



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

DENILSON ABREU ROMANO

**A NOVA LEI ANTIDROGAS: CONSUMO, TRÁFICO E A
POSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

JUIZ DE FORA

2009

1049
10/07/15



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

DENILSON ABREU ROMANO

**A NOVA LEI ANTIDROGAS: CONSUMO, TRÁFICO E A
POSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

Monografia de conclusão de curso apresentada
ao Curso de Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos como requisito
parcial à obtenção do título Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Besnier Chiaini Villar

JUIZ DE FORA

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Levilton Azevedo Romão

Aluno

A nova lei tributária: caminho tríplice e a família:
placet para disciplina jurídica

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Beonier Chiaini Villar

Alexandre Bordo

Rodrigo Ribeiro Rolli

Aprovada em 09/12/2009.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus ao meu orientador pelo apoio e dedicação no elaborar deste trabalho, á minha esposa, filhos e pais que sempre estiveram ao meu lado durante todo o curso.

Justiça tardia, não é Justiça
Senão Injustiça qualificada
Rui Barbosa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 BREVE HISTÓRIA DAS DROGAS.....	10
2 O CONSUMO DE DROGAS.....	13
2.1 A Sociedade e as drogas.....	13
2.1.1 Como saber se um jovem usa drogas.....	13
2.1.2 O que dizer quando seu filho pergunta? você já usou drogas....	14
2.1.3 A drogas pode ser fornecida por pipoqueiros.....	14
2.1.4 fatores relacionados ao sexo.....	15
2.1.5 A idade.....	15
2.1.6 O idoso.....	16
2.1.7 Meio social e ambiente de vida.....	16
2.1.8 Fatores culturais.....	16
2.1.9 Características familiares.....	17
2.1.10 O cerco dos amigos.....	17
2.2 O tráfico de drogas.....	18
2.2.1 Tipos de drogas.....	18
2.2.2 O narcotráfico.....	18
2.2.3 O dependente traficante.....	19
2.2.4 A droga e o crime.....	19
3 A REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA.....	21
3.1 Licença prévia.....	21
3.2 Destruição das plantações ilícitas.....	22

3.3	Destruição de plantas de cultivo autorizado.....	22
3.4	Expropriação das glebas cultivadas com plantações ilícitas (Lei nº 8.257/91).....	22
4	A REPRESSÃO AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.....	24
4.1	Confronto do art. 44 com a lei dos crimes hediondos.....	25
4.2	Inovação legislativa dos art. 33 caput, § 1º e arts. 34, 35, 36, 37.....	26
4.2.1	Legislação anterior do art. 33.....	26
4.2.2	Inovação legislativa do art. 33.....	26
4.2.3	Legislação anterior e alteração legislativa do art. 33 § 1º I.....	27
4.2.4	Legislação anterior do art. 33 § 1º II.....	28
4.2.5	Alteração legislativa do art. 33 § 1º II.....	28
4.2.6	Legislação anterior do art. 33 § 1º III.....	29
4.2.7	Alteração legislativa do art. 33 § 1º III.....	29
4.2.8	Legislação anterior do art. 34.....	29
4.2.9	Alteração legislativa do art. 34.....	30
4.2.10	Legislação anterior e alteração legislativa do art. 35.....	30
4.2.11	Inovação legislativa do art. 36.....	31
4.2.12	Inovação legislativa do art. 37.....	32
5	Liberdade provisória.....	33
5.1	Liberdade provisória sem fiança.....	34
5.2	Liberdade provisória com fiança.....	35
6	POSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS.....	38

6.1 A nova redação dada ao art. 2º, ii da lei 11.464/ 07.....	41
6.2 Decisões favoráveis à concessão da liberdade provisória.....	44
6.2.1 Preso em flagrante por tráfico de drogas obtém liberdade provisória.....	44
6.2.2 Justiça concede liberdade provisória a cabrini.....	45
6.2.3 Poder legislativo não pode decidir por juiz.....	46
6.3 Preso em flagrante por tráfico de drogas obtém liberdade provisória no supremo tribunal federal.....	47
7 CONCLUSÃO.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	51

INTRODUÇÃO

Este trabalho de curso visa analisar algumas maneiras de consumo, o tráfico, as modificações na nova lei de drogas e a real possibilidade de se conceder a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas.

O presente tema é dotado de demasiada relevância, pelo crescente consumo de drogas e de prisões por tráfico de drogas, onde as inúmeras varas criminais do país estão superlotadas de pedidos de liberdade provisória.

NOVA LEI DE DROGAS: CONSUMO, TRÁFICO E A POSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA.

1 BREVE HISTÓRIA SOBRE AS DROGAS

A longa trajetória das substâncias psicotrópicas com o passar dos milênios:

5400 - 500 A.C. Um jarro de cerâmica descoberto no norte do Irã, com resíduos de vinho resinado, é considerado a mais antiga evidência da produção de bebida alcoólica;

4000 A.C. Os chineses são, provavelmente um dos primeiros povos a usar a maconha. Fibras de cânhamo descobertas no país datam dessa época;

3500 A.C. Os sumérios, na mesopotâmia, são considerados o primeiro povo a usar ópio. O nome dado por eles À papoula pode ser traduzido como “flor do prazer”;

3000 A.C. A folha de coca é costumeiramente mastigada na América do Sul. A coca é tida como um presente dos deuses;

2100 A.C. Médicos sumérios receitam a cerveja para a cura de diversos males, segundo inscrições em tabuletas de argila;

2000 A.C. Hindus, mesopotâmicos e gregos usam o cânhamo como planta medicinal. Na Índia, a maconha é considerada em presente dos deuses, uma fonte de prazer e coragem;

100 A.C. Depois de séculos, o cânhamo cai em desuso na China e é empregada apenas como matéria-prima para produção de papel;

Século 11 – Hassan Bin Sabah funda a Ordem dos Haximxim, uma horda de guerreiros que recebia , em sua iniciação, uma grande quantidade de haxixe, a resina da Cannabis;

1492 O navegador Cristóvão Colombo descobre os índios usando tabaco durante suas viagens ao Caribe;

Século 16 Américo Vespúcio faz na Europa os primeiros relatos sobre o uso da coca. Com a conquista das Américas, os espanhóis passam a taxar as plantações;

Século 16 Durante uma expansão marítima para o Oriente, os portugueses adotaram a prática de fumar ópio;

1550 Jean Nicot, embaixador francês em Portugal, envia sementes de tabaco para Paris;

Século 17 O gim é inventado na Holanda e sua popularização na Inglaterra no século 18 cria um grave problema social de alcoolismo;

Século 18 O cânhamo volta a ser usado no Ocidente, como planta medicinal, alguns

médicos passam a usá-lo no tratamento da asma, tosse e doenças nervosas;

Século 19 Surgem os charutos e cigarros. Até então, o tabaco era fumado principalmente em cachimbos e aspirado na forma de rapé;

1845 O pesquisador francês Moreau de Tours publica o primeiro estudo sobre drogas alucinógenas, descrevendo seus efeitos sobre a percepção humana;

1850 / 1855 A coca passa a ser usada como uma forma de anestesia em operação de garganta. A cocaína é extraída da planta pela primeira vez;

1852 O botânico Richard Spruce identifica o cipó *Banisteriopsis caapi* como a matéria-prima de onde é extraída a ayahuasca;

1874 Com a mistura de morfina e um ácido fraco semelhante ao vinagre, heroína é inventada na Inglaterra por C.R.A. Wright;

1874 A prática de fumar ópio é proibida em San Francisco (EUA). A sociedade para a Supressão do Comércio do ópio é fundada na Inglaterra, e só quatro anos depois as primeiras leis contra o uso de ópio são adotadas;

1884 O uso anestésico da cocaína é popularizado na Europa. Dois anos depois, John Pemberton lança nos EUA uma bebida contendo xarope de cocaína e cafeína: a Coca-Cola. A cocaína só seria retirada da fórmula em 1901;

1896 A mescalina, princípio ativo do peyote, é isolada em laboratório;

1898 A empresa farmacêutica Bayer começa a produção comercial de Heroína, usada contra tosse;

1905 Cheirar cocaína torna-se popular. Os primeiros casos médicos de danos nasais por uso de cocaína são relatados em 1910. Em 1942, o governo dos EUA em 5.000 as mortes relacionadas ao uso abusivo da droga;

1912 A indústria farmacêutica alemã Merck registra o MDMA (princípio ativo do ecstasy) como redutor de apetite. A substância, porém, não chega a ser comercializada;

1914 A cocaína é banida dos EUA;

1930 Num movimento que começa nos EUA, a proibição da maconha alcança praticamente todos os países do Ocidente;

1943 O químico suíço Albert Hofmann ingere, por acidente, uma dose de LSD-25, substância que havia descoberto em 1938. com isso, ele descobre os efeitos da mais potente droga alucinógena;

1950 / 1960 Cientistas fazem as primeiras descobertas da relação de fumo com o câncer do pulmão;

1953 O exército norte-americano realiza testes com ecstasy em animais. O objetivo

era investigar a utilidade do agente em uma guerra química;

1956 Os EUA banem todo e qualquer uso de heroína;

1965 O LSD é proibido nos EUA. Seus maiores defensores, como os americanos Timothy Leary e Ken Kesey, começam a ser perseguidos;

1965 Alexander Shulgin sintetiza o MDMA em seu laboratório. Ao mastigá-lo, sente “leveza de espírito” e apresenta a droga a psicoterapeutas;

Anos 70 O uso da cocaína torna-se popular e passa a ser glamourizado. Nos anos 80, o preço de 1 Kg de cocaína cai de US\$ 55 mil (1981) para US\$25 mil (1984), o que contribuiu para sua disseminação;

1977 Início da “Era de Ouro” do ecstasy. Terapeutas experimentais fazem pesquisas em segredo para não chamar atenção do governo;

Década de 80 Surge o crack, a cocaína na forma de pedra. A droga, acessível às camadas mais pobres da população tem um alto poder de dependência;

1984 A Holanda libera a venda e consumo da maconha e estabelecimentos específicos – os coffee shops;

1984 O uso recreativo do MDMA ganha as ruas. Um ano depois, a droga é proibida nos EUA e inserida na categoria dos psicotrópicos mais perigosos;

2001 Os EUA dão apoio financeiro de mais de US\$ 2 bilhões ao combate a tráfico e à produção de cocaína na Colômbia;

2003 O governo canadense anuncia que vai vender maconha para doentes em estado terminal. É a primeira vez que um governo admite o plantio e comercialização da droga;

2006 É criada no Brasil a Nova Lei Antidrogas, Lei 11.343/06;

2007 A Lei 11.464/07, modifica a Lei dos crimes hediondos nº 8.072/90 para possibilitar a concessão de liberdade provisória aos autores de delitos hediondos e equiparados, não teria aplicação no caso de tráfico de drogas (crime equiparado).

2 O CONSUMO DE DROGAS

2.1 A sociedade e as drogas

Nos dias de hoje, o adolescente recebe um bombardeio de informações através dos meios de comunicação, que o deixam inteirado de tudo o que se passa ao seu redor. Ao se falar em drogas, certamente vamos despertar sua curiosidade, que deve ser utilizada para a formação de conceitos sadios e exatos sobre as drogas e as desvantagens de seu uso. Pais e professores, devem, através de orientação segura e sem nenhum alarme, criar a condição necessária para que o adolescente se torne refratário aos assédios de maus amigos e traficantes. É na adolescência, que se deve dar maior destaque a um programa de caráter educativo preventivo.

Devemos observar que os traficantes, sabedores que nesta fase se consegue o viciado certo de amanhã, nos dias de hoje, estão levando para o mundo das drogas meninos e meninas de até 9 anos, portanto, o quanto antes iniciarmos nossa conscientização, não estaremos cometendo exagero algum.

2.1.1 Como saber se um jovem usa drogas

- 1 Mudança brusca no comportamento;
- 2 Irritabilidade sem motivo aparente e explosões nervosas;
- 3 Inquietação motora. O jovem se apresenta impaciente, inquieto, irritado, agressivo e violento;
- 4 Depressões, estado de angústia sem motivo aparente;
- 5 Queda do aproveitamento escolar ou desistência dos estudos;
- 6 Insônia rebelde;
- 7 Isolamento. O jovem se recusa a sair de seu quarto, evitando contato com os amigos e familiares;
- 8 Mudança de hábito. O jovem passa a dormir de dia e ficar acordado à noite. Existência de comprimidos, seringas, cigarros estranhos, entre seus pertences;
- 9 Desaparecimento de objetos de valor, de dinheiro ou, ainda, incessantes pedidos de dinheiro. O jovem necessita a cada dia mais a fim de atender às exigências e a exploração de traficantes, para aquisição de produtos que lhe determinaram a dependência;
- 10 Más companhias. Os que iniciaram no vício passam a fazer parte da vida do

jovem.

2.1.2 O que dizer quanto seu filho pergunta: você já usou drogas

Nas conversas sobre drogas, uma das perguntas mais comuns que os filhos fazem aos pais é: “você já usou?” A não ser que a resposta seja “não”, é difícil saber o que dizer, porque quase todos os pais que já usaram drogas não querem que seus filhos usem. E isso não é hipocrisia. É querer o melhor para seus filhos, porque hoje esses pais compreendem os perigos das drogas, quando eram jovens não entendiam. O pai que esconde do filho que usou drogas na juventude pode ter sua confiança abalada se a criança descobrir. Por isso, quando for feita essa pergunta, a melhor saída é dizer a verdade. O que não significa relatar suas experiências em detalhes. Assim como nas conversas sobre sexo, algumas coisas devem ser reservadas. Evite das mais informações do que foi solicitado pela criança. Faça perguntas esclarecedoras para ter certeza de que você entendeu exatamente o que o seu filho está perguntando antes de responder. Limite sua resposta às informações pedidas.

2.1.3 A droga pode ser fornecida por pipoqueiros que ficam na porta das escolas.

As formas de traficar as drogas são variadas, quanto pode variar a imaginação humana. O tráfico e o transporte são variados, pois a droga pode ser levada em um simples bombom recheado, como no salto do sapato, no interior de livros com folhas escavadas, dentro de um pacote de bolachas ou, até, em tubos, que são introduzidos no ânus ou na vagina. Próximo de escolas, os traficantes encontram um lugar para se colocarem, e isto é feito mais dissimuladamente possível. A comunicação são gestos, gírias ou frases monossilábicas, perfeitamente entendidas entre os traficantes e viciados.

O jovem que quer iniciar-se na droga vai buscá-la com suas próprias pernas e a coloca em sua boca ou veias com suas próprias mãos, porque não está imunizado ou conscientizado pela família ou pela escola. Não é o fato de estar em um lugar e aspirar a fumaça da maconha que está no ar, que a pessoa vai viciar-se. É preciso que o jovem tenha vontade de conhecer a droga, ou por curiosidade, ou por modismo, para fuga de problemas, ou para se enturmar entre os colegas que usam e muitas vezes para adquirir respeito.

Muita gente pergunta por que se vende maconha, próximo das escolas. E a resposta mais lógica é que não faltam compradores, e o mecanismo policial, por mais aprimorado que

sejam jamais conseguira impedir todas as transações. A solução do problema está na família e na educação preventiva.

2.1.4 Fatores relacionados ao sexo

A informação quanto á história natural, apresentação clínica, fisiologia e tratamento decorrente do uso de drogas em mulheres é limitada. Embora seja estimado que as mulheres compreendem 34% de todas as pessoas com transtorno decorrente do uso de drogas nos Estados Unidos, as barreiras psicosociais e financeiras (como inexistência de locais para cuidar de crianças) impedem muitas mulheres de procurar tratamento. Uma vez em tratamento, as mulheres, comparadas aos homens, apresentam prevalência mais elevada de transtornos depressivos e ansiosos, como condições com órbitas, muitas vezes necessitando de tratamento específico.

2.1.5 Idade

Crianças e adolescentes apresentam mais comumente transtorno de abuso que dependência e menos provavelmente necessitarão iniciar e permanecer em tratamento. A avaliação e o tratamento devem levar em consideração os níveis de desenvolvimento cognitivo, social e psicológico do paciente e o possível papel do transtorno decorrente do uso de drogas em impedir os estágios adequados do desenvolvimento, incluindo autonomia, habilidade de estabelecer relações interpessoais e integração geral na sociedade. A avaliação deve enfatizar particularmente as áreas de funcionamento adaptativo do adolescente, como companheiros e familiares. Alguns adolescentes com transtornos decorrentes do uso de drogas também apresentam condições psiquiátricas comórbidas, como distúrbios de conduta, transtorno de hiperatividade com déficit de atenção, transtornos ansiosos (incluindo fobia social e distúrbios de estresse pós-traumático), transtornos afetivos, dificuldades de aprendizado e distúrbios alimentares. Além disso, as crianças convivem em ambientes familiares nos quais outros membros da família abusam ou são dependentes de álcool e de outras substâncias, e também apresentam risco elevado de abuso sexual e físico e podem apresentar como conseqüências sequelas psicológicas e comportamentais (incluindo o abuso de drogas).

Em geral a faixa de modalidades terapêuticas usadas com adultos pode ser usada também em adolescentes. Essas modalidades incluem abordagens comportamentais

cognitivas, psicodinâmicas/interpessoais (individuais, em grupo e familiares), grupos de auto-ajuda e medicamentos.

2.1.6 O idoso

Os transtornos decorrentes do uso de drogas em populações de idade avançada constituem um problema de frequência subestimada e subtratado. O abuso e a dependência de medicações prescritas, particularmente benzodiazepínicos, sedativas hipnóticos e opióides, podem contribuir para confusão e sedação exageradas em pacientes idosos, adesão precária aos regimes terapêuticos prescritos e super dosagem involuntária, particularmente quando essas drogas são combinadas com álcool.

2.1.7 Meio social e ambiente de vida

O meio social global do paciente exerce impacto importante tanto sobre desenvolvimento como sobre a recuperação da dependência de drogas. O meio social modela atitudes com relação ao contexto apropriado para o uso de drogas (como as diferenças verificadas entre o hábito de beber socialmente quando em reuniões familiares e o recreacional até atingir intoxicação). Modelos entre a família ou companheiros influenciam o contexto social e psicológico para o uso de drogas e a escolha da droga e o grau de controle exercido sobre os comportamentos dos usuários de drogas. Uma vez que esteja desenvolvido o padrão de dependência ou abuso, a motivação e a habilidade em aceitar o tratamento são influenciadas pelo grau de suporte no grupo de companheiros e meio social para permanecer abstinente.

2.1.8 Fatores culturais

Há pesquisas que sugerem pior prognóstico para as minorias étnicas e raciais em programas de tratamento convencional, conquanto isso possa ser decorrente das diferenças das classes sociais. Embora existam poucas pesquisas sobre a eficácia em programas culturalmente específicos, os serviços de tratamento que são sensíveis à cultura e abordam as preocupações especiais de grupos de minoria étnica podem melhorar a aceitação do tratamento, a adesão e, finalmente, o prognóstico terapêutico.

2.1.9 Características familiares

Os transtornos decorrentes do uso de drogas penalizam enormemente os membros da família, contribuindo para isso altos níveis de conflito interpessoal, violência doméstica, inadequação parental, abuso e negligência infantil, separação e divórcio, dificuldades financeiras e legais e problemas clínicos relacionados ao uso de drogas (como Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS), tuberculose). Além disso, as crianças criadas em famílias nas quais outros membros abusam ou são dependentes de álcool e outras substâncias também apresentam risco elevado para abuso físico e sexual. As famílias que contam com um ou mais membros com transtorno decorrente do uso de drogas frequentemente demonstram *um padrão de múltiplas gerações de transmissão de abuso de substâncias e outros transtornos psiquiátricos* frequentemente associados (como transtorno de personalidade anti-social, vício de jogo). Além disso, o comportamento patológico “facilita” a existência de problemas psiquiátricos e clínicos com pais e irmãos, e os níveis elevados de estresse social e/ou transcultural também exercem um papel no desenvolvimento e perpetuação do transtorno decorrente do uso de drogas.

2.1.10 O cerco dos amigos

No meio escolar nasce, geralmente, o círculo de amigos. E sabemos a que ponto a experiência da amizade é importante nessa idade. Um adolescente não vive sem seus amigos. Às vezes ele só vive por eles. Um grupo de amigos se forma então, cuja regra suprema é a fusão e solidariedade. Sua palavra de ordem é verdadeiramente o clássico (e que parece um pouco ridículo) *um por todos e todos por um*.

Usando uma imagem surpreendente, poder-se-ia dizer que os amigos se tornam convivas que compartilham a mesma refeição: aquela em que o único alimento consiste na droga que se compartilha com a mesma volúpia... mesmo que, no fundo, se esteja convencido de que não deveria fazer isso. Por fraqueza, por medo do desprezo dos outros, por solidariedade incondicional, junta-se ao grupo para ultrapassar as portas das drogas, mesmo que a viagem, com os amigos, seja sem retorno. A lei da amizade prevalece e se torna importante fator de adesão à droga. Começa, então, a repetição dos acontecimentos e dos lugares: as festas de fim de semana são corrompidas pelo cheiro da maconha, à qual se junta frequentemente o álcool para que os efeitos sejam mais penetrantes e mais violentos.

É claro que esta descrição não serve para todos adolescentes. Muito são os círculos

de amizades sãos e salutareas, Miss, para grande número de adolescentes prisioneiros da droga,

O caminho que a conduziu a essa prisão foi o da amizade. Em matéria de droga, como em tantas outras coisas, é verdadeiro o ditado: “Dize-me com quem andas e dir-te-ei quem és”.

2.2 O tráfico de drogas

2.2.1 Tipos de drogas

Barbitúricos	Merla
Ansiolíticos	Anfetaminas
Inalantes	LSD E Ecstasy
Lança-Perfumes	Crack
Xaropes	Ópio
Cogumelos	álcool
Cocaína	Fumo
Maconha	Cafeína
Heroína	Anabolizantes

2.2.2 O narcotráfico

É o tipo mais perigoso que existe, entre os indivíduos ligados às drogas. Através de sua atuação difunde-se deteriorando o organismo e despersonalizando a pessoa. Tanto o plantio, como a importação, exportação e comércio das substâncias tóxicas, nada mais são do que facetas do tráfico de entorpecentes.

O ponto básico de toda a graduação moral e social dos toxicômanos, nada mais é do que o próprio traficante que se enriquecem as custas das vicissitudes alheias, exploram a miséria e vivem sobre a degradação moral daqueles que imploram a manutenção do vício. Vão ao ponto de não permitir uma recuperação de quem quer que seja, indo da perseguição até as últimas consequências, seu campo de ação vai deste os portões de colégios, às praças públicas, portas de prisões, etc., sempre à espreita de uma nova vítima.

O traficante é um indivíduo frio, calculista, inteligente, artiloso e insinuante, capaz de perceber o ambiente propício para sua investida e a predisposição psíquica de sua nova vítima. Chega, às vezes, introduzir a droga sem fazer referência a ela, simplesmente

ministrando-a como tratamento para um mal-estar da vítima, provocando, de conformidade com a natureza do entorpecente, o início de uma dependência física e/ou psíquica.

Encontrar um traficante é uma tarefa árdua. Conseguem um perfeito sistema de proteção, com um serviço de informação, que faz inveja à própria polícia, na maioria das vezes com a participação de menores. O traficante dificilmente entregará a “muamba” diretamente ao dependente. Sempre age indiretamente, daí a dificuldade do flagrante e da prisão. Geralmente o traficante deixa a droga em local pré-estabelecido, que tanto pode ser uma carrocinha de sorvete, refrigerante ou doce, como pode ser uma reentrância em um muro ou edifício, ou simplesmente um ponto determinado nas areias de uma praia. Exterminando o traficante, estaremos nos aproximando do ponto final de uma longa e irreparável escala de tóxicos.

2.2.3 O dependente traficante

O traficante dependente age como elemento induzidor e desinibidor perante os novatos. Uma vez efetuada a demonstração do uso (quer fumando, quer ingerindo), exercita a sua atividade de traficar, vendendo o tóxico aos principiantes.

Não é comum um traficante descer a dependente, ou seja, passar do comércio ao simples uso, pois a dependência para os negociantes é uma fraqueza suscetível de exploração. É evidente se um traficante dependente é preso, seu comportamento é totalmente diferente do que um dependente, pois, além da atividade de fornecimento, precisa supri-se também da droga. Entre os traficantes, de um modo geral, incluindo o traficante dependente, existe como que um código de honra onde fica proibida, sob pena de execução sumária, a revelação dos outros traficantes.

2.2.4 A droga e o crime

As drogas estão ligadas ao crime em pelo menos quatro maneiras:

1 – A posse não autorizada e o tráfico são considerados crimes em quase todos os países do mundo. Só nos Estados Unidos, a polícia prende por ano cerca de um milhão de pessoas por envolvimento com drogas. Em alguns países, o sistema judicial está tão lotado de processos criminais ligados às drogas que a polícia e os tribunais simplesmente não conseguem dar vazão.

2 – Visto que as drogas são muito caras, muitos usuários recorrem ao crime para financiar o vício. O viciado em cocaína, por exemplo, talvez precise de uns mil dólares semanais para sustentar o vício. Não é para menos que os arrombamentos, os assaltos e a prostituição floresceram quando as drogas ficam raízes unidade.

3 – Outros crimes são cometidos para facilitar o narcotráfico, um dos mais lucrativos negócios do mundo. O comércio ilícito das drogas e o crime organizado são mais ou menos interdependentes. Para garantir o fluxo fácil das drogas, os traficantes tentam corromper ou intimidar as autoridades. Alguns têm até mesmo um exército particular. Os enormes lucros dos barões das drogas também criam problemas. Sua fabulosa receita poderia facilmente incriminá-los se esse dinheiro não fosse “lavado”. Assim, bancos e advogados são usados para despistar a movimentação do dinheiro das drogas.

4 – Os efeitos da própria droga podem levar as atividades criminosas. Familiares talvez sofram abusos por parte dos usuários de drogas crônicos. Em alguns países africanos afligidos pela guerra civil, crimes horríveis têm sido cometidos por soldados adolescentes drogados.

3 A REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor oferecer, vender, comprar, trocar ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão as quantidades suficientes para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova,

§ 1º A destruição de drogas se fará por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova.

§ 2º A incineração prevista no § 1º deste artigo será preenchida de autorização judicial, ouvindo o Ministério Público, e executada pela autoridade de polícia judiciária competente, na presença de representante do Ministério Público e da autoridade sanitária competente, mediante auto circunstanciado e após a perícia realizada no local da incineração.

§ 3º Em caso de utilizada para queimada para destruir a plantação, observa-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto nº. 2.661, de 08 de julho de 1998, no que couber dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

3.1 Licença prévia

O art. 31 está em consonância com o art. 2º, que estabelece a regra da proibição das drogas, ressalvando a hipótese de autorização legal ou regulamentar não só para fins medicinais e científicos, como para o caso de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. A primeira exceção está regulada pela portaria SVS/MS nº. 344, de 12 de maio de 1998 (cf. Anexo).

3.2 Destruição das plantações ilícitas

Cabem, aqui, as observações já feitas sobre a concorrência de atribuições das Polícias Estaduais. À Polícia Federal cabe a atribuição específica da destruição das plantas, mas isto não quer dizer que, se a autoridade policial estadual constatar o plantio localizado dos vegetais proibidos, não possa, também, imediatamente, promover sua destruição, colhido o corpo de delito para fins do processo penal respectivo. O texto em vigor foi mais restrito do que aquele previsto no § 2º do art. 8º da Lei nº. 10.409/2002, que atribuía o dever da destruição às autoridades policiais em geral (artigos 2º e 3º do Decreto nº. 78.992/76). No atual texto, o legislador incumbiu a destruição às autoridades de polícia judiciária.

3.3 Destruição de plantas com cultivo autorizado

Igualmente, serão destruídas as plantas cujo cultivo havia sido licenciado pelo órgão competente, se o estabelecimento violar os limites da autorização.

3.4 Expropriação das glebas cultivadas com plantações ilícitas (Lei nº. 8.257/91)

O art. 32, § 4º, da Lei nº. 11.343/06 previu que as glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição e de acordo com a legislação vigente.

A Lei nº. 8.257, de 26 de novembro de 1991, trata da expropriação prevista no art. 243 da Constituição. Esse diploma, que pouco ou quase nada definiu, previu procedimento especial para a expropriação, com prazos exíguos, que dificilmente serão cumpridos.

Alguns pontos, porém, merecem ser observados. Para os fins da lei, consideram-se plantas psicotrópicas aquelas que permitem a obtenção de substância entorpecente proscriita, plantas estas elencadas no rol emitido pelo órgão sanitário competente do Ministério da saúde.

Caracteriza-se a cultura das plantas pelo preparo da terra destinada à semeadura, ao plantio ou à colheita. Com essa disposição, o preparo da terra passou a integrar o conceito de cultivo do § 1º, II, do art. 33 (§ 1º, II, do revogado art. 12).

Quanto à expropriação propriamente dita, a questão mais importante é saber se está

ela vinculada à condenação criminal. A resposta é negativa, porque a expropriação é um instituto diferente do perdimento ou confisco do Código Penal ou da lei comentada. Todavia, além do elemento objetivo, que é o cultivo da terra, há necessidade de que o proprietário participe conscientemente dessa conduta. Não poderia ser ele penalizado com a perda da propriedade se terceiro – um arrendatário, por exemplo -, sem seu conhecimento, fizesse o plantio de planta proibida. Essa circunstância será examinada administradamente antes do decreto de expropriação, ou no respectivo processo. Há, no caso, exceção à lei geral de desapropriações, segundo a qual na contestação, somente é possível a impugnação ao preço. Como na expropriação da Lei nº. 8.257 não há preço a discutir, a matéria relevante da contestação será o dado objetivo (cultivo) e o subjetivo (consciência do proprietário). Essa consciência, porém, não se confunde com o dolo. O proprietário pode ser penalmente inimputável e ser absolvido no processo penal, mas pode ter consciência suficiente para a procedência da expropriação.

Cabe lembrar, também, que a expropriação pode ser parcial, limitando-se à área efetivamente utilizada para a cultura e, obviamente, às áreas ou construções de apoio ao cultivo.

O parágrafo único do art. 1º da Lei nº. 8.257 prevê, também, o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Essa disposição é estranha à regulamentação do art. 243 da Constituição Federal. Deve ser entendida como uma ampliação dos artigos. 60 e seguintes, da Lei nº. 11.343/2006 e portando ser efeito da condenação penal, porque ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal.

4 A REPRESSÃO AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar para consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500(quinzentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas;

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de drogas:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho,

instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33 caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo organização ou associação, destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 44. Os crimes previstos nos artigos 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 direito.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

4.1 Confronto do art. 44 com a lei dos crimes hediondos

O artigo traduz para o campo específico dos crimes relativos a drogas, apontados no caput, as disposições da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072/90). Podem ser considerados, portanto, crimes equiparados a hediondos todos aqueles mencionados no caput do artigo, por estarem abrangidos na expressão tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins

do art. 2º da Lei nº. 8.072/90.

Consigne-se que o art. 44 não revogou a Lei dos Crimes Hediondos, disso acarretando duas conseqüências: continuam aplicáveis as demais disposições daquela lei no que houver incompatibilidade; o que está disciplinado neste artigo permanecerá, com seu alcance, ainda que essa lei venha a ser revogada, por exemplo. É lógico que poderá haver modificação por lei posterior, mas se esta for meramente genérica poderá não atingir o artigo comentado. Foi exatamente o que ocorreu com a promulgação da Lei nº. 11.464/2007, que modificou o inciso II do art. 2º da Lei nº. 8.172/90, permitindo a liberdade provisória para crimes hediondos e equiparados. A modificação genérica não alcança o tráfico, mantendo-se a proibição de liberdade provisória

4.2 Inovação legislativa dos art. 33 caput, § 1º, 34; 35; 36; 37.

4.2.1 Legislação anterior do art.33

A redação primitiva do art. 281 do Código Penal foi alterada, em 1964, pela Lei nº. 4.451, que acrescentou ao tipo a ação de “Plantar”, modificação criticada por Heleno Cláudio Fragoso, que considerava essa conduta compreendida na fórmula genérica do § 3º, III, do artigo, afirmando, ainda, ter o legislador perdido a oportunidade de alteração substancial do dispositivo, a seu ver defeituoso, que nem sequer previa as ações de produzir e preparar.

Em 26 de dezembro de 1968, o Decreto-Lei nº. 385 deu nova redação ao art. 281, modificando-o substancialmente e adotando, em linhas gerais, o disposto no art. 305 do Anteprojeto de Código Penal de Nélon Hungria.

Em 1971, a Lei nº. 5.726 alterou o tipo penal, trouxe recrudescimento nas penas e criou novas figuras delitivas, ultrapassando a própria redação do art. 314 do Decreto-Lei nº. 1.004, Código Penal, que estava em *vacatio legis*.

Finalmente, a Lei nº 6.368 desincorporou os delitos do Código Penal, tornando-os crimes de lei especial, omitindo as rubricas marginais. A omissão foi seguida pela lei ora comentada. Como já tivemos oportunidade de comentar em relação à Lei nº. 6.368, deixou-se de ter, pois, o *nomen juris* das infrações definido pela lei, circunstância de importância secundária, mas que tem, às vezes, auxiliado na interpretação dos textos.

4.2.2 Inovação legislativa do art. 33

A Lei nº. 11.343/06, no caput do art. 33, manteve a incriminação dos dezoito núcleos previstos no caput do artigo 12 da Lei nº. 6.368/76, alterando apenas a terminologia para “Drogas” em vez de “substância entorpecente” ou que determina dependência física ou psíquica”, prevista na lei anterior.

Não previu a rubrica marginal (nomem juris). Acrescentou uma nova modalidade de conduta (§3º) e causa de diminuição de pena, vedando expressamente a possibilidade de conversão em pena restritiva de direitos (§4º).

A pena mínima de caput foi recrudescida para cinco anos, em vez dos três anos da lei anterior, aumentando-se também, substancialmente, a margem mínima a máxima para aplicação da pena de multa, que era de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa.

Por fim, não foi mais prevista a conduta que era definida no art. 12, §2º, III, da Lei nº. 6.368, que punia de forma equiparada ao caput do art. 12 o incentivo e a difusão do vício e do tráfico.

A figura do revogado inciso III era uma forma de contribuição genérica, subsidiária tanto em relação aos antigos incisos I (indução, instigação e auxílio ao uso de entorpecentes), e II (utilização de local para o consumo e tráfico de drogas) quanto em relação ao caput do art. 12.

Desde à vigência do dispositivo, já alertava Magalhães Noronha que difícil seria a ação enquadrável nesse inciso em face da amplitude das disposições antes comentadas, mas preferiu ser cauteloso, a fim de não permitir a impunidade em virtude de dificuldades de adequação típica.

Chegou-se a alegar que a descrição típica violava o princípio da taxatividade, gerando grave insegurança jurídica, podendo qualquer conduta ser considerada como incentivadora do uso, inclusive aquelas que visam à prevenção, como foram consideradas as condutas pioneiras de prevenção de danos consistente na distribuição de seringas limpas aos usuários de drogas injetáveis, para evitar a transmissão do vírus HIV, em santos.

Com a revogação do inciso III, § 2º, do art. 12, houve abolitio criminis.

4.2.3 Legislação anterior e alteração legislativa do art. 33 § 1º inciso

A primeira figura do parágrafo foi prevista inicialmente no art. 281 do Código Penal, com a rubrica “matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica”. Correspondente ao inciso I do §

1º do art. 12 da lei anterior, acrescentados à lei atual insumo ou produto químico, deixando claro que o objeto da ação é a matéria-prima utilizada na preparação da droga juntamente com o produto químico e seus insumos.

4.2.4 Legislação anterior do art. 33 § 1º inciso II

Na Lei nº. 5.726, o crime continha a rubrica “cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica”, mas não previa o verbo “semear”.

A Lei nº. 4.451, de 1964, havia acrescentado ao art. 281 a ação de plantar, iniciadora do rol de condutas incriminadas. Contudo, cometera um erro de lógica, porque vinculada diretamente o plantar à substância entorpecente. Ora, nem sempre, ou quase nunca, se “planta a substância entorpecente”. O que se faz é o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes, isto é, das quais se possa extrair o tóxico, ou, ainda, que tenham princípios ativos que causem dependência.

O entorpecente é a droga extraída ou o princípio ativo da planta e não a planta em si mesma; logo, não pode ser plantado.

O Decreto-Lei nº. 385 corrigiu o erro, destacando a ação de plantar na fórmula “fazer ou manter o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica”.

A Lei nº. 5.726 repetiu o dispositivo, incriminando o cultivo, fórmula que foi aperfeiçoamento pela Lei nº. 6.368.

4.2.5 Alteração legislativa do art. 33 § 1º inciso II

O inciso II do § 1º, com pequena mudança de redação referindo-se a plantas “que se constituam em matéria-prima para preparação de drogas”, em vez de “plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica”, e com o acréscimo do elemento normativo, repetiu o dispositivo que já era previsto na legislação anterior, também no inciso II do § 1º. Remetemos, aqui, às observações feitas no art. 2º, quanto à proibição do plantio.

4.2.6 Legislação anterior do art. 33 § 1º inciso III

A presente figura já era apenada no Código de 1940, que, de forma injustificada, dava tratamento diferenciado, mantendo redução da pena de multa. A pena era a mesma da receita indevida ou irregular (o mesmo ocorrendo com as condutas de instigação, induzimento ou auxílio, e a de contribuição para o incentivo ou difusão de drogas), aliás, em flagrante desequilíbrio penal, porque a intensidade do perigo gerado pela conduta referida é igual ou em algumas hipóteses até maior do que o causado por aquele que vende, guarda, tem em depósito etc. a droga.

O erro foi corrigido pela Lei nº. 6.368/76, que optou pela equiparação. Essa lei, à semelhança do Decreto-Lei nº. 385 e da Lei nº. 5.726, excluiu a prestação de local para a guarda de entorpecente, que era prevista no Código Penal de 1940, aliás com razão. Quem utiliza local para a guarda de entorpecente de propriedade de terceiro concorre para o delito deste último, não havendo motivo, pois, para uma incriminação separada, mormente no sistema anterior, em que a pena para essa contribuição era bem menor. A atual sistemática manteve a equiparação já estabelecida pela Lei nº. 6.368, modificando parcialmente a conduta típica.

4.2.7 Alteração legislativa do art. 33 § 1º inciso III

Hipótese prevista no inciso II do § 2º da lei anterior, na nova redação foi incriminada não só a utilização de “local” mas também de “bem de qualquer natureza”, para o tráfico de drogas. Ao revés, a nova descrição típica limitou-se a punir a conduta de quem se utiliza do local ou bem, ou conseqüente que dele se utilize para prática do tráfico ilícito. A cessão do local para uso indevido de drogas, hipótese prevista na lei anterior, poderá configurar o crime previsto no § 2º, na modalidade auxílio, cuja pena é menor.

4.2.8 Legislação anterior do art. 34

O tipo penal introduzido pela Lei nº. 6.368/76, agora mantido, atende às recomendações da Convenção Única de 1961. São incriminadas autonomamente as condutas relativas aos maquinismos, aparelhos, instrumentos ou objetos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente. As condutas ora previstas,

se não enquadráveis como forma de co-autoria ou participação com outras anteriormente previstas, não encontravam punição no sistema do art. 281 do Código, inclusive com a redação da Lei nº. 5.726. Aliás, a respeito do problema chamamos a atenção para a impunidade de condutas semelhantes, que seriam meros atos preparatórios, na edição de nossa obra que comentou a lei acima referida. Tal hipótese ocorreria, como dissemos então, no caso de alguém “que instale uma destilaria completa de cocaína, com todos os petrechos necessários para tal, mas não chegue a iniciar a preparação ou produção da droga põe não ter comprado ainda a matéria-prima exigida (caso autêntico ocorrido na Comarca de São Vicente no estado de São Paulo e citado em relatório da Organização Mundial da Saúde. No caso concreto foi possível a imputação do delito porque em poder do réu foi encontrado cocaína bruta e nos aparelhos, resíduos do entorpecente. Se, todavia, tivesse havido apenas a instalação da destilaria, este ato preparatório não seria punível). Acolhendo nossas ponderações, a revogada Lei nº. 6.368/76, de forma inédita, acabou incriminando no seu art. 13 autonomamente as condutas ligadas à aparelhagem para a produção de substância que cause dependência física ou psíquica.

4.2.9 Alteração legislativa do art. 34

Com a nova lei foi mantida a incriminação autônoma das condutas relativas aos maquinários, aparelhos, instrumentos ou objetos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas. No entanto, atendendo melhor às recomendações da Convenção Única de 1961 foram acrescentadas cinco novas figuras (utilizar, transportar, oferecer, distribuir e entregar). A pena privativa de liberdade foi mantida a mesma do crime revogado, mas a pena de multa foi aumentada significativamente para mil e duzentos a dois mil dias-multa.

4.2.10 Legislação anterior e alteração legislativa do art. 35

Atendendo à recomendação da Convenção Única sobre Entorpecentes, foi considerado pela lei anterior delito especial á associação de duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Dispõe o art. 36, nº. 2, a, II da Convenção: “Serão considerados delitos puníveis na

forma estabelecida no § 1º a participação deliberada, a confabulação destinada à consumação de qualquer dos referidos crimes, bem como a tentativa de consumá-los, os atos preparatórios e as operações financeiras em conexão com os mesmos”.

O § 5º do art. 281, na redação da Lei nº. 5.726/71, não foi feliz, contudo, na escolha dos termos. Usou a mesma denominação do art. 288 do Código Penal, “quadrilha ou bando”, mas reduziu o número necessário de partícipes para dois, de modo que tínhamos uma “quadrilha” composta de duas pessoas.

O art. 14 da lei nº. 6.368/76 corrigiu o defeito e exclui os termos “quadrilha ou bando”, mas trouxe problema de outrem ordem. O artigo exigia, para, para a configuração do delito, apenas a associação de duas ou mais pessoas com o fim de reiteradamente ou não praticarem os delitos do art. 12 ou 13 dessa lei.

O atual dispositivo mantém a infeliz exigência, uma vez que reproduz integralmente a conduta que era prevista no art. 14 da lei antiga. O crime continua sendo chamado de associação ao tráfico, exigindo que a conduta tenha fim de reiteradamente ou não praticar os crimes definidos nos artigos 33 caput e § 1º, e 34, tendo apenas alterado a pena de multa, que foi aumentada. No entanto, a prática deve ser reiterada no caso do parágrafo único, que equipara ao crime a associação para prática do crime de financiamento do tráfico (art. 36).

4.2.11 Inovação legislativa do art. 36

O crime não encontra correspondente na legislação anterior. Chegou o financiamento a ser tipificado na Lei nº. 10.409 como uma entre as várias condutas do crime de tráfico de drogas (art.14), e no crime de associação para o tráfico, hipótese em que se pretendia punir o financiamento do grupo, organização e associação (art.15), mas a parte penal da referida lei não entrou em vigor em razão do veto presidencial.

A nova previsão constituiu, na ordem da determinação legal da pena, o injusto mais grave previsto na lei. Sua tipificação está em consonância com as disposições internacionais do qual o Brasil é signatário. Nesse sentido, a Convenção de Viena de 1988, promulgada pelo Decreto nº. 154, de 26 de Junho de 1991, estabeleceu a orientação no seu art. 3º, de que seja incriminada a conduta quando se comentam internacionalmente a organização, a gestão ou o financiamento de alguns crimes nela enumerados (art. 3º, I, alínea a, V). E o Acordo Sul-Americano sobre Entorpecentes e Psicotrópicos, promulgado pelo Decreto nº. 79.455, de 30 de Março de 1977, que no seu art. 2º, c, previu entre as figuras delituosas que deveriam ser

tipificadas as “relacionadas com a organização e financiamento” das atividades relacionadas ao tráfico de drogas.

4.2.12 Inovação legislativa do art. 37

O crime não encontra correspondente na lei revogada. Trata-se de uma forma de participação erigida em delito autônomo com pena menor que a dos artigos 33, § 1º, e 34. Haverá retroatividade da norma, por prever um tratamento mais favorável ao acusado, se o processo ou condenação decorrer da participação dessa forma, de colaborar como informante.

5. LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é a situação substitutiva da prisão processual. É o contraposto da prisão processual. Ou seja, se, de maneira antecedente, há fundamento para prisão provisória, esta não se efetiva ou relaxa se houver uma das situações de liberdade provisória.

Os casos de liberdade provisória têm como antecedente uma hipótese de prisão provisória, que é substituída por ela, porque a lei considera a prisão processual desnecessária. Da mesma forma que os casos de prisão provisória trazem a presunção da necessidade, os de liberdade provisória trazem a desnecessidade. Em princípio essas presunções não são absolutas.

Para as hipóteses do caput, entretanto, a liberdade provisória é vedada por lei.

São três as espécies de liberdade provisória a saber:

1 Obrigatória: nas hipóteses em que o réu se livra solto, independentemente de fiança, prevista no art. 321, I e II do código. Nesses casos, preso em flagrante, cumpre a própria autoridade policial a libertação do preso, sem que lhe seja imposto o pagamento de fiança. Trata-se de hipótese que, atualmente, não mais ocorre, já que a Lei nº. 9.099/95, que criou o Juizado Especial Criminal, determina que nas infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapasse dois anos (com redação dada pela Lei nº. 11.313/06), não se lavrará o auto de prisão em flagrante encaminhando-se o autor do crime imediatamente ao Juizado e tomando dele o compromisso de que, assim que chamado, comparecerá em juízo.

2 Permitida: cabível sempre que estiverem ausentes os motivos que justifiquem a prisão preventiva do agente. De sorte que não havendo expressa vedação legal, sempre será possível a concessão da liberdade provisória. Portanto, a manutenção do agente preso em flagrante ou sua prisão em decorrência da pronúncia ou da sentença de 1º grau recorrível, somente serão determinadas se presentes os requisitos e fundamentos autorizadores da prisão preventiva. Caso contrário se permite a concessão da liberdade provisória.

3 Vedada: Havia hipóteses, com a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), em que o legislador, para determinados crimes, proibia expressamente a concessão da liberdade provisória, em posicionamento que era alvo de críticas na doutrina e jurisprudência. Hoje, contudo, a partir do advento da Lei nº. 11.464/07, a matéria deve ser analisada sob outro prisma. Como ressaltam Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e outros, “devemos observar, porém, que a Lei 11.464/07, alterou o inc. II, do art. 2º, da Lei nº. 8.072/90,

permitindo a liberdade provisória para crimes hediondos ou equiparados, permissivo esse que, em face do princípio da isonomia, certamente se estenderá ao tráfico, revogando, tacitamente, a redação expressa do art. 44 da Lei de drogas (Lei de drogas comentado, RT: São Paulo, 2ª ed., 2007, p. 232).

5.1 Liberdade provisória sem fiança

A liberdade provisória sem fiança e sem vinculação ocorre nas hipóteses em que o réu se livra solto, previstas no art. 321 do código de processo penal, a saber:

1 – No caso de infração a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (por exemplo, as contravenções penais onde são cominadas somente pena de multa). Claro, não faria sentido a manutenção do agente preso durante o processo pela prática de uma infração penal que não prevê a pena de prisão.

2 – Quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses. Há contravenções penais e mesmo crimes (rixa, violação de domicílio), cuja pena máxima não supera três meses. Deve, nesse caso, o autor ser imediatamente colocado em liberdade, assim que preso em flagrante, pois há o risco da tramitação do processo demorar mais de três meses, prazo, portanto, superior ao da própria pena cominada à infração. Nesses casos, após a prisão em flagrante, o agente deve ser posto imediatamente em liberdade, pela própria autoridade policial a menos que seja vadio (art. 323, IV, do código processo penal), ou reincidente na prática de crime doloso (art. 323, III, do código processo penal). Repita-se: são hipóteses que, na prática, desaparecem após o advento da lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais.

Já a liberdade provisória sem fiança e com vinculação, é cabível em três hipóteses, que são:

1 – Quando o juiz, nos termos do art. 310 do código processo penal, verificar, pela leitura do auto de prisão em flagrante, que o agente cometeu o crime acobertado por uma excludente de ilicitude, dentre as previstas no art. 23 do Código Penal, ou seja, em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento do dever legal. Somam-se a elas, por equidade, as causas excludentes de ilicitude previstas na parte especial do Código Penal, como, por exemplo, o aborto necessário referido no art. 128, I, do Código Penal. A doutrina sustenta, ainda, que a liberdade provisória deve se estender, também, ao agente que cometeu o crime protegido por causas excludentes da culpabilidade,

chamadas dirimentes, como, por exemplo, movido por coação irresistível.

2 – Quando ausentes os requisitos e pressupostos que ensejam a decretação da prisão preventiva, conforme disposto no art. 310, parágrafo único do código de processo penal. Assim, para que o preso em flagrante seja mantido nessa condição ou para que se decrete a prisão do pronunciado ou do condenado em 1º grau por sentença recorrível, é necessária a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. A regra, portanto, deve ser a manutenção do réu solto durante o processo e, a exceção, sua permanência preso.

3 – Ainda é cabível a liberdade provisória sem fiança e com vinculação na hipótese do art. 350 CPP, isto é, quando o réu, por ser pobre (o conceito de pobreza é dado pelo art. 32 § 1º, do código de processo penal), não puder pagar a fiança.

Nesses casos (liberdade provisória sem fiança e com vinculação), como a expressão sugere não se impõe fiança, mas se vincula a concessão do benefício à obrigação do réu em comparecer em juízo a todos os atos processuais (art. 327 CPP), de não mudar de residência sem prévia autorização ou se ausentar de sua residência por mais de oito dias em prévia comunicação ao juízo (art. 328 CPP).

5.2 Liberdade provisória com fiança

Fiança é a prestação de uma garantia real ou caução que garantam ao acusado o direito de responder ao processo em liberdade. É a garantia real prestada pelo preso para obter sua liberdade.

Interessante notar que o código utilizou um critério negativo para definir os crimes que admitem fiança, mas sim aqueles que são inafiançáveis. Portanto, tirando os inafiançáveis, admitem fiança todos os demais crimes.

Assim, dispõe o art. 323 do Código Processo Penal, que não será concedida fiança:

1 – nos crimes punidos com reclusão, cuja pena mínima cominada for superior a dois anos;

2 – nas contravenções penais de vadiagem (art. 59 da LCP) e mendicância (art. 60 da LCP);

3 – Quando praticado crime doloso e o réu já tiver sofrido anterior condenação definitiva por outro crime doloso. Aqui não se exige a reincidência. A mera condenação anterior, por crime doloso, ocorrida há mais de cinco anos, já impede o favor legal;

4 – Sendo o réu vadio. Não se exige a condenação pela contravenção penal da

vadiagem, mas a simples constatação de que se entrega à ociosidade já impede a concessão da fiança;

5 – Nos crimes punidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Que tenha provocado clamor público. Clamor público é a comoção, a indignação, a revolta causada na sociedade pela prática do crime.

Também é vedada a fiança, segundo o art. 324 do Código Processo Penal, quando:

1 – Quando o réu, no mesmo processo, tiver quebrado a fiança ou descumprido as obrigações do art. 350, pois, nesse caso, ele demonstrou que não respeitou as condições que lhe foram propostas, não sendo, por isso, merecedor do benefício;

2 – Se decretada a prisão civil do réu;

3 – Quando o réu estiver no gozo de suspensão condicional da pena (sursis), ou livramento condicional, a menos que condenado por crime culposo ou contravenção;

4 – Quando presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva.

São ainda inafiançáveis, segundo a Constituição, os crimes de racismo (art. 5º XLII tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins (art. 5º XLIII), o terrorismo e os crimes definidos como hediondos, bem como a ação de grupos armados contra o Estado Democrático.

O valor da fiança é estabelecido no art. 325 CPP do código e, na sua fixação, o juiz deve considerar a gravidade do crime e a condição econômica do agente (art.326 CPP). A fiança pode ser paga pelo próprio preso ou por terceira pessoa em favor dele (art. 329 CPP, parágrafo único).

Esse valor pode sofrer reforço, nas hipóteses elencadas no art. 340 CPP, isto é, quando fixada aquém do desejável, quando o bem sofrer depreciação ou perecimento ou quando inovada a classificação do delito a impor alteração do valor da fiança, segundo os critérios do art. 235 CPP alínea a,b,c. A concessão da fiança prescinde da manifestação do Ministério Público (art. 333 CPP), podendo ser prestada, outrossim, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

As modalidades de fiança, nos termos do art. 330 CPP, são:

1 – Por depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal.

2 – Por hipoteca de um bem imóvel (terreno, apartamento etc.).

A fiança é quebrada quando o réu deixar de comparecer a algum ato do processo, embora intimado ou praticar outra infração penal (art. 341 CPP), ou, ainda, mudar de residência sem prévia autorização judicial ou ausentar-se, por mais de oito dias, da residência

sem comunicação ao Juízo.

A fiança será cassada quando, segundo disposto nos artigos. 338 e 339 do CPP, se reconhecer que ela era incabível à espécie ou quando for inovada a classificação legal atribuída ao crime, de forma que o novo crime impeça a concessão da fiança.

Já a perda da fiança, nos termos do art. 344 do Código Processo Penal, ocorrerá quando o réu condenado definitivamente, não se apresentar à prisão.

6. A POSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS.

Devido ter me deparado com o formentado assunto e recente Defesa criminal, conclui ser oportuno desenvolver o presente tema.

Em recente pedido de liberdade provisória em caso de tráfico de drogas (2ª Vara Criminal – Processo nº. 014509523655-3 - Comarca de Juiz de Fora/ MG). Tive minha pretensão indeferida sob os seguintes argumentos:

De acordo com o ilustre magistrado, o crime imputado ao requerente é de natureza gravíssima, sendo equiparado aos crimes hediondos, e, por força do inciso II do artigo 2º da Lei nº. 8072/90, é insuscetível de fiança e liberdade provisória.

A Lei Antidrogas Nº. 11.343, de 13/08/2006, ressalta o entendimento de ser inadmissível a concessão do benefício da liberdade provisória conforme se vê abaixo:

Art. 44 Os crimes previstos nos artigos. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são infiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e Liberdade Provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Neste caso específico, o acusado preenchia todos os requisitos para a obtenção do benefício, ou seja, era primário, nenhum antecedente, possuía residência fixa no distrito da culpa e atividade lícita.

A discussão concentrou-se na possibilidade ou não do benefício liberatório em face das recentes leis nº. 11.343/06 (Lei de Drogas) e nº. 11.464/07 (que alterou a Lei dos crimes hediondos).

Conforme se verifica da decisão supra transcrita, concessa vênua, totalmente equivocada, haja vista embasada em norma já revogada, ou seja, a nova redação do art. 2º da Lei 8.072/90, dada através da Lei 11.464/07, restou suprimida do inciso II a insusceptibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, entre eles o crime de tráfico de drogas.

Ocorre que além do argumento referido, sustentou ainda o Juízo a quo que a nova Lei de drogas em seu art. 44, veda a possibilidade da liberdade provisória no crime em questão, outro equívoco. Vejamos:

O citado dispositivo, sem sombra de dúvidas, restou derogado pela nova Lei

O citado dispositivo, sem sombra de dúvidas, restou derogado pela nova Lei 11.464/07. É o que entende Luiz Flávio Gomes:

A nova Lei, na contramão da jurisprudência moderna, insistiu na proibição. Devemos observar, porém, que a Lei 11.464/07 alterou o inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, permitindo a liberdade provisória para crimes hediondos ou equiparados, permissivo esse que, em face do princípio da isonomia, certamente se estenderá ao tráfico, revogando, tacitamente, a vedação expressa do art. 44 (grifei). (Gomes, Luiz Flávio – Lei de Drogas Comentada – pág. 233).

E a jurisprudência, no mesmo norte do mestre Luiz Flávio, assim já sinalizou:

A expressa denegação de liberdade prevista no art. 44 da Lei nº. 11.343/06, que merecia igual tratamento conciliatório com o art. 312 CPP, veio a ser derogada pela nova redação do art. 2º, II da Lei nº. 8.072/90 (redação dada pela Lei nº. 11.464/07).

(TRF4, HABEAS CORPUS, 2007.04.00.018290-0, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 11/07/2007).

Em recente decisão(29/08/2007), entendeu o Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro:

Penal e processo, prisão em flagrante. Tráfico de entorpecente. Vedação legal à liberdade provisória. Ausência de fundamento. A jurisprudência desta corte, roborada pela do STJ, é no sentido de que a simples menção à natureza hedionda do delito não é suficiente a impedir a liberdade provisória, mostrando-se imprescindível a presença dos requisitos elencados no artigo 312 do CPP. Assim, 1º. À custódia do agente somente deve ser mantida quando houver efetiva ofensa à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal, independentemente da existência de dispositivo legal vedando o aludido benefício. 2º. Não estando evidenciados os pressupostos da prisão preventiva, deve-se deferir a liberdade provisória, nos termos do art. 310, parágrafo único do CPP, do Diploma Processual.

(TRF4 – HABEAS CORPUS Nº. 2007.04.00.025697-9/SC Relator: Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro).

Fundamentando a decisão supra, argumentou, acertadamente, o Desembargador Federal:

E preciso ressaltar que a prisão provisória – que em nenhum momento se confunde com o encarceramento pelo crime cometido (carcer ad poenam) – não possui como objetivo atribuir punição ao agente que, em tese, praticou determinada conduta típica. Não é ideia de retribuição pelo crime cometido. Constitui, por sua finalidade específica, instrumento destinado a possibilitar desenvolvimento válido e regular do processo penal, somente devendo ser utilizado quando presentes os requisitos previsto no artigo 312 do CPP, o que não se verifica no caso em tela, porquanto, como já dito, o paciente é primário, sem antecedentes criminais, tendo apenas sido contratado para efetivar o transporte da mercadoria, conforme imputação feita na própria denúncia, não havendo ainda indicativo de que integre quadrilha e/ou organização criminosa.

Manter a custódia tão-somente em face do delito praticado – no caso, tráfico de entorpecentes – seria instituir uma espécie de prisão preventiva obrigatória, em evidente afronta ao princípio constitucional da não-culpabilidade, o que, a toda

evidência, não pode ser admitido.

Concessa máxima vênia, em que pese doutra opinião, esta não merece acolhida, haja visto, ser argumento juridicamente equivocado e político-criminalmente incorreto, com carga excessiva de punitivismo exacerbado muito próximo ao típico direito penal do inimigo. Explica-se.

Visando abrir os olhos daqueles mais desatentos, peço licença para citar Luiz Flavio Gomes, que, comentando decisão monocrática do Ministro Felix Fischer (STJ-HC 81.241-GO), brilhantemente ensina:

Segundo Gomes, Luiz Flavio; 5º aula telepresencial e virtual em ciências penais; UNISUL-IPAN REDE LFG:

A lei dos crimes hediondos (Lei nº. 8072/90), em sua redação original, proibia nesses crimes e nos equiparados, a concessão de liberdade provisória (essa é a liberdade que acontece logo depois da prisão em flagrante, quando injustificada a prisão cautelar do sujeito). Tráfico de drogas sempre foi considerado crime equiparado (desde 1990). A mesma proibição foi reiterada na nova lei de drogas (Lei 11.343/06), em seu art. 44 a partir de 08.10.06 (data e que entrou em vigor esta última lei), a proibição achava-se presente tanto na lei geral (lei dos crimes hediondos como na lei especial (lei de drogas).

Esse cenário foi completamente alterado com o advento da Lei 11.464/07 (vigente desde 29.03.2007), que suprimiu a proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados (prevista então no art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/90). Como se vê, houve uma sucessão de leis processuais materiais. 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 nº 11.464/07, que é geral, derogou parte do art. 44 da lei 11.343/06, que é especial). Em outras palavras: desapareceu do citado artigo a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou (derrogou) a antiga. Seja porque com ele é incompatível, seja porque cuidou inteiramente da matéria.

Se princípio regente é o da posterioridade (lei posterior revoga lei 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 pode notar, o instituto da sucessão de leis (conflito de leis no tempo) com o conflito aparente de leis.

A diferença entre o conflito aparente de leis penais (ou de normas penais) e a sucessão de leis penais (conflito de leis penais no tempo) é a seguinte: o primeiro pressupõe (e exige) duas ou mais leis em vigor (sendo certo que por força do princípio *nom bis in idem* uma só norma será aplicável); no segundo (conflito de leis penais no tempo) há uma verdadeira sucessão de leis, ou seja, a posterior revoga (ou derroga) a anterior. Uma outra distinção: o conflito aparente de leis penais é regido pelos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. O que reina na sucessão de leis penais é o da posterioridade.

(GOMES, Luiz Flávio. Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas. Disponível em: Material da 5ª aula da Disciplina Tutela penal dos bens jurídicos individuais, ministrada no curso de Especialização Tele presencial e Virtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN REDE LFG).

No que toca ao outro argumento, não menos infundado, ou seja, por ser insuscetível

Liberdade provisória não é o mesmo que fiança, pelo contrário, a proibição de uma não afasta a outra. (“os textos restritivos de direitos devem ser interpretados restritivamente”).

Na atualidade, a lei nova dos crimes hediondos já não proíbe liberdade provisória nesses delitos, entender o contrário, é no mínimo, estar completamente ultrapassado.

É certo, que como ocorreu no passado recente no tocante a progressão de regime, substituição de pena, etc. em crimes hediondos e equiparados, o Supremo Tribunal Federal decida a matéria e, a nós, resta esperarmos e vermos com profunda tristeza o arbítrio desarrazoado e sem fundamento as decisões que permeiam o judiciário.

6.1 A nova redação dada ao art. 2º inciso II da lei 11.464/07

Com a nova redação dada ao art. 2º, inciso II da Lei nº 11.464/07, que pela lei anterior vedava a concessão de “fiança e liberdade provisória”, vindo a nova norma contemplar a vedação apenas em relação a “fiança”.

É certa que em relação à previsão anterior nosso legislador fez efetiva confusão técnica, porque liberdade provisória é o gênero, das quais podemos citar como espécies as liberdades provisórias, com e sem fiança. Assim, quando vedava liberdade provisória, nela já estava embutida aquela que pode ser concedida mediante fiança.

Agora este equívoco técnico jurídico restou sanado, porque o legislador expressamente proibiu apenas a liberdade provisória com fiança. Diante deste quadro, considerando que a citada lei nova revogou as disposições da anterior, e principalmente porque excluiu a proibição de liberdade provisória, mantendo apenas a proibição de fiança, não vemos como se possa interpretar que não seja possível conceder liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos e equiparados.

Ocorre que em relação aos crimes previstos nos artigos 33, caput, § 1º, e 34 a 37 (tráfico e equiparados, associação para o tráfico, financiamento do tráfico, etc.), da nova lei antidrogas, há vedação expressa no art. 44, caput, tanto da liberdade provisória com, quanto sem fiança. Assim, em relação a esses delitos, nos deparamos com a lei de drogas (especial), proibindo a liberdade provisória e a lei de crimes hediondos, com redação posterior àquela, autorizando a liberdade provisória sem fiança.

Há assim verdadeiro conflito entre estes normativos, onde aquela protegida pelo princípio de que a lei derroga ou revoga a anterior, autoriza a liberdade provisória sem fiança para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, e a nova Lei de Drogas, acobertada pelo

princípio da especialidade expressamente veda este benefício.

Desta forma, pela nova Lei de Drogas há vedação expressa para concessão de liberdade provisória com e sem fiança, para os crimes de tráfico, enquanto a nova redação dada a Lei de Crimes Hediondos, posteriormente a entrada em vigor daquela lei especial, autoriza este benefício.

Pelo princípio da especialidade, havendo a Lei de drogas proibindo a concessão de liberdade provisória com e sem fiança, em tese este benefício não seria possível. Pelo princípio de que se aplica a lei nova ainda quando tacitamente tenha disposto o contrário da norma anterior, esta benesse esta autorizada.

Face esta situação, nossos tribunais, inclusive Superiores, no momento encontra-se ainda procurando encontrar um norte para resolver esta contradição normativa, havendo decisões nos dois sentidos (contra, STJ, HC nº. 69.571 e nº. 109.087 a favor, STJ HC nº. 106.321 e nº. 89.113).

Penso que argumentos no sentido de que a vedação à liberdade provisória tem origem na Lei Maior, porque o seu artigo 5º, inciso LXVI, autoriza a lei proibir esta modalidade de benefício, e que a Lei de Drogas expressamente o proíbe, não possuem sustentação científica, porque a redação da Lei de Crimes Hediondos, que é posterior a esta lei especial, permite a liberdade provisória sem fiança. Portanto, temos lei que proíbe e que permite a concessão desta benesse.

Assim, em relação a esses delitos, nos deparamos com a lei de drogas (especial), proibindo a liberdade provisória e a lei de crimes hediondos, com redação posterior àquela, autorizando a liberdade provisória sem fiança.

Há assim verdadeiro conflito entre estes normativos, onde aquela protegida pelo princípio de que a lei derroga ou revoga a anterior, autoriza a liberdade provisória sem fiança para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, e a nova Lei de Drogas, acobertada pelo princípio da especialidade expressamente veda este benefício.

Também penso que não incide neste caso a previsão do artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, o qual prevê, dentre outras questões, que a lei considerará inafiançável o tráfico de entorpecentes e drogas afins, porque tecnicamente liberdade provisória com fiança é uma modalidade de direito, e liberdade provisória sem fiança, e outra, e neste particular a Lei nº. 11.464/07, não proibiu a concessão de liberdade provisória sem fiança para os delitos de tráfico de drogas.

Desta forma, há que se abandonar o debate relacionado com esta previsão constitucional para centrar-se o estudo unicamente quanto á norma que deve incidir. Se a

especial ou a posterior.

De início há que se considerar que esta matéria encontra-se afeita ao direito processual penal, e como tal incide o princípio *tempus regit actum*, pelo qual a vedação da Lei de Drogas, restou superada após a entrada em vigor da nova redação da Lei de Crimes Hediondos.

Relativamente à especialidade de lei penal, verifica-se que nosso legislador não tem o hábito de respeitar tal princípio. É exemplo disso as próprias duas normas ora em estudos relativamente aos crimes de tráfico, porquanto, a Lei de Crimes Hediondos já na sua previsão original regulou matérias relacionadas com delitos previstos na Lei de Drogas (artigos. 2º e 8º).

Esta intromissão também ocorreu na nova redação dada à Lei de Crimes Hediondos (29/03/07), que é posterior a Lei de Drogas (23/08/06). Assim, seja pela praxe da nossa legislação em não respeitar o princípio da especialidade da norma penal, seja porque a Lei de Crimes Hediondos expressamente deixou claro que regulou também o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, inclusive na redação posterior à lei especial, não vemos como este normativo possa deixar de ser aplicado para os delitos de tráfico de drogas.

No momento, data vênua verificamos uma incoerência na interpretação desta matéria por alguns órgãos julgadores, os quais têm negado a aplicação da liberdade provisória sob o fundamento da especialidade da Lei de Drogas (esta nega tal benesse), e ao mesmo tempo aplicam o regime prisional inicialmente fechado, nos termos da nova redação da Lei de Crimes Hediondos, quando a Lei de Drogas não proíbe a fixação de regime aberto ou semi-aberto para os delitos de tráfico de drogas, vedando apenas o *sursis* e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (art.44 da Lei nº. 11.343/06).

Ora, ou se aplica á especialidade da Lei de Drogas na sua integralidade, ai incluindo-se a possibilidade de fixação do regime diverso do fixado para início do cumprimento da pena, porque este normativo não contém tal vedação, que está contemplada apenas na Lei de Crimes Hediondos (a qual não é especial para os delitos de drogas), ou se aplica a Lei de Crimes Hediondos na sua integralidade, estando ai incluindo á possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança para os crimes de tráfico de drogas.

Pensamos que se verifica imparcial e tendenciosa interpretação das normas em análise, caso negarmos a possibilidade de aplicação do benefício de liberdade provisória sem fiança para os delitos de tráfico de drogas, ao argumento de que a lei especial veda esta benesse, não incidindo por isso á nova redação da Lei de Crimes Hediondos, e ao mesmo tempo aplicarmos o regime fechado para início do cumprimento da pena, quando a lei

especial não proíbe o regime aberto e semi-aberto.

Ou incide a Lei de Crimes Hediondos nos delitos de tráfico de drogas, em toda a sua extensão, estando aí incluído também a liberdade provisória sem fiança, ou ela não incide na nova Lei de Drogas, em qualquer aspecto, inclusive quanto ao regime inicial para cumprimento da pena.

O que não se pode é cindir a aplicação da Lei de Crimes Hediondos para os delitos de tráfico de drogas somente na parte em que ela é maléfica ao acusado ou condenado, em relação á lei especial, deixando de incidir a parte novatio legis in mellius, pois sereia uma incoerência absurda.

Diante deste quadro não vemos como se possa interpretar que não se aplica aos crimes de tráfico de drogas a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança, devendo ser analisado em tais casos apenas às hipóteses da presença dos requisitos para decretação da prisão preventiva prevista no art. 312 do Código de Processo Penal, nos termos do art. 310, caput, deste normativo.

6.2 Algumas decisões favoráveis à concessão da liberdade provisória

6.2.1 Preso em flagrante por tráfico de drogas obtém liberdade provisória

Preso em flagrante por tráfico de drogas, V.K.C obteve liminar em Habeas Corpus (HC) para responder ao processo criminal em liberdade. A decisão foi tomada pelo ministro Eros Grau que deferiu o pedido de liminar no HC 99278.

Em sua decisão, o ministro relatou que o Supremo vem adotando o entendimento de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes não tem o direito à liberdade provisória, por expressa vedação do art. 44 da Lei 11.343/06.

Contudo, Eros Grau lembrou recente decisão do ministro Celso de Mello no HC 97976, segundo o qual:

“Não se decreta prisão cautelar sem que haja real necessidade de sua efetivação”.

Em sua decisão o ministro Eros Grau observa que o impedimento previsto na lei 11.343/06 para conceder liberdade provisória à pessoa presa em flagrante por tráfico de drogas é “expressiva afronta aos princípios (constitucionais) da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana”.

Na avaliação do ministro Eros Grau,

“É inadmissível, em face garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado”.

6.2.2 Justiça concede liberdade a cabrini

O tribunal de Justiça de São Paulo informou, no início da noite de quinta-feira (17/04/08), que o repórter Roberto Cabrini deveria ser solto ainda naquela noite.

Segundo a assessoria do TJ-SP, o juiz responsável pelo caso deu parecer favorável ao pedido da defesa do repórter. Onde, devera ser expedido o alvará de soltura que será encaminhado por um oficial de Justiça para o 13º Distrito Policial, na casa verde, na Zona Norte de São Paulo, onde o jornalista estava detido.

O repórter da Rede Record foi detido por policiais civis na noite de terça-feira (15/04/08) na região do 100º DP, no Jardim Herculano, na Zona Sul da capital paulista, com oito gramas de cocaína, divididos em dez papelotes. Da cela, ele escreveu uma carta dizendo que foi vítima de armação.

De acordo com Renato Martins, um dos advogados do jornalista, o pedido de relaxamento do flagrante do jornalista foi feito na tarde de quarta-feira (16/04/08), com a alegação de que a droga encontrada no carro de Cabrini foi colocada por outra pessoa com objetivo de incriminá-lo.

Ainda segundo a defesa de Cabrini, o pedido de liberdade provisória é baseado “na absurda falta de necessidade de uma prisão cautelar.” “Ele trabalhava em São Paulo, tinha família e filhos no local. Não havendo riscos de ele querer fugir”. Afirmou o advogado.

Martins contou que esteve com o jornalista na quarta-feira.

“Ele está revoltado com essa armação que fizeram e confiante de que a justiça vai conceder liberdade para que possa provar inocência”.

DEFESA: Na noite de quarta-feira, outro advogado de defesa de Cabrini, Alberto Zacharias Toron, reafirmou que o jornalista foi vítima de uma cilada armada por uma fonte.

“Era uma fonte dele. Ele desenvolvia um trabalho da natureza

investigativa. Ela marcou, depois foram para outro local. Mal chegando nesse outro local, os policiais já vieram e encontraram os papelotes. Do lado dela, diga-se de passagem”.

Afirmou, referindo-se à mulher que foi detida junto com o jornalista e, depois de ouvida na delegacia, acabou liberada.

Segundo Toron, a fonte teria ligação com a quadrilha que age a partir dos presídios de São Paulo. No passado, essa mesma mulher teria chantageado e ameaçado o jornalista. Cabrini, ainda de acordo com Toron, teria mantido o relacionamento porque a mulher prometeu enviar um material “a respeito do trabalho que ele desenvolvia”.

O advogado diz que “existe algo estranho” no fato de a mulher ter sido libertada logo após ser ouvida na delegacia. “Curiosamente, esta mulher, que tem antecedentes foi colocada em liberdade sem maiores constrangimentos, e foi ouvida como testemunha. Eu acho que existe algo estranho que precisa ser apurado.”

Cabrini foi repórter na Rede Globo e diversos períodos, o último deles encerrado em 2001. Depois, passou pelo SBT e pela TV Bandeirantes.

Prisão: O boletim de ocorrência registrava que policiais que investigavam uma denúncia de tráfico de drogas na periferia da Zona Sul suspeitaram do carro em que estava o jornalista.

Quando parou no estacionamento de uma padaria, Cabrini foi abordado. Exames feitos no Instituto Médico-Legal (IML) confirmaram que os papelotes tinham mesmo cocaína. A mulher que estava com o jornalista carregava um pen-drive, um dispositivo de memória de computador que continha imagens comprometedoras do repórter. Segundo a polícia, o jornalista não quis ver as imagens na delegacia, nem se pronunciar sobre elas.

Aos policiais, Cabrini negou ser usuário de cocaína e disse que estava trabalhando numa reportagem. Em nota, a Rede Record afirmou que a área de jornalismo da empresa tinha o registro interno de que Roberto Cabrini estava desenvolvendo uma reportagem de caráter investigativo.

Por negar ser usuário de cocaína, Cabrini foi autuado em flagrante por tráfico de drogas. O sindicato dos jornalistas de São Paulo declarou na época, em nota, que acreditava na inocência do repórter e que a detenção dele foi um equívoco.

6.2.3 Poder legislativo não pode decidir por juiz

O ministro Celso de Mello afastou a proibição prevista na nova Lei de Drogas (Lei

11.343/06) e deu liberdade provisória a uma mulher presa em abril de 2008 com pedras de crack e maconha. Em seu voto, o decano do Supremo Tribunal Federal fez uma advertência ao legislativo, ao dizer que parlamentares não podem decidir no lugar do juiz ao editar leis. A decisão sobre a liberdade de um cidadão, independentemente do crime, cabe ao judiciário, segundo ele.

O Poder Legislativo não dispõe de competências para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal”, criticou o ministro, ao discutir o artigo 44 da lei 11.343/06, que impede a concessão da liberdade.

Para Celso de Mello, o dispositivo deve ser entendido da mesma forma que o artigo 21 do estatuto do desarmamento, declarado inconstitucional pelo Plenário da corte (ADIM 3.112). Este dispositivo proibia liberdade provisória no porte, comércio ilegal ou tráfico internacional de arma de uso restrito.

Esta não é a primeira vez que o ministro faz esta advertência ao Legislativo e também aos juízes de primeira instância, aos tribunais e ao Superior Tribunal de Justiça. Em dezembro, Celso de Mello decidiu da mesma forma e com os mesmos argumentos.

O pedido de Habeas Corpus analisado no dia 9 de março foi apresentado contra decisão de Napoleão Nunes Maia Filho. Do STJ. O ministro não concedeu liberdade á acusada com o argumento de que “a referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse”.

Celso de Mello concluiu que a norma que proíbe a liberdade provisória contraria a previsão constitucional de presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da prosperidade. Este último visto sob a perspectiva da “proibição do excesso”.

Não se decreta prisão cautelar, de acordo com o ministro, sem que haja real necessidade se sua efetivação, sob pena de ofensa ao status libertatis.

6.3 Preso em flagrante por tráfico de drogas obtém liberdade provisória no supremo tribunal federal

DECISÃO: Trata-se de Habeas Corpus, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em acórdão assim comentado:

“Habeas Corpus. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Liberdade provisória.

Vedação expressa contida na lei nº. 11.343/06. Fundamentação idônea e suficiente para justificar o indeferimento do pleito. Crimes comuns, estabelecido pela lei nº. 11.719/2008. Alegado cerceamento de defesa. Supressão de instância.

1 Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei nº. 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

2 O alegado cerceamento de defesa pela inobservância do rito procedimental comum, após as modificações trazidas pela Lei nº. 11.719/2008, no entender do impetrante, mais benéfico ao Paciente não foi suscitado ou, tampouco, debatido pelas instâncias ordinárias, o que inviabiliza apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

3 Ordem parcialmente conhecida e denegada.

4 É o relatório.

5 O Supremo Tribunal Federal vem adotando o entendimento de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes não tem o direito à liberdade provisória, por expressa vedação do art. 44 da Lei nº. 11.343/06.

6 O ministro Celso de Mello, no entanto, ao deferir a liminar requerida no HC nº. 97.976-MG, DJ de 11/03/09, observou que o tema está a merecer reflexão por esta Corte. Eis, em síntese, a decisão de Sua Excelência:

“Ementa:” “Habeas Corpus”. Vedação legal absoluta, em caráter apriorístico, da concessão de liberdade provisória. Lei de drogas (art. 44 da Lei 11.343/06). Inconstitucionalidade. ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do “due process of law”, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da “proibição do excesso”. Fator de contestação e conformação da própria atividade normativa do estado. Precedente do supremo tribunal federal: adi 3.112/df (estatuto do desarmamento, art 21). Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual. Não se decreta prisão cautelar, sem que haja real necessidade de sua efetivação, sob pena de ofensa ao “status libertatis “ daquele que a sofre. “Irrelevância, para o efeito de controle da legalidade do decreto de prisão cautelar, de eventual reforço de argumentação acrescido por tribunais de jurisdição superior”. Precedentes. “Medida cautelar deferida.”

A vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei nº. 11.343, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (artigos. 1º, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil). Daí resultar inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal. A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável.

Concedo a liminar a fim de que o paciente seja posto imediatamente em liberdade, até o julgamento definitivo deste Habeas Corpus.

7 CONCLUSÃO

Como podemos notar, diante todo exposto concluo que a liberdade provisória é consequência direta do princípio constitucional do estado de inocência ou presunção de inocência (ou da não culpa). Assim, se é certo que a pena somente deva ser cumprida após o trânsito em julgado da sentença condenatória (regra que comporta exceções, estudadas acima), parece óbvio que, preso em flagrante o agente, seja-lhe concedida a liberdade provisória, a fim de que possa responder solto ao processo.

Com isso, se pode afirmar face à inovação trazida pela Lei nº. 11.464/07, que deu novo tratamento aos crimes etiquetados como hediondos que a possibilidade provisória, hoje, não sofre qualquer restrição legal, a depender, sempre, da análise do caso concreto. De sorte que, mesmo para as hipóteses de tráfico de drogas ou aquelas previstas na Lei nº. 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), o favor legal, em tese, pode ser concedido.

BIBLIOGRAFIA

FILHO, Vicente Greco; **Tóxicos prevenção e repressão**. Comentários à Lei nº 11.343/2006. Lei de drogas 13ª edição: Editora Saraiva.

PACHECO, José Ernani de Carvalho Pacheco; **Tóxicos doutrina legislação jurisprudência** 6ª edição prática: Editora Juruá.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; **Processo penal doutrina e prática**; Editora Jus Podivm.

GOMES, Luiz Flávio; **Lei de drogas comentada**.

ANGLER, Anne Joyce; **Vade mecum Acadêmico de Direito** 4ª edição; Editora Rideel.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio; **Legislação penal especial**; Editora Saraiva.

<http://lucianoadv.wordpress.com>; Juiz de Fora, 2009.

<http://www.parana-online.com.br/canal/direitoejustica/news>; Juiz de Fora, 2009.

<http://www.conjur.com.br>; Juiz de Fora, 2009.

<http://www.obid.senad.gov.br>; Juiz de Fora, 2009.

<http://g1.globo.com/noticias/saopaulo>; Juiz de Fora, 2009.

<http://www.jusbrasil.com.br/noticias>; Juiz de Fora, 2009.

<http://planeta-juridico.blogspot.com>; Juiz de Fora, 2009.

<http://www.jusbrasil.com.br/noticias>; Juiz de Fora, 2009.

<http://rodrigosaadv.blogspot.com>; Juiz de Fora, 2009.

<http://jus2.uol.com.br>; Juiz de Fora, 2009.

<http://promotordejustica.blogspot.com>; Juiz de Fora, 2009.

<http://www.boletimjuridico.com.br>; Juiz de Fora, 2009.

<http://www.wantidrogas.com.br>; Juiz de Fora, 2009