

Cabe ao juiz decidir se traficante deve ficar preso preventivamente

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo reiteradamente não ser cabível a liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas, nada obstante a modificação introduzida na Lei dos Crimes Hediondos. Neste sentido, podemos citar o Habeas Corpus 93.000-MG, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski, in verbis: “*A vedação da liberdade provisória a que se refere o artigo 44, da Lei 11.343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11.464/07.*”

Também no Habeas Corpus 93.229-SP, tendo como relatora a ministra Cármen Lúcia afirmou-se que “*a Lei 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial, aplicável ao caso vertente. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. Licitude da decisão proferida com fundamento no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, e no artigo 44 da Lei 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. Ordem denegada.*”

Em outra oportunidade, a ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido liminar em Habeas Corpus 97.579, pois “*nos termos dos artigos 5º, XLIII, da Constituição Federal, e 44, caput, da Lei 11.343/06, o crime de tráfico ilícito de drogas não admite a concessão de liberdade provisória*”. Fonte: STF.

No entanto, na sessão do último dia 13 de março, o ministro Celso de Mello ordenou, em caráter liminar, a soltura de uma mulher acusada de tráfico ilícito de drogas. A decisão foi dada no Habeas Corpus 97.976. O fundamento da prisão de M.C.P.R., ordenada pelo juiz da 2ª Vara Criminal da comarca, havia sido exatamente o artigo 44 da Lei 11.343/06.

Segundo o ministro, ao obrigar a prisão do traficante, a Lei 11.343/06 ofende a razoabilidade, que seria uma condição necessária no momento da elaboração das leis. “*Como se sabe, a exigência da razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo*”, comentou. “*O poder público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade*”, frisou o ministro na decisão.

Por fim, salientou que “*o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal*”, o que, em outras palavras, significa dizer que compete ao Judiciário verificar as circunstâncias peculiares de cada caso e decidir pela prisão preventiva ou não do acusado. Fonte: STF.

Entendemos absolutamente acertada esta última decisão monocrática e esperamos que, no mérito, seja mantida e passe a ser um importante precedente na própria Suprema Corte.

Como se sabe, segundo o artigo 44, caput “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.”

Atente-se, porém, que o artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos foi alterado pela Lei 11.464/07. Pela nova redação, não mais se proíbe a liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados (incluindo o tráfico de drogas), pois o inciso II do artigo 2º. refere-se apenas à inafiançabilidade. É óbvio que tal modificação atingiu, não somente os crimes hediondos, mas os assemelhados, inclusive o tráfico ilícito de drogas^[1]; a alteração legislativa, portanto, revogou o disposto no artigo 44, caput da Lei 11.343/06.

Neste sentido, a lição de Renato Flávio Marcão:

“É indiscutível o cabimento, em tese, de liberdade provisória, sem fiança, em se tratando de crime de tráfico de drogas e delitos equiparados, previstos na Nova Lei de Tóxicos. A opção legislativa neste sentido restou clara.”^[2]

Aliás, e a propósito, idêntica conclusão chega-se em relação ao artigo 3º da Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), artigo 7º. da Lei 9.034/95 (“Crime Organizado”) e artigo 21 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) que também vedavam a liberdade provisória.

Segundo a lição de Jayme Walmer de Freitas, “na medida em que se passa a permitir a liberdade provisória nos crimes que mais ofendem os bens jurídicos tutelados, certamente restaram revogadas tacitamente todas as disposições em contrário. Não mais se cogita de vedação à liberdade provisória no direito processual penal brasileiro.”^[3]

Resta-nos enfrentar a questão da aplicação dos novos dispositivos à luz dos princípios que regem a aplicação da lei no tempo. De logo ressaltamos que a norma alterada, apesar de processual, tem um nítido e indissociável caráter penal, razão pela qual é uma norma processual penal material (mista ou híbrida). Trata de matéria processual (liberdade provisória), mas também diz respeito a direito fundamental do acusado, previsto constitucionalmente.

Esta matéria relativa a normas híbridas ou mistas, apesar de combatida por alguns, mostra-se, a nosso ver, de fácil compreensão.

Com efeito, o jurista lusitano e professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que “está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material – que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais”, adverte que dentro de uma visão de “hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável.”^[4]

Taipa de Carvalho explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), “embora processuais, elas são-no também plenamente materiais ou substantivas.”^[5]

Informa, ainda, o mestre português que o alemão Klaus Tiedemann “destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais

”, o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur.^[6]

Por lei penal mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois “*en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta*, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que “*la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto*, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni. (grifo nosso)^[7].

Ainda a propósito, veja-se a lição de Carlos Maximiliano: “*Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. (...) “O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.”* ^[8]

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci:

“*Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressaltando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, – estas excepcionais por natureza.* ^[9]

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “*Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.*”^[10]

Conclui-se, destarte, que a possibilidade da liberdade provisória atinge os crimes praticados antes da vigência dos novos dispositivos (dia 29 de março de 2007). Trata-se de lei mais benéfica e que deve retroagir, em conformidade com o preceito constitucional contido no artigo 5º, XL e artigo 2º, parágrafo único do Código Penal.

^[1] Para João José Leal e Rodrigo José Leal, “*apenas os tipos penais definidos no artigo 33, caput, e suas modalidades típicas previstas no § 1º, I a III (tipos penais equiparados ao tráfico), além dos crimes previstos nos arts. 34 (petrechos) e 36 (financiamento) da Lei nº. 11.343/2006, é que podem ser enquadrados na denominação jurídico-penal ‘tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins’*” (Crime Hediondo e Progressão de Regime Prisional: A Nova Lei nº. 11.464/2007 à Luz da Política Criminal, Repertório de Jurisprudência IOB – Agosto/2007, nº. 16/2007, Vol. III, p. 492).

[2] www.ultimainstancia.com.br. Neste mesmo trabalho, o autor também confirma a revogação do artigo 21 do Estatuto do Desarmamento.

[3] FREITAS, Jayme Walmer de. Crimes hediondos: uma visão global e atual a partir da Lei 11.464/07. Disponível na internet www.ibccrim.org.br 06.09.2007.

[4] Sucessão de Leis Penais, Coimbra: Coimbra Editora, págs. 219/220.

[5] Ob, cit., p. 220.

[6] Idem.

[7] Tratado de Derecho Penal, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.

[8] Direito Intertemporal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

[9] Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal, São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1975, 124.

[10] O Processo Penal em Face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

Date Created

15/03/2009