sentido, posicionou o Ministro Gilmar Mendes,

[...] 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à

³ Dispõem os artigos: 312 “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Art. 313, “Nos termos do art. 312, deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”.

⁴ Nesse sentido, foi a decisão do STF: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para que sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, que denegava a ordem; Joaquim Barbosa, que concedia a ordem por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão do paciente, e Marco Aurélio, que concedia a ordem por excesso de prazo. O Tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os *habeas corpus* quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.05.2012”. In: www.stf.gov.br. Capturado em: 08.04.2015.

liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. (HC 104.339. Relator: Gilmar Mendes, 06.12.2012.)

No mesmo sentido,

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO PRISIONAL COM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO FÁTICA CONCRETA. PRECEDENTES 1. A prisão preventiva só deverá ser decretada quando devidamente atendidos os requisitos legais das garantias das ordens pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. 2. A gravidade do crime cometido, seja ele hediondo ou não, com supedâneo em circunstâncias que integram o próprio tipo penal, não constitui, de per si, fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar. 3. Ordem concedida para revogar a preventiva, determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos os pacientes, sem embargo de novo decreto prisional, com observância dos requisitos legais. (HC 223.795/SC, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 15/03/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão cautelar somente é devida se expressamente justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do art. 312 do Código de Processo Penal, sob pena de conduzir à nulidade da decisão constritiva, que é excepcional. 2. Na hipótese, em relação à Paciente, não restou demonstrada a existência dos pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, com a devida indicação dos fatos concretos legitimadores de sua manutenção, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. 3. Ordem concedida para revogar o decreto de prisão preventiva em relação à Paciente, sem prejuízo de que outro seja expedido com a devida fundamentação.

(HC 195.833/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012)”

Verifica-se, portanto, verdadeira contradição entre a decisão do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, em relação as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sobre a mesma matéria. Por esta razão, abordar-se-á, no tópico seguinte, qual decisão melhor se adequa aos valores sociais, no âmbito do sistema.

3. ANTINOMIAS VERIFICADAS NA DECISÃO PELO TRF-4: classificação e critérios para a solução dos conflitos

O Tribunal Regional Federal reconheceu a existência de antinomia entre as leis especial e geral (nova), em conflito aparente.

Versa-se, em princípio, um conflito entre lei especial velha e lei geral nova. Neste caso, aventar-se-ia a existência de *antinomia aparente*, valendo-se da classificação de Norberto Bobbio para solução. O autor, analisando pela perspectiva do critério de solução das antinomias, denomina as antinomias solucionáveis de *aparentes* e as insolucionáveis de *reais*.

Assim explica Norberto Bobbio que:

As razões pelas quais nem todas as antinomias são solúveis são duas: 1) há casos de antinomias nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias; 2) há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si⁵.

E continua,

Chamamos as antinomias solúveis de *aparentes*; chamamos as insolúveis de *reais*. Diremos, portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados [...].⁶

Na hipótese de uma antinomia *aparente* os critérios de solução são “normas integrantes do ordenamento jurídico”,⁷ ou seja, nesta hipótese os critérios *cronológico, hierárquico ou da especialidade* são suficientes para solução da antinomia.

No caso em tela, a antinomia aparente foi solucionada, pelo TRF, pela aplicação do critério da especialidade. Neste contexto explica Norberto Bobbio que:

O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial: (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p.92.

⁶ Id, ibid, p.92.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

certo *genus*) corresponde a uma exigência fundamentação de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria⁸.

Para Bobbio a passagem da regra geral para a especial relaciona-se a um processo de diferenciação de categorias e, ainda, uma gradual descoberta, pelo legislador, dessa diferenciação. O fundamento pelo qual o critério especial deve prevalecer sobre o geral está em regras fundamentais de justiça: dar a cada um o que é seu. Por isso, a lei especial deve prevalecer sobre a geral.⁹

Analisando-se o confronto de uma lei especial com a lei geral, resta evidente que a primeira norma (especial) encontra-se com mais força para preponderar.

Por esta razão, em princípio, a decisão do Tribunal Regional Federal foi acertada, pois na existência de antinomia aparente entre lei geral e especial prevalece esta. Assim, a impossibilidade de liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas é medida que deveria ser respeitada, face proibição legal de lei especial.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a mesma matéria entendeu que havia, na verdade, um conflito entre a lei especial, que vedava, expressamente a liberdade provisória ao tráfico de drogas e a Constituição Federal, que além de não vedar, expressamente, a liberdade provisória, criou cláusula pétrea, pela qual a liberdade do ser humano deve ser regra, antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Isto, em atenção ao princípio da presunção de inocência, pois “ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

No ordenamento jurídico brasileiro o *princípio da supremacia constituição*, trajado pelo atributo de elevar a Constituição à posição de comando, de referência à ordem jurídica, torna inválida todas as leis e atos que lhe forem contrários.

Neste sentido explica José Afonso da Silva que este princípio

[...] 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 deste 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.¹⁰

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995, p. 96.

⁹ Id, *ibid*, p.96.

¹⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47.

A teoria da recepção e o modelo de controle de constitucionalidade é derivada deste princípio.

Kelsen argumenta que, se tomar em conta apenas a “ordem jurídica positiva estadual”, o topo mais elevado do escalão de Direito positivo é ocupado pela Constituição. Ressalvando-se, entretanto, que “A Constituição é aqui entendida num sentido material”, o que significa dizer que ela representa a norma positiva ou as normas positivas “através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”.¹¹

Dáí o que se verifica é que a decisão do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, ao aplicar o critério da especialidade e, conseqüentemente, adotar a lei especial, que veda a liberdade provisória deixou de lado a Carta da República, que garante, como regra, o direito à liberdade.

Acertada, portanto, a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 44, da lei 11.343/06, pois fere princípios básicos da Constituição Federal.

Assim, a norma superior – Constituição Federal –, neste caso, deve prevalecer face norma inferior e a decretação da inconstitucionalidade do art. 44, da lei especial foi o mecanismo encontrado pela Suprema Corte, como atividade mais justa, para resolver esta, verdadeira, antinomia real entre os critérios da hierarquia e especialidade.

Nesse sentido, o que se observa é que realmente havia, grosso modo, uma antinomia aparente – entre as leis 11.343/06 e 11.464/07 – que prevaleceu a primeira, em atenção ao critério da especialidade.

Contudo, após a aparente solução dessa antinomia, constatou que, na verdade, a lei especial estava conflitando com a Carta da República, de 1988 e, portanto, estava-se diante de uma antinomia real envolvendo: os critérios de hierarquia e especialidade.

A solução encontrada pela Suprema Corte para solucionar esta antinomia foi declarar a inconstitucionalidade da lei especial que veda a liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas.

A decisão da Suprema Corte atendeu aos novos valores da sociedade brasileira. Seria risível não admitir a liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas ou a qualquer outro delito, pois qual a diferença que há entre aquele que é preso em flagrante por tráfico de drogas, daquele que não é preso em flagrante, pois fuge, mas que praticaram, em coautoria, a conduta de tráfico de drogas? Sorte do segundo e azar do primeiro? Sim.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 310.

Para não aceitar esta resposta, não se admite a custódia preventiva compulsória de ninguém, salvo se estiverem presentes os pressupostos autorizadores do art. 312, CPP.

Foi um crasso erro do TRF, da 4ª Região, em admitir a proibição de liberdade provisória, pela simples natureza da infração penal, disposta em lei especial. Isto porque, a natureza da prisão preventiva é cautelar e, por essa razão, tem por escopo a busca da tutela do interesse do autor no processo penal. Nada mais do que isso.

Deve o Magistrado atentar que uma custódia preventiva se decreta com profunda análise na pessoa do indiciado ou Réu e não no crime por este praticado, em submissão à presunção de inocência. Por isso, hodiernamente, todos os crimes previstos na legislação brasileira – hediondos ou não – devem admitir a liberdade provisória com ou sem arbitramento de fiança, independentemente de sua gravidade.

CONCLUSÕES

Verificou-se, inicialmente, pela decisão do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, que o conflito existente entre as leis 11.343/06 e 8.072/90, com nova redação dada pela lei 11.464/07 seria aparente e, por isso, a solução para este conflito seria aplicar o critério da especialidade e, neste caso, não admitir a liberdade provisória aos crimes dispostos na lei 11.343/06, exceto o artigo 28, deste diploma legal.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a mesma matéria, em sede de habeas corpus, entendeu que o conflito existente entre estes diplomas legais atingia, também, a Constituição Federal, pois esta não veda, em nenhum dispositivo, a concessão de liberdade provisória. Quiçá, até fomenta a liberdade provisória em submissão ao estado de inocência.

Viu-se, portanto, diante de uma antinomia entre os critérios da hierarquia e especialidade, ou seja, uma antinomia real, no qual não há critérios fixados pela Ciência do Direito na construção do sistema, por meio de enunciados lógicos, para a solução de conflitos desta natureza. Isto porque, a antinomia real é insolúvel por meio do trabalho do jurista.

Nestes casos, a solução deve se dar endoprocessualmente, pelo aplicador, contudo, ela continua a existir no ordenamento jurídico, pois o sistema não a soluciona; resolve-se, apenas, no processo e não para/pela a Ciência do Direito, numa concepção de que direito é fato, valor e norma, isto é, afastada do modelo kelseniano. A solução das antinomias reais se dá com advento de um novo diploma legal ou quando o fiscal da Carta da República a declarara inconstitucional.

Acertada, portanto, a decisão da Suprema Corte de Justiça ao afastar a eficácia do artigo 44, da lei 11.343/06 que veda a liberdade provisória aos graves delitos relacionados ao tráfico de drogas, por ela dispostos.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.