

Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011

*Political Considerations on the Legal Prohibition of the
Provisional Freedom Benefit: Tensions and Consensus in the
Trial of Habeas Corpus 104.339 and the Context
of the Law 12.403/2011*

Otávio Dias de Souza Ferreira*
Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

Em cinco oportunidades recentes, entre 1990 e 2006, o Congresso Nacional aprovou Leis Federais dispendo sobre a vedação da concessão do benefício de liberdade provisória para acusados pela prática de diversas modalidades de delitos. Tudo ocorreu durante um período de grande expansão da legislação penal e da população prisional no Brasil¹. Ao longo desses anos também se constatou uma elevação do número de privação da liberdade sumária de pessoas acusadas pela prática de crimes, ainda sem condenação – os chamados presos provisórios. Em 2011, o número total de presos provisórios no país chegou a 222.749, de um total de 513.802, resultando no percentual de 43%².

* Doutorando em Ciência Política na Universidade de São Paulo (USP), mestre em Ciências Sociais na Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), ambos financiados pela CAPES, bacharel em Direito e Administração pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e membro do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP. E-mail: otaviodsferreira@usp.br.

1 CAMPOS, 2010.

2 INSTITUTO SOU DA PAZ, 2012.

Desde o início da vigência, cada um desses dispositivos legais que vedava a liberdade provisória encontrou resistências no Judiciário, sobretudo nas suas instâncias mais altas. Muitos pedidos de liberdade chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF) e por vezes eles foram concedidos à revelia da determinação legal. Aos poucos foi amadurecendo na mais elevada Corte a discussão sobre a constitucionalidade de uma proibição dessa natureza.

Será objeto central de interesse desse artigo o julgamento de 10.05.2012, no Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), do *habeas corpus* (HC) registrado sob o n. 104.339, que versou sobre a constitucionalidade de dispositivo da nova “Lei de Drogas”, que vedava a concessão de liberdade provisória para acusados por algumas condutas ligadas ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas. Por ser a decisão paradigmática mais recente sobre tal celeuma e pela grande quantidade de pessoas privadas da liberdade acusadas por delitos previstos nessa legislação penal, o estudo desse julgamento ganha relevância especial. A análise da decisão, contudo, não pode deixar de considerar a concepção e os conteúdos trazidos no âmbito da Lei Federal n. 12.403/2011, que trata da nova sistemática processual das medidas cautelares penais.

A estrutura do artigo conta com quatro partes, além desta introdução e das considerações finais. Primeiramente, fazemos uma breve reconstituição histórica da celeuma sobre a vedação legal da liberdade provisória, desde o momento da Constituição Federal de 1988, passando pela edição e questionamento de cada diploma legal até o HC 104.339. O momento seguinte vamos atentar para o contexto legal introduzido no âmbito da reforma das medidas cautelares, na Lei n. 12.403/2011, estabelecendo relações com a temática. Em seguida, nas duas partes finais do artigo, para além da preocupação técnico-jurídica sobre o mérito do litígio, o presente estudo vai atentar para aspectos políticos da decisão do STF de maio de 2012. Pretende-se observar o julgamento nos seus aspectos mais atinentes ao processo democrático, ao contexto histórico, aos seus discursos e mensagens voltados para atores internos e externos ao Judiciário. Interessarão os aspectos deliberativos do momento de julgamento do *habeas corpus* referido – a “fase decisional”³ –, atentando para sinais de exercício do potencial da

3 Mendes (2012), em seu estudo sobre a performance deliberativa de Cortes Constitucionais, distinguiu três fases deliberativas: a pré-decisional, a decisional e a pós-decisional. No presente estudo vai interessar apenas a decisional.

decisão da Corte Constitucional de ampliação do debate público em torno das temáticas em discussão, sobretudo da prisão e da liberdade provisória. Sob a inspiração da literatura de controles democráticos⁴, ao restringir os atores políticos dentro de certos limites, investiga-se, no conteúdo da decisão, em que sentido aparecem as tensões e os consensos no interior do próprio Judiciário e entre o Judiciário e outros atores políticos importantes. Atenta-se sobretudo para a dimensão política – tanto na decisão da Corte, quanto no processo legislativo da Lei Federal –, de modo a oferecer uma perspectiva ampliada para a compreensão da temática, enfatizando aspectos de disputas e consensos políticos e institucionais.

2. Tensões sobre o Instituto da Liberdade Provisória desde a Constituição Federal de 1988

Os anos 1980 foram especialmente problemáticos do ponto de vista da segurança pública nas grandes cidades. O aumento da ocorrência de crimes violentos estimulou a difusão de um sentimento de medo e revolta em relação ao crime e o criminoso⁵.

Teixeira⁶ e Campos⁷ mostraram como setores no Congresso Nacional, desde a Constituinte, têm se movido a partir dessas demandas difusas para aprovar uma legislação com conteúdos que passam pela “supressão automática de direitos e garantias dos acusados, a restrição da margem decisória dos juízes com relação a determinados crimes e, sobretudo, o incremento de penas e a vedação de direitos e benefícios na esfera da execução de pena”⁸. Ao contrário do que muitos poderiam supor, as propostas de inflação e endurecimento da legislação punitiva partiram de parlamentares de todos os partidos, abrangendo políticos dos espectros político-ideológicos da direita, do centro e da esquerda⁹. Tais mudanças tiveram impacto significativo nas altas taxas de encarceramento constatadas nas últimas décadas.

4 REIS, ARANTES, 2010.

5 CALDEIRA, 2000. PINHEIRO, 2001.

6 TEIXEIRA, 2009.

7 CAMPOS, 2010.

8 TEIXEIRA, 2009, p.107.

9 CAMPOS, 2010.

Foi assim que a Constituição previu pela primeira vez a curiosa expressão – que encarna em si um pleonasma – “crime hediondo”, no inciso XLIII do artigo 5º, nos seguintes termos:

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.

Note-se que o texto constitucional não definia o significado da expressão “crimes hediondos”, embora tenha previsto outros considerados “análogos” a eles, incluindo o “tráfico ilícito de entorpecentes”.

Em 1990, a norma que veio a definir o conteúdo da expressão crimes hediondos surgiu sob influência da pressão de setores da sociedade alarmados com a ampla cobertura de casos de sequestro¹⁰ de grande repercussão nacional, como os dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina. A Lei Federal de n. 8.072/1990 foi proposta pelo Senador Odacir Soares (PFL/TO) e previu uma série de figuras delituosas. Nos anos seguintes, outros delitos seriam incorporados à categoria de “hediondos”¹¹. Entre as novidades da lei, importa especialmente para o presente trabalho o inciso II do artigo 2º, que dispôs sobre a vedação de liberdade provisória para pessoas acusadas pela prática de crimes dessa categoria.

Em 1995, a Lei Federal de n. 9.034, proposta pelo Deputado Michel Temer (PMDB/SP), em seu artigo 9º, dispôs sobre a proibição da liberdade provisória para crimes resultantes de organização criminosa.

Em 1998, foi a vez do artigo 3º da Lei Federal n. 9.613, proposta pelo Executivo – na gestão do então Presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) –, prever a vedação da liberdade provisória para delitos de lavagem de dinheiro.

Em 22.12.2003 foi sancionada a Lei Federal n. 10.826/2003, proposta pelo Senador Gerson Camata (PSDB/ES), conhecida como o “Estatuto do Desarmamento”. Seu artigo n. 21 também vedava a concessão de liberdade provisória para acusados por determinados delitos previstos nessa lei.

10 Tecnicamente, é mais adequado o uso da expressão “extorsão mediante sequestro”.

11 TEIXEIRA, 2009.

Em 2006 foi aprovada a Lei Federal n. 11.343, conhecida como a nova “Lei de Drogas”, oriunda de projeto elaborada por uma Comissão Mista do Senado Federal. Seu artigo 44 também proibiu a concessão da liberdade provisória para acusados de determinados delitos ligados ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas.

Trois¹² mostra que a jurisprudência do próprio STF não foi consensual na interpretação dos dispositivos legais referidos. Parte dos julgamentos, sobretudo no início do período de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, considerava que a vedação da liberdade provisória encontrava amparo no referido artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Um a um, esses dispositivos foram encontrando resistência, sobretudo por parte do Judiciário, mas também pelos Executivo e Legislativo.

Em relação à Lei dos Crimes Hediondos, desde, pelo menos, 19.04.1991, com o julgamento do recurso de habeas corpus n. 68.631/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o STF começou a decidir vários habeas corpus no sentido contrário ao dispositivo legal que vedava a liberdade provisória¹³.

Em 2006, o Executivo Federal – na gestão do Presidente Luis Inácio Lula da Silva (PT), propôs o Projeto de Lei 6.793, que visava implantar modificações na Lei dos Crimes Hediondos. Na mensagem do então Ministro da Justiça Márcio Thomas Bastos ao presidente, o texto mencionava expressamente várias decisões do STF e os princípios da presunção de inocência e da “obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente”¹⁴. No ano seguinte, como resultado desse projeto de lei, foi sancionada a Lei n. 11.464/2007, que passou a permitir a concessão de liberdade provisória para os delitos previstos naquele diploma legal.

O referido artigo 21 do Estatuto do Desarmamento caiu no âmbito do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 3.112, em 02.05.2007, ajuizada pelo Partido Trabalhista do Brasil (PTB), quando o Plenário do STF considerou-o inconstitucional.

12 TROIS, 2012.

13 No mesmo sentido, ver os julgamentos dos habeas corpus de números: 69.950, 77.052; 79.204, 82.903, 83.173, 84.797, 84.884, 85.036, 85.900, 87.343, 87.424 e 87.438 (TROIS, 2012).

14 BRASIL, 2006.

A Reclamação registrada no STF sob o n. 2.391, oriunda do Paraná, contestou a constitucionalidade dos dispositivos referidos das Leis Federais n. 9.034/1995 e n. 9.613/1998. Depois da manifestação de cinco Ministros – Cezar Peluso, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Gilmar Mendes – pela inconstitucionalidade dos artigos referentes à liberdade provisória com base na presunção de inocência, entretanto, a Reclamação foi considerada prejudicada no Plenário em 02.02.2007 em razão da perda do objeto, ocasionada pela soltura dos pacientes¹⁵.

Se a decisão sobre esses dispositivos ficou em suspenso, criou-se maior expectativa sobre o julgamento da constitucionalidade do dispositivo semelhante da nova “Lei de Drogas” no Plenário do STF, em 10.05.2012, no âmbito do HC 104.339, que vedou a concessão de liberdade provisória para acusados por algumas condutas ligadas ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas.

Paralelamente, tramitou no Congresso Federal por uma década, um Projeto de Lei para reformar dispositivos do Código de Processo Penal. Em 04.05.2011, mudanças referentes às medidas cautelares no processo penal, incluindo questões concernentes à liberdade provisória, foram aprovadas na Lei n. 12.403.

Vamos analisar mais atentamente, nas próximas sessões, as disputas políticas no âmbito dessa última decisão referida do STF e as implicações da nova Lei de medidas cautelares sobre a temática.

3. O Contexto da Lei n. 12.403/2011

Na edição da Lei n. 12.403/2011 e nos projetos que lhe deram origem não consta nenhum dispositivo tratando diretamente da matéria da vedação legal à liberdade provisória. Não significa, entretanto, que a sistemática pensada e adotada na nova legislação não traga novos contornos legais relevantes para a interpretação da temática e que devem ser considerados pelos magistrados na avaliação de casos concretos.

Em 20.01.2000, o então Ministro da Justiça José Carlos Dias designou a formação de uma comissão de juristas, sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover, para elaborar uma proposta de reforma do Código de Proces-

15 A narrativa sobre esse julgamento é retomada em vários votos do julgamento do habeas corpus n. 104.339.

so Penal¹⁶⁻¹⁷. Depois de um ano de trabalhos, o colegiado apresentou em 2001, o Projeto de Lei (P.L.) n. 4.208. O trabalho desse grupo deu origem a reformas fragmentadas e pontuais em dispositivos da legislação que resultariam na edição das Leis 11.689/2008, 11.689/2008 e 11.719/2008. Surpreendentemente, no mesmo mês de edição destes diplomas legais, em 19.06.2008, uma nova comissão de juristas foi constituída com a missão de elaboração de todo um novo Código de Processo Penal, desta vez coordenada por Hamilton Carvalhido¹⁸. Produziu-se, em 2009, o P.L. do Senado n. 156, subscrito pelo então Presidente daquela casa parlamentar, o Senador José Sarney. Quando se esperava a tramitação desse novo projeto, surpreendentemente, aquele P.L. n. 4.208 ressurgiu, provocando uma nova reforma parcial do Código de Processo Penal, desta vez na matéria de medidas cautelares¹⁹.

Depois de tramitar na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aprovou-se, em 2008, uma emenda substitutiva global redigida pelo Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processo Penal, organizado na Câmara dos Deputados, coordenado pelo deputado João Campos (PSDB/GO). Na justificativa da emenda, considerou-se expressamente a atualização do projeto, “tendo em vista a evolução da jurisprudência desde 2002”²⁰. Mas a referência é genérica e não há menção clara a quais os pontos e julgamentos considerados nessa reforma.

Ressalte-se que a formação das duas comissões de juristas envolveu atores da sociedade civil, com predomínio de especialistas em direito processual penal com trajetória acadêmica, no processo legislativo. Várias das propostas iniciais dessas comissões, porém, desapareceram ao longo do processo legislativo. Um exemplo é a manutenção da antiga previsão de “prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica”, dispositivo muito genérico e impreciso, muito criticado por processualis-

16 BRASIL, 2010.

17 A Comissão contava ainda com Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Sidney Beneti e, posteriormente, Rui Stoco.

18 Integravam também essa Comissão: Eugênio Paccelli, Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Feliz Valois, Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

19 LOPES JR., 2013.

20 BRASIL, 2010.

tas. Não pertencia à redação original do P.L. 4.208/2001 e foi incorporado pela Câmara dos Deputados em 2002. Lopes Jr.²¹ lamenta também que as propostas que incidiriam sobre a redução dos prazos das prisões cautelares não tenham sido aprovadas. Aquele primeiro projeto ainda previa o dever de se revisar periodicamente a medida, o que foi retirado durante a tramitação na Câmara dos Deputados.

Entre as diretrizes consagradas nos Projetos de Leis criados pelas comissões de juristas e no texto final da Lei 12.403/2011, destacamos a excepcionalidade da prisão provisória e a sua sujeição a critérios de proporcionalidade, sobretudo com relação à avaliação, por parte do magistrado, da adequação e necessidade da medida mais gravosa²².

Uma importante inovação da Lei foi o fim do antigo modelo “binário”²³ ou “bipolar”²⁴, inaugurando-se uma nova lógica plural, dispondo ao magistrado um leque de medidas alternativas à prisão preventiva. A normativa anterior lidava com dois extremos – a liberdade ou a prisão cautelar –, cerceando o trabalho do magistrado de dosagem das medidas cautelares. A nova sistemática é mais coerente com o princípio da individualização da pena, aplicável também para a adoção de outras medidas no curso da investigação e do processo penal.

Assim, de acordo com a diretriz da proporcionalidade da medida, deve-se apurar a necessidade de aplicação da medida segundos os fins de assegurar a instrução, a aplicação da lei e a proteção de determinado bem jurídico, considerando-se a “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”, sendo a medida de privação da liberdade excepcional e subsidiária em relação às demais medidas cautelares desse extenso rol introduzido pela Lei n. 12.403/2011.

Badaró²⁵ reforça que, na comparação entre o regramento anterior e o novo, deve prevalecer a medida mais favorável ou “benéfica” prevista no ordenamento. Assim, em face das múltiplas opções de medidas cautelares

21 2013.

22 Vale mencionar que, no tocante ao princípio da proporcionalidade, o novo artigo 282 previu a avaliação da “necessidade” e da “adequação” da medida. Curiosamente, não se referiu à “proporcionalidade em sentido estrito”, o terceiro subprincípio consagrado em estudos e em jurisprudência sobre a máxima da proporcionalidade. Ver mais sobre essa temática na obra de Badaró (2011a).

23 LOPES JR, 2013.

24 BADARÓ, 2011a.

25 2011b.

agora existentes, pode o magistrado rever a medida aplicada anteriormente, aplicando uma menos gravosa, adequando melhor a medida cabível segundo o critério da proporcionalidade. Uma novidade benéfica importante é o fato de se prever a prisão preventiva apenas para “crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos”²⁶, ao passo que a redação anterior admitia a privação de liberdade para todos os crimes dolosos cuja pena implicava em reclusão. Tal mudança faz com que a situação de cárcere de numerosas pessoas torne-se automaticamente ilegal.

No âmbito desse novo rol amplo de medidas cautelares, uma inovação relevante é a da valorização do instituto da fiança, vez que o legislador alargou as possibilidades de sua aplicação. Autoriza, por exemplo, a concessão de liberdade provisória diretamente por delegados de polícia, em casos cuja pena máxima atribuída ao delito seja de até quatro anos, ampliando sua competência. Em estudo sobre os impactos desse diploma legal na cidade de São Paulo, essas autoridades foram responsáveis pela concessão de liberdade para 15,8% dos presos em flagrante²⁷.

Outra inovação importante da legislação refere-se à introdução do contraditório no regime das medidas cautelares penais. Para Lopes Jr.²⁸, a mera possibilidade da intimação do acusado, oferecendo-lhe o exercício efetivo do “direito à audiência” tem o condão de evitar muitas prisões cautelares desnecessárias, sem prejuízo para a investigação e para o curso do processo.

Vale citar a ponderação de Cruz²⁹, sobre o fato de a lei nova ter mantido a nomenclatura “liberdade provisória”, uma expressão alvo de numerosas críticas de estudiosos do Processo Penal, por sugerir que a liberdade do investigado seja excepcional.

Vasconcellos³⁰, estudando a aplicação da prisão preventiva no Rio Grande do Sul antes da recente reforma da lei processual, mostra uma grande variação de entendimentos nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça daquele estado, com significativa presença de um comportamento decisório “punitivista”, baseado em um discurso da “defesa” ou “proteção

26 Trata-se da redação nova do art. 333, ‘caput’, inc. I, do Código de Processo Penal.

27 BAIRD, POLLACHI, 2014.

28 2011.

29 2009.

30 2008.

social”. Não foram poucos os casos, por exemplo, de decisões amparadas na ideia abstrata de defesa da “tranquilidade social” ou em resposta a um certo “clamor social”, justificativas que são enquadradas na imprecisa noção de “ordem pública”, mantida na reforma da lei processual, apesar da sua vedação no projeto original formulado por aquela primeira comissão de juristas referida³¹. Nessa realidade de flagrante abuso da aplicação da medida mais gravosa, o instituto da prisão preventiva se afasta das diretrizes do sistema jurídico e dos mandamentos normativos garantistas, para servir, conforme as palavras da autora, a uma “nova ideologia da punição”, que se situaria “na lógica de repressão social”, enquanto “instrumento de controle social”³².

Baird e Pollach³³ trazem à tona os resultados de pesquisa do Instituto Sou da Paz reveladores da vultosa quantidade de prisões provisórias na cidade de São Paulo, algo que desvirtua o critério da excepcionalidade dessas medidas. O estudo comparou prisões em flagrante nos momentos imediatamente anterior e posterior à edição da lei, para avaliar os seus impactos. Embora permanecesse muito elevada a adoção de prisões provisórias, notou-se um aumento significativo de concessões de liberdades, quase sempre acompanhada por outras medidas cautelares, com amplo destaque para a fiança. O abuso dessas medidas mais gravosas, argumentam os autores, gera altos custos sociais, com a diluição de laços familiares, profissionais e comunitários das pessoas submetidas a condições degradantes nas unidades penitenciárias, uma conjunção de fatores que muitas vezes facilita o recrutamento por parte do crime organizado. Além disso, o excesso de encarceramento gera gastos desnecessários para o erário do Estado, em uma manifesta irracionalidade na gestão da justiça criminal brasileira. Chamam a atenção para a possibilidade para a expansão da aplicação de cautelares alternativas ao encarceramento provisório em muitos casos.

31 Segundo Lopes Jr. (2011, p. 5), pela sua imprecisão, uso de conceitos vagos “sem um referencial semântico”, a prisão para a garantia da ordem pública “não serve para um processo penal democrático e constitucional”.

32 Vasconcellos, 2008, p. 165.

33 2014.

4. Aspectos Deliberativos da Fase Decisional do Habeas Corpus n. 104.339

O caso referente ao habeas corpus n. 104.339 ingressou na primeira instância do Judiciário com um pedido de relaxamento de prisão em flagrante de um acusado pela prática de delito de tráfico de substâncias psicoativas ilícitas³⁴ em 25.08.2009, dirigido ao Juízo da 22ª Vara Criminal de São Paulo. Indeferimento após indeferimento – sempre com base na vedação legal do artigo 44, da Lei Federal n. 11.343/2006 –, dois *habeas corpus* foram impetrados perante as instâncias superiores – o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça –, chegando um novo pedido até a Segunda Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. A liminar foi deferida parcialmente pelo relator para afastar o óbice legal do artigo 44, para que os outros requisitos do Código de Processo Penal sobre a segregação cautelar do paciente fossem avaliados. Por sugestão do Ministro Ayres Britto, em sessão realizada em 22.02.2011, resolveu-se pela remessa do caso ao Plenário, em inequívoco reconhecimento da relevância do tema.

A decisão de julgamento do referido *habeas corpus* pelo Plenário do STF deu-se em 10.05.2012, portanto, depois de dois anos e nove meses da prisão provisória, sem que houvesse uma decisão definitiva sobre sua condenação ou absolvição. A maioria decidiu pela concessão do habeas corpus, declarando – incidentalmente - a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei Federal n. 11.343/2006, com base – sobretudo – nos princípios constitucionais da presunção de inocência e da obrigatoriedade da individualização e da fundamentação de decisões sobre a prisão de um indivíduo.

Ao longo de todo o acórdão de noventa páginas, nove Ministros tiveram oportunidade de proferir seus votos e de dialogarem entre si em distintos momentos.

Não foi um julgamento com conflitos acalorados. Houve discordâncias, alguns diálogos e tentativas de convencimento dos demais membros do colegiado.

34 O indivíduo foi preso em flagrante em 25.08.2009, acusado pela manutenção da posse e depósito, em sua residência, de “27,3 gramas de cocaína, acondicionadas em sessenta e duas cápsulas de cocaína em pó, 6,7 gramas de crack em forma de uma pedra, 73,5 gramas de cocaína em pó divididas em duas porções, e 4,9 quilos de cocaína divididos em cinco tijolos. Foram ainda apreendidas, na ocasião, duas balanças de precisão e R\$44.877,00 em espécie”. Essas informações constam do início do voto da Ministra Rosa Weber no julgamento do habeas corpus 104.339 (BRASIL, 2012, p. 32).

Como Mendes³⁵ afirmou, a deliberação no momento decisional não significa propriamente um duelo verbal, mas uma argumentação franca na qual são colocadas eventuais divergências para o conhecimento dos pares e das pessoas que têm acesso ao julgamento.

Um caso que combina a manifestação de discordância e o esforço na persuasão dos demais esteve na postura do Ministro Joaquim Barbosa. Primeiramente, quando o julgamento já estava com quatro votos a um em relação à tese que se sagraria vencedora, emitira uma manifestação muito curta, na qual parecia acatar o posicionamento dominante. Admitia ali sua antiga posição favorável à constitucionalidade de dispositivo semelhante, mas concluiu que vinha se curvando ultimamente ao entendimento majoritário da Corte. Mais adiante, porém, em meio a um debate do colegiado no final do julgamento, quando todos os votos já estavam sacramentados, retomou a palavra concordando que a motivação do juiz de primeira instância era “precaríssima” – tal como havia considerado o Ministro Ayres Britto – e emendou uma sugestão ao Plenário que o julgamento fosse resolvido no sentido de concessão da ordem em benefício do paciente – ou pela falta de motivação de decisão judicial ou por excesso de prazo na instrução, tal como sustentado pelo Ministro Marco Aurélio –, mas sem a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Aquilo gerou pouca repercussão e o Ministro terminou como voto vencido³⁶.

Quando Mendes³⁷ trata do “*collegial engagement*”, referindo-se à performance deliberativa da Corte no momento da decisão, sugere que uma corte deliberativa seja permeável a um amplo rol de argumentos razoáveis de múltiplas fontes.

No caso em foco, temos na “Tabela 01” as quantidades de citações por parte dos ministros no dia do julgamento, em 10.05.2012. Praticamente todos os ministros trouxeram referências a jurisprudência, sobretudo do STF. Houve um único julgado mencionado de origem do Superior Tribunal de Justiça.

35 MENDES, 2012.

36 BRASIL, 2012.

37 MENDES, 2012.

Tabela 01. Fontes citadas no julgamento do HC 104.339, no Plenário do STF.

Fontes	Quantidade de citações
Jurisprudência	32
Literatura técnico-acadêmica jurídica	11
Artigos da Constituição Federal	55
Outras	6

Fonte: Acórdão do HC 104.339 (BRASIL, 2012). Elaboração do autor.

Entre as “outras” 6 citações mencionadas na “Tabela 01”, vale destacar as menções a duas pesquisas científicas de 2011 feitas pelo Ministro Cesar Peluso. Dados levantados por estudiosos da Universidade de Brasília e da Universidade Federal do Rio de Janeiro revelaram o grande aumento recente de pessoas presas por delitos ligados ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas, sendo a maioria deles considerados “pequenos traficantes, autônomos e desarmados”, sendo 23%, mulheres, e 25%, primários. E as conclusões da pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP) confirmaram tais números e trouxeram constatações ainda mais inquietantes, sobre – por exemplo – a quase completa ausência de assistência jurídica e as cifras vultosas de determinação de prisões cautelares para tais acusados³⁸.

Apenas dois Ministros – Gilmar Mendes e Cesar Peluso – trouxeram referências à literatura técnico-acadêmica de direito (11 no total). São justamente os dois votos com maior diversidade de fontes.

A maioria dos julgados citados tratou da questão de fundo discutida no caso, a da possibilidade de vedação legal “in abstracto” da concessão da liberdade provisória. Nem todos se referiram a casos envolvendo a Lei de drogas, havendo alguns vários julgados referentes à Lei dos crimes hediondos e outros, à Lei de desarmamento. Conforme mostra a “Tabela 02”, entre os 30 julgados do STF referidos, 26 foram favoráveis à tese vencedora e apenas 4 contrários. Entre os 30 julgados citados, há 7 referências – de distintos Ministros – a um mesmo caso, o julgamento da ADI 3112, que considerou inconstitucional dispositivo semelhante da Lei do Desarmamento.

³⁸ BRASIL, 2012, p. 65.

Tabela 02. Julgados do STF citados no julgamento do HC 104.339, no Plenário do STF.

Julgados	Quantidade de citações
Julgados do STF favoráveis à vedação legal in abstrato da LP	4
Julgados do STF contra a vedação legal in abstrato da LP	26

Fonte: Acórdão do HC 104.339 (BRASIL, 2012). Elaboração do autor,

Praticamente todos os Ministros fizeram referências a artigos da Constituição Federal. A “Tabela 03” mostra todos os artigos mencionados ao longo do julgamento. No total, doze dispositivos foram citados por cinquenta e cinco vezes. Aquele que apareceu de forma mais reiterada foi o inciso XLIII, do artigo 5º – aquele que trata da inafiançabilidade para delitos considerados hediondos e equiparados –, com 14 citações, seguido pelos incisos LXVI – sobre a liberdade provisória – e LVII – sobre a presunção de inocência –, do artigo 5º, ambos com 12 referências.

Tabela 3. Referências expressas aos dispositivos constitucionais no julgamento do HC 104.339, no Plenário do STF.

Artigos da CRFB 1988	Quantidade de citações
1º, III	1
5º, XI	1
5º, XXXV	1
5º, XLII	2
5º, XLIII	14
5º, XLV	1
5º, LIV	2
5º, LVII	12
5º, LXI	6
5º, LXV	1
5º, LXVI	12
93, IX	2

Fonte: Acórdão do HC 104.339 (BRASIL, 2012). Elaboração do autor.

Enfim, com relação às outras leis que trouxeram dispositivos semelhantes ao considerado inconstitucional incidentalmente no julgamento do HC 104.339, a “Tabela 04” traz o número de referências a cada uma delas. O estatuto do desarmamento é o que mais apareceu, seguido pela lei dos crimes hediondos.

Tabela 04. Referências expressas a outras leis com previsões semelhantes à da Lei 11.343/2006, no julgamento do HC 104.339, no Plenário do STF

Outras leis com vedação	Quantidade de citações
Estatuto do desarmamento (Lei 10.826/2003)	14
Lei de lavagem de dinheiro (Lei 9613/1998)	1
Lei de crime organizado (Lei 9034/1995)	2
Lei dos crimes hediondos (Lei 8072/1990)	6

Fonte: Acórdão do HC 104.339 (BRASIL, 2012). Elaboração do autor.

É positivo na avaliação de aspectos deliberativos desse julgamento que o Estatuto do Desarmamento e a ADI 3.112, que julgou inconstitucional – entre outros elementos – a vedação legal da liberdade provisória, tenham sido objeto de muitas referências expressas, inclusive com a menção de trechos do julgamento nos votos de alguns dos Ministros, como nos de Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Dias Toffoli e Ricardo Lewandovski. Isso porque essa ação direta de inconstitucionalidade contou com ampla participação de representantes de movimentos e de organizações diversas da sociedade civil³⁹.

Depois de tantas discussões sobre a temática em tela durante mais de vinte anos de celeuma envolvendo dispositivos desses cinco diplomas legais, quando do julgamento do HC 104.339, é razoável considerar que os argumentos fundantes de cada um dos posicionamentos dos ministros

39 Na ADI 3.112 participaram representantes das seguintes organizações: a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil-ADEPOL, a Confederação Nacional dos Vigilantes, Empregados em Empresas de Segurança, Vigilância e Transportes de Valores e dos Cursos de Formação e Especialização de Vigilantes, Prestação de Serviços Similares e seus Anexos e Afins, a Confederação Brasileira de Tiro Prático, a Federação Gaúcha de Tiro Prático, a Associação Gaúcha de Colecionadores de Armas, a Federação Gaúcha de Caça e Tiro, a Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz e o Viva Rio (BRASIL, 2007).

já estavam demasiadamente amadurecidos. Nesse sentido, pode-se inferir que o espaço para persuasão e mudança de opiniões em um caso dessa natureza seria muito limitado.

O julgamento do HC 104.339, como era esperado, também teve considerações sobre a reforma recente instituída no âmbito da Lei n. 12.403/2011. A Ministra Rosa Weber destacou que a nova lei processual “revitalizou a fiança” e ampliou demasiadamente as alternativas de medida cautelar, entre “os dois extremos, prisão cautelar e liberdade incondicionada”. Para além dos dispositivos dessa lei, entretanto, sua fundamentação serviu-se mais do aparato das garantias fundamentais da Constituição. O voto vencido do Ministro Marco Aurélio Melo, por sua vez, manifestou entendimento no sentido de que a nova lei processual não se aplica aos flagrantes referentes a crimes da “Lei de Tóxicos”, em razão do princípio da especialidade.

5. Tensões e Consensos Manifestos no Julgamento do HC 104.339

Em uma análise de constitucionalidade de um dispositivo legal costuma-se destacar os clássicos conflitos entre os poderes, sobretudo entre o Judiciário e o Legislativo. James Madison (1751-1836) foi um dos precursores a se dedicar à formulação de construções engenhosas sobre o *judicial review*. Compreendia o papel do Judiciário nos momentos de prática do controle de constitucionalidade como o de um ator capaz de restaurar a autoridade e a vontade do povo, usurpada pelo legislador ordinário. Nas palavras do autor:

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que essa é a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos Juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim

como de todos os outros atos do corpo legislativo. (...) Mas não segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são⁴⁰.

Esse autor insere-se com destaque no interior de uma literatura mais ampla que tem pensado ao longo dos séculos sobre os controles democráticos de poder⁴¹. Esse universo de questionamento faz parte de preocupações centrais do Constitucionalismo, no meio das possibilidades de arquitetura de desenhos das instituições do Estado segundo um sistema de freios e contrapesos.

Arantes⁴² mostra que o Brasil herdou um sistema de Judiciário na separação de poderes com influências de dois modelos muito distintos – e “imperfeitos” –: o estadunidense e o francês. Enquanto a preocupação maior dos europeus era a de conter e combater os resquícios da monarquia absolutista, a dos americanos era a de conter possibilidades de tirania de maiorias no interior de um governo democrático. Também no tocante ao controle de constitucionalidade, temos a influência de dois modelos: o austríaco – que dá um protagonismo à Suprema Corte – e o estadunidense – que permite a qualquer juiz decidir sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Pois é no âmbito dessa complexidade institucional de controles democráticos, que o foco desse momento da análise do HC 104.339 se volta para a investigação das tensões e convergências internas – no próprio Judiciário – e externas – em relação ao Legislativo e ao Executivo – reveladas no teor dos votos e dos debates desse julgamento. Nos argumentos do colegiado tentamos captar espécies de mensagens enviadas para outros atores políticos relevantes.

Entre as tensões que aparecem no acórdão, estão aquelas internas, atinentes ao próprio Judiciário, e estas podem ser verticais, considerando

40 HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 459.

41 Um balanço rico da literatura sobre controles de poder está na pesquisa de Reis e Arantes (2010).

42 ARANTES, 2007.

a hierarquia na estrutura do Judiciário, e horizontais, considerando um colegiado com opiniões divergentes.

No plano da verticalidade, parece nítida a existência de discrepâncias de entendimentos ao longo de todas as instâncias do Judiciário, mesmo com alguma jurisprudência mais consolidada em torno da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória com base exclusivamente na vedação legal em abstrato. Trata-se das tensões que chamamos de verticais internas. Em mais de uma oportunidade, os ministros se manifestaram em relação ao grande número de habeas corpus que chegava ao STF. O Ministro Gilmar Mendes chegou a defender a importância da competência do Tribunal para julgar *habeas corpus*, referindo-se, inclusive, ao elevado índice de deferimento no STF⁴³. Implícito ao seu argumento estava a mensagem de que as instâncias inferiores da hierarquia do Judiciário não estariam exercendo devidamente o seu papel conforme as exigências constitucionais.

Estudo recente da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ), encomendado pelo Instituto de Pesquisas Avançadas e pelo Ministério da Justiça, tratou dos impactos do entendimento jurisprudencial firmado pelos tribunais superiores em julgamento de habeas corpus, trouxe resultados alarmantes. No caso da prisão cautelar em crimes de tráfico de drogas, a grande maioria das decisões judiciais não trazia fundamentação adequada e os magistrados de primeira e segunda instância pareciam ignorar a orientação dos tribunais superiores – e do regime constitucional da matéria – sobre a excepcionalidade da medida de privação da liberdade. A maior parte das denegações dessas impetrações dava-se justamente com base no artigo 44, da Lei Federal n. 11.343/2006⁴⁴.

Mas essas divergências de jurisprudência também atingem o âmbito do próprio STF. Há menções ao longo desse julgamento – e confirmadas no estudo de Trois⁴⁵ – sobre uma divisão histórica em relação às duas turmas nessa matéria. Enquanto na segunda turma prevalecia o entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei Federal n. 11.343/2006, na

43 Segundo intervenção do Ministro Ayres Britto, o índice de deferimento da primeira turma do STF no segundo semestre de 2011 foi de trinta e cinco por cento (BRASIL, 2012, pp. 85).

44 A pesquisa foi realizada pela FGV/RJ (2014). Vale salientar que a amostra utilizada nessa pesquisa abrangeu casos decididos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal entre 2009 e 2012. Assim, não podemos constatar em seus resultados o impacto que a decisão no HC 104.339 teve nas demais instâncias.

45 TROIS, 2012.

primeira turma havia vários julgados – sobretudo na sua composição mais antiga – em sentido diverso.

Há uma preocupação crescente dos tribunais superiores, no sentido de aumentar a celeridade e eficiência de julgamentos no Judiciário, a partir de medidas como a uniformização da jurisprudência e a transmissão de orientações de julgamento para as instâncias inferiores. Essa inquietação também tem ocupado espaço na agenda do Legislativo e do Executivo⁴⁶. A própria decisão da Segunda Turma de acionar o Plenário para o julgamento do habeas corpus objeto do presente estudo parece seguir nesse sentido.

Se por um lado há tensões internas – horizontais – em um colegiado, por outro lado pode-se notar também convergências de posicionamento – tanto nas maiorias como nas minorias que se formam conforme a temática discutida.

Quase todos os votos no julgamento do HC 104.339 – para um ou outro lado – fizeram menção à jurisprudência do próprio STF. O Ministro Luiz Fux, por exemplo, afirmou expressamente que decide conforme a jurisprudência da Primeira Turma⁴⁷. Em seguida a essa afirmação, a Ministra Rosa Weber pediu para intervir destacando que, embora também integrasse aquela turma, não concordava com tal posicionamento⁴⁸. Em meio a tantas decisões que aparecem no acórdão, o caso mais citado pelos Ministros, contudo, foi o julgamento – não menos paradigmático – da referida ADI 3.112, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo do Estatuto do Desarmamento que vedava a liberdade provisória para alguns delitos previstos naquele diploma legal. Longos trechos desse julgado foram transcritos nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Cesar Peluso.

Com relação às tensões horizontais externas, envolvendo o Judiciário e o Legislativo, o voto do Ministro Luis Fux, em certo momento, manifestou um grande incômodo em relação à competência da Corte Suprema de julgar *habeas corpus*, à qual considerou “completamente inadequada”⁴⁹. Parece – talvez – um recado aos parlamentares em relação a uma suposta necessidade de revisão das atribuições constitucionais do STF. Como não prosseguiu nesse argumento, a questão não ficou muito clara.

46 A pesquisa referida realizada pela FGV/RJ (2014) segue essa orientação.

47 BRASIL, 2012, p. 39.

48 BRASIL, 2012, p. 41.

49 BRASIL, 2012, p. 38.

Apareceu essa natureza de tensões também na discussão sobre a eventual limitação da atividade do magistrado de julgar provocada pelo artigo 44 da Lei Federal n. 11.343/2006. Pois ao vedar de forma genérica a concessão da liberdade provisória para acusados de determinados delitos relacionados ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas, a medida foi interpretada, pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁵⁰, como uma ofensa a princípios constitucionais da inafastabilidade ou da universalidade da jurisdição⁵¹ e ao princípio da obrigação de fundamentação da prisão⁵².

Em outro momento mais acalorado de debate no Plenário do STF, o Ministro Luiz Fux, sem fazer alusão a nenhum pensador clássico do constitucionalismo, insinuou:

Nós, que tanto lutamos para que não haja uma afirmação de que a Suprema Corte pretende ser a instância hegemônica, que no regime democrático tem que haver a supremacia do parlamento, e não a supremacia judicial, se nós levarmos esse raciocínio às últimas consequências de que, nas Casas Legislativas, não se pode preconceber uma figura delituosa que tem que ter um tratamento especial porque, como diz o Ministro Joaquim Barbosa, é um flagelo da coletividade o tráfico de drogas, eu citei exemplos inusitados⁵³.

Depois de intervenções curtas do Ministro Ayres Britto e réplica do Ministro Luiz Fux, o Ministro Cezar Peluso complementou:

Se Vossa Excelência me permite, Senhor Presidente?

É que, quando a Constituição alude à prática de crime, está a pressupor decisão judicial definitiva que reconheça ter ocorrido o crime. Isso nada tem a ver com a questão da prisão cautelar, que supõe necessidade fundamentada de decretação⁵⁴.

50 BRASIL, 2012, p. 79.

51 O inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

52 O inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos caso de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

53 BRASIL, 2012, p. 79.

54 BRASIL, 2012, p. 80.

E o Ministro Gilmar Mendes arrematou: “De resto, a supremacia é da Constituição, não é nem do Parlamento, nem do Judiciário”⁵⁵. Essa discussão não se encerrou por aí, mas a sua continuidade vai recair em questões de maior tecnicidade jurídica, fugindo ao escopo da presente pesquisa.

Os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Luiz Fux, ao sustentarem a constitucionalidade do dispositivo em questionamento, repudiaram a existência de tensões entre o Judiciário e o Legislativo. Ressaltaram a gravidade social dos delitos de tráfico de drogas. Joaquim Barbosa entendeu que seria possível conjugar a obrigatoriedade de justificação das decisões de prisão provisória com o dispositivo questionado sem a declaração de sua inconstitucionalidade. O Ministro Luiz Fux elogiou o trabalho dos legisladores constituintes por terem abarcado “os problemas do seu tempo”, atendendo aos “novos reclamos sociais”, ao dedicarem alguns dispositivos mais severos contra a “questão da traficância”⁵⁶. O Ministro Marco Aurélio ressaltou que “os representantes do povo brasileiro (...) percebendo a realidade, a prática, percebendo esse mal maior, que é revelado pelo tráfico de entorpecentes, editaram regras mais rígidas no combate ao tráfico de drogas”⁵⁷. Conforme os dados referidos das duas pesquisas científicas citadas no voto do Ministro Peluso, entretanto, a realidade das prisões provisórias de acusados de traficância de substâncias psicoativas ilícitas parece muito distante do cenário idealizado nesses discursos.

No tocante a mensagens dos Ministros para o Executivo, com especial atenção para a ação dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à temática de políticas públicas⁵⁸, nesse julgamento específico não verificamos uma intervenção na maioria dos votos. Se em outros julgamentos dessa Corte e de outros tribunais – e mesmo em declarações públicas de magistrados –, por vezes, encontramos reclamações e exigência de mudanças com relação ao sistema prisional e a políticas penitenciárias⁵⁹, não foi algo que mobilizou os ministros no julgamento desta ação em estudo.

55 BRASIL, 2012, p. 80.

56 BRASIL, 2012, p. 38.

57 BRASIL, 2012, p. 68.

58 Trata-se de questão que tem tomado a atenção especial de pesquisadores como Arantes e Couto (2010, 2013).

59 Servem como exemplo desse fenômeno duas declarações recentes de Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre as condições terríveis do sistema prisional brasileiro, a de Luiz Edson Fachin (G1, 2015) e a de Barroso (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015).

Pode-se mencionar apenas a citação de dados da pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência sobre o perfil e a natureza de acusações de presos provisórios em casos de tráfico de drogas, o que pode servir indiretamente como fundamento para críticas ao funcionamento das agências de segurança pública. Mas os dados são apresentados no final de um dos votos – do Ministro César Peluso – e o magistrado não chega a desenvolver melhor o argumento de modo a atingir alguma instituição estatal específica.

Nas disputas institucionais envolvendo as distribuições constitucionais de poderes, uma visão que parece acatada pela maioria do Tribunal é a de que o Legislativo, quando editou diplomas legais com previsões de vedação legal da liberdade provisória para este ou aquele crime, teria violado a esfera da atividade primária dos magistrados. Pois teria imposto aos julgadores a obrigatoriedade de decisão mais gravosa possível contra um acusado pela prática de delitos, contra quem ainda não se estabeleceu uma culpa mediante o curso do devido processo penal. Sob a validade de tais dispositivos contestados – e declarados inconstitucionais –, os magistrados não precisavam mais analisar dados individualizadores dos casos e a prisão tornava-se a regra, em conflito com uma lógica que regia o ordenamento constitucional pátrio. A decisão da Suprema Corte, nesse sentido, parece devolver plenamente aos magistrados a possibilidade de exercerem as suas funções primárias de julgar um caso de natureza criminal conforme suas peculiaridades.

Em conformidade com o papel da Corte pensado desde Madison⁶⁰, pode-se inferir que os Ministros exerceram o papel de controle democrático fazendo prevalecer ao legislador ordinário os limites fixados pelo constituinte. No conteúdo da decisão constata-se uma consciência por parte dos Ministros em relação ao seu espaço e papel no interior dos arranjos institucionais delineados na Constituição Federal de 1988. Para além de subordinar o legislador de 2006 ao Constituinte de 1988, o Tribunal deu transparência e publicidade aos argumentos e debates que nortearam a decisão.

6. Considerações Finais

Constata-se geralmente a construção de diálogos e de mensagens diversas no âmbito de julgamentos do Supremo Tribunal Federal e no trâmite legislativo. O caso estudado do HC 104.339 e o da Lei n.12.403/2011 não fogem a essa regra.

60 HAMILTON, MADISON, JAY, 2003.

O julgamento referido traz uma hipótese de controle de constitucionalidade por via incidental em sede de *habeas corpus*, um meio que amplia o número de legitimados a propor uma ação com o condão de questionar a validade de um dispositivo legal na mais alta Corte brasileira. A decisão do STF não está isolada no tempo. Insere-se em um contexto histórico de debates e decisões sobre a temática da possibilidade ou não de uma lei ordinária vedar a concessão de liberdade provisória para acusados de determinados delitos. Relaciona-se com debates em esferas da sociedade civil, com destaque para o ambiente acadêmico, e com processos legislativos, como o que culminou na edição da Lei 12.403/2011.

Dos casos referidos de julgamentos que controlaram a constitucionalidade de leis com semelhantes, o caso mais significativo de diálogos interinstitucionais foi aquele da Lei dos Crimes Hediondos, de 1990. Os “recados” enviados pela cúpula do Judiciário, através da consolidação de uma jurisprudência em sentido contrário ao da lei foram captados pelo Executivo – conforme denota o próprio texto do projeto de lei⁶¹ –, e depois, pelo Legislativo, ao aprovar a alteração legal em 2007.

O caso que apresentou um desempenho deliberativo mais forte parece ser aquele referente ao Estatuto do Desarmamento, tomando por base o amplo debate público com uma diversidade de atores participantes do processo. Vários dos votos proferidos no caso em tela – do HC 104.339 – tomaram esse precedente como relevante fundamento de argumentação.

O caso objeto do presente estudo teve interesse especial por ser o mais recente, trazendo em seu bojo a herança de toda a história de debates no interior do Supremo Tribunal Federal, do processo de reforma processual penal e por se tratar de uma lei que atinge um universo muito grande de acusados pela prática de crimes em todo o país. A leitura do caso a partir de um viés mais político é capaz de revelar distintos conflitos e consensos internos ao próprio judiciário e externos, nas relações entre o Judiciário e o Legislativo.

Ao contrário de muitas das decisões em julgamentos de *habeas corpus* resolvidas nos tribunais superiores brasileiros⁶², a decisão envolveu um debate amplo e a atenção de todo o colegiado da Corte. Na visão normativa

61 BRASIL, 2006.

62 FGV/RJ, 2014.

deliberacionista de Mendes⁶³, conforme se demonstrou na análise da decisão, a ação do tribunal nesse julgamento amplamente fundamentada em fontes diversas, repassando por vezes a reconstituição histórica de debates sobre a celeuma, pareceu contribuir para o aprofundamento do diálogo entre as instituições, enriquecendo o debate na esfera pública. Podemos considerar a decisão estudada como dotada de um desempenho deliberativo satisfatório. Na perspectiva histórica de longos debates no Judiciário, Legislativo e – até – no Executivo, incluindo outras decisões sobre questões semelhantes – conforme exposto na primeira parte do artigo –, nota-se o amadurecimento de argumentos ao longo do tempo.

Diante de toda a complexidade institucional demonstrada ao longo do texto, pode-se concluir que os eventuais impactos sobre as concessões de liberdade provisória não podem ser atribuídos apenas a uma decisão do Legislativo na edição da Lei n. 12.403/2011, como sugerido no referido estudo do Instituto Sou da Paz. Decisões como a do julgamento do habeas corpus n. 104.339 importam, sobretudo considerando o critério da especialidade, tal como argumentado pelo Ministro Marco Aurélio Melo, e a quantidade de pessoas presas provisoriamente em razão da lei de drogas⁶⁴. Para além da construção realizada nos processos legislativos, evidencia-se uma discussão longa atravessando tribunais de todo o país, sendo consolidados certos entendimentos na Corte mais alta.

Por todo o exposto, um dispositivo que disponha sobre a vedação legal de liberdade provisória para este ou aquele delito parece incompatível com o sistema jurídico brasileiro, confrontando garantias constitucionais, a lógica da nova legislação processual e o entendimento consolidado em seguidas decisões na cúpula do Judiciário.

É certo que a mera mudança legal ou um único julgado, por mais que seja realizado na cúpula do Judiciário, não traz impactos automáticos para nosso sistema jurídico. Se mesmo após as mudanças legislativas e a consolidação de jurisprudência, ainda não se nota um impacto mais significativo na realidade dos julgados, talvez tenhamos de considerar como hipótese explicativa aquilo que Lopes Jr. (2013, p. 16) denomina de “cultura inquisitorial-encarceradora dominante” ou, em sentido semelhante, o que

63 MENDES, 2012.

64 Segundo Baird e Pollachi,(2013) esse total, apenas na cidade de São Paulo, chegava a 21,5% dos presos em flagrante.

Vasconcellos chama de ideologia da “defesa social”. Seriam discursos e crenças fortemente consolidadas na “mentalidade” de muitos magistrados, constituindo-se no maior empecilho para a redução nas quantidades de prisões preventivas, a violar a diretriz da excepcionalidade da medida e do primado da liberdade.

O direito e os sistemas de crenças em torno de uma ideia mais garantidora de direitos ou mais punitivista são construídos por muitos processos de aprendizado, interações entre os atores políticos e mediações. Uma perspectiva a partir de uma fotografia mais ampla da temática, considerando um longo lapso temporal e a complexidade de suas dimensões políticas, permite iluminar alguns desses aspectos, mostrando tendências, conflitos e limitações na regulação e no tratamento prático do fenômeno.

Referências

- ARANTES, Rogério Bastos. COUTO, Cláudio Gonçalves. Constitutionalizing Policy: the Brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance. In: Detlef Nolte and Almut Schilling-Vacaflor. (Org.). *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. 1ed. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing, 2012, v. 1, pp. 203-222.
- _____; _____. Construção democrática e modelos de constituição. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol53, n. 3, 2010, pp. 545-585. Disponível em <www.scielo.br/pdf/dados/v53n3/a02v53n3.pdf>. Acesso em 20.08.2015.
- _____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Antonio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2a ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenaur-Stiftung. São Paulo: Editora Unifesp, 2007, pp. 81-114.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. In: *Revista do Advogado*, v. 31, n. 113, pp. 71-82, set. 2011 (2011a).
- _____. Reformas das medidas cautelares pessoais no CPP e os problemas de direito intertemporal decorrentes da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 223, pp. 11 – 12. São Paulo: junho 2011 (2011b).

- BAIRD, Marcelo Fragano. POLLACHI, Natália. Os problemas da prisão provisória e o impacto da Lei de Cautelares na cidade de São Paulo. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 265, pp. 10-12, dezembro 2014.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.208/2001. *Complementação do voto*. Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/773516.pdf>>. Acesso em 30.11.2016.
- _____. Ministério da Justiça. Projeto de Lei n. 6.793-A, de 2006. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8359F9121620D65EE15EFBD0397A4440.node2?cod-teor=433792&filename=Avulso+-PL+6793/2006>. Acesso em 30.05.2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão de julgamento da ADI 3112. Brasília: Jus Brasil, 2007. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757374/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3112-df>>. Acesso em 29.05.2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão de julgamento do HC 104.339. Brasília: Jus Brasil, 2012. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf>>. Acesso em 29.05.2015.
- CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. In: *Revista de Informação Legislativa – RIL*, v. 46, n. 183, p. 211 – 224, Brasília julho/set. 2009. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194942>>. Acesso em 01.12.2016.
- FGV/RJ. *Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em 02.06.2015.
- FOLHA DE SÃO PAULO. Ministro do STF defende que condições de prisão diminuam pena. São Paulo: Folha de São Paulo, 06.05.2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1625718-ministro-do-stf-defende-que-mas-condicoes-de-prisao-diminuam-pena.shtml>>. Acesso em 20.08.2015.

- G1. Ministro do STF diz que prisão não é garantia de ressocialização de jovens. Curitiba: Portal G1, 06.07.2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/ministro-do-stf-diz-que-prisao-nao-e-garantia-de-ressocializacao-de-jovens.html>>. Acesso em 20.08.2015.
- HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: ed. Líder, 2003.
- INSTITUTO SOU DA PAZ. Relatório da pesquisa Prisões em flagrante na cidade de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz/Open Society, 2012.
- LOPES JR. Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n.223, p. 5-6, junho 2011.
- _____. *Prisões cautelares: Lei n.12.403/2011*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Conrado Hubner. *Deliberative performance of constitutional courts* (Work-in-progress). Paper apresentado em Colóquio do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, em 2012. São Paulo: FFLCH/USP, 2012. Disponível em <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Papers_II_Coloquio/Conrado_Hubner_Mendes-Paper_Coloquio_DCP_USP_2012.pdf>. Acesso em 02.06.2015.
- NEV/USP. *Prisão provisória e Lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: NEV/USP, Open Society, 2011. Disponível em <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em 01.06.2015.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Transição política e não estado de direito na República. In: SACHS, Ignacy. WILHEIM, Jorge. PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- REIS, Bruno P. W. ARANTES, Rogério B. Instituições políticas e controles democráticos: o paradoxal exercício simultâneo do Poder e sua contenção. In: MARQUES, Carlos Benedito (coordenador geral). LESSA, Renato (coordenador de área). *Horizontes das Ciências Sociais no Brasil: Ciência Política*. São Paulo: ANPOCS, 2010.
- TEIXEIRA, Alessandra. *Prisões de exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- TROIS, Charles Luz. Admissibilidade da liberdade provisória nos crimes hediondos: o STF como legislador positivo e os precedentes per-

missivos do benefício. In: *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 14, n. 102. Brasília: Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, fev-mai 2012. Disponível em <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-14-n-102-fev-mai-2012/menu-vertical/artigos/artigos.2012-05-30.0264575240>>. Acesso em 01.06.2015.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/6/TDE-2008-11-19T141022Z-1592/Publico/407086.pdf>. Acesso em 01.12.2016.

Recebido em 25 de agosto de 2015

Aprovado em 23 de novembro de 2016