

4.3 COMENTÁRIO A SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA

4.3.1 Cabe liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes? Breves apontamentos



**Samuel Alvarenga
Gonçalves**

1. Do acórdão escolhido

O acórdão que ora tecemos alguns comentários é oriundo da 1ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo por relator o eminente Desembargador Eduardo Brum. Vejamos a sua ementa:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” - TRÁFICO DE DROGAS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - CO-RÉUS SOLTOS

Samuel Alvarenga Gonçalves

Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

- CRIMES DIVERSOS - SITUAÇÕES FÁTICAS BASTANTE DISTINTAS - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - DADOS CONCRETOS SOMADOS À EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. Em caso de co-réu solto, não há que se falar em princípio da isonomia se as circunstâncias dos casos em análise não são absolutamente idênticas. Não se vislumbra constrangimento ilegal na manutenção da prisão em flagrante de indivíduo acusado de tráfico de drogas, mormente quando fundamentada na necessidade de se garantir a ordem pública, com base em dados concretos dos

autos - perniciosidade do crime de tráfico e circunstâncias da custódia flagrancial (art. 312 do CPP).

Ademais, existe expresso óbice legal que inviabiliza a benesse da liberdade provisória ao agente preso em flagrante pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas (art. 44 da Lei n.º 11.343/06), não tendo a recém-introduzida Lei n.º 11.464/07 alterado a situação dos réus envolvidos no comércio ilegal de entorpecentes, devendo prevalecer a 'Lex Speciali' de Tóxicos. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, HC 1.0000.07.461589-9/000(1), Rel. Des. Eduardo Brum, j. 16.10.2007, DJ 23.10.2007-grifo nosso).

2. Dos motivos da escolha

No caso em tela, o E. TJMG houve por bem, à unanimidade, denegar a ordem no *habeas corpus*, não permitindo ao seu paciente a liberdade provisória pleiteada na espécie.

De forma sucinta, os presentes comentários têm o objetivo de tão-somente apresentar os posicionamentos que circundam a seguinte indagação: é cabível a concessão de liberdade provisória em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes?

Trata-se de matéria ainda não pacificada, mas cujos pontos de vista, divergentes, já se encontram sobremaneira desenhados na doutrina e jurisprudência.

Senão, vejamos.

3. Da apresentação da polêmica

A divergência passa-se em virtude de uma antinomia entre dois dispositivos legais: o art. 44 da novel Lei de Drogas (11.343/2006) e o art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/1990).

Por um lado, a Lei de Drogas, no art. 44, aponta que o crime de tráfico de entorpecentes, além de inafiançável, é também insuscetível de “sursis, graça, indulto, anistia e **liberdade provisória**, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Mas, noutro sentido, a Lei 11.464/2007, ao alterar o art. 2º, II da Lei 8.072/90, retirou expressamente a vedação de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados. Como é cediço, o crime de tráfico de entorpecentes é equiparado a hediondo, por expressa orientação do art. 5º, XLIII, da CF. Assim, firmou-se o impasse: embora a Lei de Drogas proíba expressamente a concessão de liberdade provisória ao crime versado no seu art. 33, deveria prevalecer a nova redação da Lei 8.072/90?

Para uma primeira posição, a vedação da liberdade provisória ainda remanesce em se tratando de tráfico de entorpecentes, por aplicação ao critério da especialidade. Segundo afirmou o Desembargador Eduardo Brum na fundamentação ao acórdão:

[...] prevalece neste colendo Órgão colegiado o entendimento de que a Lei n.º 11.464/07 não revogou a norma proibitiva do art. 44 da nova Lei Antitóxicos, pois a Lei n.º 11.343/06, por regular particularmente a disciplina dos crimes de tráfico, revela especialidade em relação à Lei dos Crimes Hediondos, inexistindo, portanto, qualquer antinomia no sistema jurídico (*lex specialis derogat legi generali*).

Para ratificar o seu posicionamento, o ilustre julgador ainda expõe:

Ademais, esclareço que idêntico posicionamento foi firmado pelos Tribunais Superiores, no pretérito, ao reconhecer que

a Lei n.º 9.455/97, ao permitir a progressão prisional no crime de tortura, não havia revogado o § 2º do art. 1º da Lei n.º 8.072/90, em razão de sua especialidade. Assim, *mutatis mutandis*, conclui-se que a vedação expressa à liberdade provisória ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, é suficiente para negar ao paciente o direito ao indigitado benefício.

Cumprir registrar que o STJ já se manifestou favoravelmente a esse primeiro entendimento em mais de uma oportunidade. Cita-se: HC 82849/SP, RHC 20735/RS, RHC 21478/SC, HC 89962/ES *etc.*

Todavia, para uma segunda corrente, a primeira posição estaria equivocada no sentido de que não se trata de aplicação do princípio da especialidade, mas sim, de observância ao **princípio da posteridade**. Isso porque o art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 passou a permitir a concessão de liberdade provisória a todos os crimes hediondos e a eles equiparados. Logo, o art. 44 da Lei de Drogas teria sido derogado (daí a impropriedade em se aplicar o princípio da especialidade a um dispositivo revogado) na parte em que veda o benefício ao crime do art. 33 dessa lei (já que, como dito, trata-se de delito equiparado a hediondo). Defensor dessa segunda posição, explica o Professor Luiz Flávio Gomes:

O princípio regente (da posterioridade), destarte, é o seguinte: a lei posterior revoga a lei anterior (essa revogação, como sabemos, pode ser expressa ou tácita; no caso, a Lei 11.464/2007, que é geral, derogou parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que é especial). Em outras palavras: desapareceu do citado art. 44 a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou (derrogou) a antiga, seja porque com ela é incompatível, seja porque cuidou inteiramente da matéria.

Se o princípio regente é o da posterioridade (lei posterior revoga a anterior), jamais poderia a decisão ter invocado (como invocou) o da especialidade, que pressupõe a vigência concomitante de duas ou mais leis, aparentemente aplicáveis ao caso concreto. Confundiu-se, como se nota, o instituto da sucessão de leis (conflito de leis no tempo) com o conflito aparente de leis¹.

Caso a lei posterior é que fosse a especial, como no caso da tortura que passou a permitir a progressão de regime, ela não revogaria a lei geral, mas certamente incidiria em relação às hipóteses especificamente por ela reguladas. Veja-se;

A questão se torna complexa apenas quando a lei posterior é especial. Isso se deu com a Lei 9.455/1997 (lei da tortura), que passou a permitir progressão de regime. A jurisprudência da época (que hoje perdeu sentido em razão do advento da Lei 11.464/2007) acabou se firmando no sentido de que “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura” (Súmula 698 do STF, que perdeu sentido a partir do momento em que o próprio STF julgou inconstitucional a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos – HC 82.959). Nessa súmula assentou-se a inaplicabilidade do princípio da posterioridade quando a lei posterior é especial. Ou seja: lei posterior especial (Lei 9.455/1997) não revoga a lei anterior geral (Lei 8.072/1990), isto é, só vale para os casos específicos nela definidos.²

Participa deste último entendimento o Professor Renato Marcão:

A nova disciplina imposta pela Lei n.º 11.464, de 28 de

¹ GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Disponível em: <<http://www.blogdolf.com.br>> 12 setembro. 2007>.

² Op. cit.

março de 2007, derogou o art. 44 da Nova Lei de Tóxicos e, portanto, não subsiste a regra proibitiva do benefício em questão. Note-se que a Lei nº 11.343/2007 é posterior à Nova Lei de Tóxicos e a redação do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, foi mantida, estando preservada sua aplicação aos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. 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 clara³.

4. Conclusão

Como se observou, há duas correntes bem consolidadas no que diz respeito à possibilidade de concessão de liberdade provisória em sede de crime de tráfico de drogas.

Por um lado, o entendimento das principais cortes de justiça do País vem reforçando a aplicação estrita da Lei de Drogas quanto a essa vedação. Em contraposição, e de forma saudável e democrática, a doutrina critica esse posicionamento, em nítido caráter garantista.

Uma última questão merece ainda ser posta: estaríamos diante de uma norma processual com reflexos penais (materiais) a ensejar a sua aplicação retroativa com fundamento na CF 5º XL? Ou, do contrário, a nova sistemática de liberdade provisória teria sido regulada por uma lei meramente processual, com aplicação imediata e para frente (CPP 2º)?

Esperemos, pois, a evolução dos fatos.

³ MARCÃO, Renato. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007: novas regras para a liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhado**. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/170407.pdf>>.