

## DROGAS — REVISÃO CRÍTICA E CRIMES HEDIONDOS <sup>1</sup>

LUIZ MATIAS FLACH

Advogado, Juiz de Direito aposentado, Professor de Direito Penal da Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS.

1. Considerações iniciais — 2. A punição do usuário — 3. Cessão ocasional de drogas e injustiça — 4. Tipo intermediário — 5. Tipo aberto e princípio da legalidade — 6. Lei de drogas e crimes hediondos: 6.1 Impossibilidade da liberdade provisória — 6.2 Recorrer em liberdade.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei n. 6.368/76, se à época de sua criação significou um progresso em confronto com as legislações anteriores sobre drogas, está agora a merecer reexame e correções.

Embora alegadamente pretendesse ser uma lei que tivesse o objetivo de “essencialmente prevenir e eventualmente punir”, na verdade é severa demais para quem não mereceria tanto rigor e, por vezes, complacente com situações em que, numa verdadeira perda do senso de justiça, iguala traficantes com pesada mercancia a fatos banais como a de um garoto introduzir um “fininho” de maconha em roda de companheiros.

Em suas disposições percebe-se o muito de emocional e moralista na conduta do legislador, despercebido que, dentro da sistemática penal moderna, devem ser excluídas a criminalidade de bagatela, de escassa lesividade social, e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só legitima-se para assegurar a ordem externa. Não admite-se mais incriminações que sejam fruto de uma concepção moral de vida, de validade geral incerta. Sabe-se dos descritérios na atividade penal, com tristes resultados sempre que aqueles que têm o poder de fazer a Lei procuram, através dela, evitar o que se lhes afigura como o “vício” e o “pecado”.

É certo que não somente o Brasil tem leis inadequadas e repressoras no que se refere às drogas.

De um modo geral, por desinformação e até dentro de uma concepção reiterada de Direito Penal autoritário, a média dos cidadãos é bastante

conservadora na matéria. Assim, a maioria dos políticos e governantes teme sequer ventilar idéias novas, de direito liberal ou em razão de modernos conceitos científicos, por temor de prejuízo em suas carreiras.

As nações não encontram outra forma de demonstrar a sua desaprovação ante o uso de drogas do que valerem-se de leis repressivas e severas. E, desta demasia, verifica-se, especialmente na Europa Ocidental, que as previsões legais são mais severas do que as práticas policiais e forenses. Não são aplicadas as penas exageradas, desnecessárias ou até injustas, estabelecidas abstratamente na lei (por exemplo: na Holanda existe uma descriminalização de fato no que diz respeito ao consumo e pequeno tráfico de drogas leves, que podem até ser adquiridas em locais conhecidos; no mesmo sentido, embora a maconha esteja listada como droga proibida na França, existe uma circular interna do Ministério Público para que não seja dado curso a procedimentos penais por posse para uso pessoal de maconha).

Nem mesmo as legislações holandesa e espanhola, qualificadas de permissivas pelos apologistas a uma repressão mais forte ao uso de drogas e exaltadas pelos partidários da liberalização das drogas, na verdade, em suas realidades, correspondem ao mito de descriminalização do uso e pequena cessão de droga.

Ambos os textos (Holanda, 1976 e Espanha, 1983) apresentam como objetivos agir com realismo ante o quadro de toxicomanias e sobretudo atingir o tráfico.

Na Holanda busca-se punir severamente os verdadeiros traficantes de drogas e evitar a criminalização de jovens usuários, estabelecendo uma separação entre o circuito das drogas duras e leves (a distinção entre drogas leves e duras é feita diretamente na Holanda e Espanha, indiretamente também na Inglaterra e Itália; embora inexista em outros países europeus, até vedada na França e Suíça, a prática jurisprudencial, na hora da definição de níveis de responsabilidade, correntemente vale-se da diferenciação). Ainda recentemente a Suprema Corte da Suíça considerou que a posse de até 4 quilogramas de maconha não agrava a pena do infrator, embora, no rigor da lei suíça, a posse de mais de 12 gramas de qualquer droga ilícita significaria a sanção de 1 a 20 anos de prisão. Argumentou a Corte de Justiça que desdramatizava a maconha por não significar um risco agudo para os infratores e em pesquisas demonstrando a não confirmação da crença de que o consumo da maconha conduziria as pessoas para uso de drogas pesadas. Pelo contrário, segundo os levantamentos feitos, apenas 5% dos fumantes de maconha passaram às drogas mais perigosas (*Folha de São Paulo*, edição de 9 de novembro de 1991, p. 1 do 2.º Caderno).

Já na Espanha, o propósito foi de responder à preocupante situação de forte consumo de maconha pela juventude e adequar a lei à jurisprudência, que já estabelecia não estar sujeitado a penas detentivas o possuidor

de drogas para uso próprio. A lei estabelece tabelas flutuantes de eventual penalização segundo as quantidades de drogas encontradas com o indivíduo. Admite-se como real que a lei penal incriminadora não faria outra coisa do que atemorizar o toxicômano, impedindo-o de procurar o tratamento.

O certo é que as críticas se fizeram e se fazem presentes por pessoas que, ante o temor imposto pelas drogas, assinalam um fim mágico à lei penal, neste domínio mais do que nos outros.

A visão de tais pessoas é equivocada na medida em que as leis incriminadoras têm modesta influência para o não uso de drogas, criando outros problemas oriundos da clandestinidade e atemorização impostas.

Por tudo, embora convencido dos vários aspectos criticáveis e inadequados da atual Lei de Drogas (Lei n. 6.368/76), devo aceitar que as alterações e correções encontram dificuldades no conservadorismo e inércia de setores da população, ao lado do comportamento alarmista e repressor de alguns, o que não acontece somente no Brasil.

Há também quem acrescente (como o importante penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni) que a legislação antidroga latino-americana tem componentes de Direito Penal autoritário após dois séculos de destruição do Direito Penal liberal na América Latina.

Há consciência nos países europeus (não nos Estados Unidos, que lideram corrente internacional em matéria de drogas centrada no combate às substâncias de uso vicioso procedentes dos países do Terceiro Mundo) que a via repressiva não produziu modificações sensíveis no tráfico das drogas e no interesse de serem encontradas novas alternativas através da discussão científica e avaliação de experiências de alguns países quanto a liberação de certas drogas.

Como aponta em documentos recentes o Conselho da Europa, mais do que a repressão, deveria investir-se na prevenção ao abuso de drogas, mediante a educação para a saúde e ajuda para a readaptação dos drogaditos. Necessário esforço permanente de investigação pluridisciplinar do fenômeno *drogas* em seu conjunto, com a adoção por cada Estado de uma política nacional de enfrentamento do problema.

A intervenção penal deveria ter como enfoque fundamental alcançar os traficantes profissionais e internacionais, com uma estrita persecução, inclusive como crime internacional. A luta também diria respeito ao confisco do produto do tráfico ilícito, com práticas entre as nações da extradição de traficantes, assistência judicial recíproca e cooperação aduaneira. Também colima-se articulação de meios penais eficazes na luta contra a *lavagem* do dinheiro do narcotráfico.

Os usuários de drogas, se não devem ser considerados vítimas inocentes, todavia somente deveriam responder pelos crimes praticados, não pelo seu uso (como acontece com o álcool na legislação brasileira).

Infelizmente, mesmo na Europa, ainda está o Direito Penal como instrumento central na luta contra as drogas ilícitas. Existe até uma evidente

pressão no âmbito internacional para que se tornem as legislações sobre drogas ainda mais repressivas.

Assim conclui-se do documento oriundo da Convenção de Viena de 1988, e até a contra-reforma da lei espanhola, em 1988, que aproximou a tratamento penal de drogas duras e leves, agravou penas e abriu, até com imprecisões, os tipos. Vale aduzir o recurso a meios processuais desfavoráveis ao réu, limitando a ampla defesa, o contraditório, com igualdade das partes no processo, direitos do cidadão assegurados nas constituições democráticas.

Em contrapartida, é certo, após ter o Parlamento italiano criminalizado a posse para consumo de drogas, voltou-se atrás, neste ano de 1993, naquele país, não mais atingindo penalmente o usuário, como resultado de votação plebiscitária.

Feitas as devidas ressalvas de que após um século de interdição e repressão, com leis sempre mais severas, as toxicomanias, ao invés de diminuir, recrudesceram, mesmo assim os países, alarmados e perplexos, continuam recorrendo ao Direito Penal na tentativa de enfrentamento dos problemas relativos a drogas.

Assim, cabe debater determinadas disposições da Lei de Drogas que merecem ser reestudadas.

## 2. A PUNIÇÃO DO USUÁRIO

A Lei n. 6.368/76, no seu art. 12, através de múltiplos verbos (núcleos do tipo) procura alcançar os mais diversos comportamentos relacionados à comercialização de drogas (na verdade são previstas condutas que nada têm a ver com o tráfico de drogas, como argumentar-se-á adiante).

São 18 núcleos do tipo previstos no art. 12, completando-se o extenso rol de delitos com o § 7.º e seus dois incisos e § 2.º com seus três incisos.

Aponta-se, desde logo, como correta a observação de Zaffaroni, a respeito: “En este aspecto, no debe pensarse que las definiciones son cuidadosas, en el sentido de procurar una precisión de la legalidad típica, sino el de cubrir toda posibilidad con punibilidad” (“La legislación ‘anti-droga’ latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario”, em *Fascículos de Ciências Penais*, 3(3)2:19, Porto Alegre, 1990).

As penas previstas para tais condutas são de reclusão de três a quinze anos mais multa.

O art. 16 da Lei está voltado para o uso próprio, com penas abrandadas, mas somente com três núcleos do tipo (adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio). A pena prevista é de seis meses a dois anos de detenção mais multa.

Acompanho o pensamento de muitos sobre a inadequação de punição ao usuário, significando a cominação de pena detentiva verdadeiro desatino.

As considerações a serem feitas são de ordem social e jurídica.

Fica estranho afirmar-se que a legislação brasileira teria a finalidade de prevenir o uso de drogas e recuperar os dependentes. Na verdade, o usuário de drogas é transformado em criminoso e ao procurar auxílio de saúde deverá ser saudado como alguém que conseguiu iludir o aparato repressivo do Estado, pois estava praticando crime com habitualidade.

Argumenta-se que todo o usuário de drogas proibidas é um dependente e que todo o dependente comete crimes. Isso não corresponde à realidade como igualmente não procede que todo o usuário é um traficante em potencial.

Ainda mais que é insignificante o uso da heroína na América Latina.

Estabelece-se o estereótipo — é novamente correta a lembrança de Zaffaroni — do jovem-usuário-dependente-delinquente, associando-se a periculosidade.

Olvida-se a ingerência criminógena do álcool ou do consumo de drogas na segunda e terceira idades.

Afirma-se que o jovem drogado “pode” cometer um delito, que não pretendeu, que não começou a realizar e não se sabe se cometerá alguma vez ou sequer cogitou sobre o assunto.

A intervenção estatal visando constranger as pessoas a não ingerirem drogas, se muito, justificar-se-ia como auxílio, proteção e reabilitação. Mas então as medidas seriam de outra ordem e não o estabelecimento de penas detentivas.

A Juíza de Direito Maria Lúcia Pereira Karan tem demonstrado em interessantes sentenças e trabalhos (anote-se que, quando de recursos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem entendido de maneira diversa) da inadmissibilidade de criminalização da posse de drogas para uso pessoal.

Acertadamente estabelece a Magistrada que o Direito, na medida em que constitui um conjunto de normas disciplinadoras de situações sociais, somente deve intervir em condutas que, saindo da esfera individual, tenham potencialidade para atingir terceiros.

As condutas privadas, que não afetam bem os interesses de terceiros, são indiferentes ao Direito, que não deve alcançá-las.

Assim, a posse de drogas para uso pessoal é uma conduta privada, incompatível com o perigo para interesses jurídicos alheios.

Conclui a Juíza: “Enquanto permaneça a destinação pessoal, enquanto o uso da droga não atinja a terceiros, tem-se uma conduta privada, em cujo âmbito o Direito não pode penetrar, por maiores que possam ser os danos no indivíduo que tal conduta eventualmente possa causar”.<sup>2</sup>

Com efeito, não se reprime a automutilação, o suicídio e a vagabundagem que, em termos estritos, não perturbam o funcionamento da sociedade e os interesses públicos e privados. Se é possível que o uso de drogas possa confluir para outros fatos de delinquência, estes nocivos a interesses, esses outros fatos não são “necessários”, não podendo a intervenção estatal determinar-se por mera conjectura.

Complemente-se que na interpretação do art. 281 do Código Penal de 1940 decidia o Supremo Tribunal Federal que não infringia a lei a posse para uso próprio de drogas proibidas. Alterou-se para pior, no ponto, a legislação.

Entendo que a clandestinidade no uso de drogas acentua os perigos da disseminação da AIDS.

Relevo tem ainda que uma condenação de um jovem por envolvimento com drogas tem conseqüências terríveis na sua vida, obstando até a sua vida profissional e acesso aos cargos públicos.

Aduza-se, finalmente, que cabe suscitar a inconstitucionalidade do art. 16, de Lei 6.368/76, desde logo fazendo remissão a precioso trabalho do professor argentino Spolansky,<sup>3</sup> titular regular de Direito Penal da Universidade de Buenos Aires, em que bem estabelece não ser juridicamente possível configurar como delito e sancionar com pena a posse de entorpecentes para uso pessoal, em um Estado que se organiza para assegurar aos indivíduos seus direitos e promover o bem-estar social.

É certo que poder-se-ia dizer que a Constituição argentina melhor permite a conclusão na medida em que estabelece, no art. 19: "as ações privadas dos homens que de nenhum modo ofendam à ordem e à moral pública, nem prejudiquem a um terceiro, estão somente reservadas a Deus e isentas da autoridade dos Magistrados".

Todavia, está também protegida constitucionalmente na Carta Magna brasileira a intimidade, em oposição ao disposto no art. 16 da Lei de Drogas. No momento em que a Carta constitucional proclamou, como garantia do cidadão, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5.º, inciso X), não se admite a intervenção do Estado, mesmo invocando a existência formal de norma incriminadora, no espaço de liberdade concedido constitucionalmente, verdadeira garantia individual (consultar, a respeito, Toron<sup>4</sup>).

### **3. CESSÃO OCASIONAL DE DROGAS E INJUSTIÇA**

O legislador brasileiro perdeu o senso de justiça no momento em que não distinguiu o ruinoso e verdadeiro tráfico de drogas e a sua cessão ocasional.

Como bem acentua o desembargador gaúcho Ladislau Fernando Rohnelt: "Dizem os especialistas que esse é o maior defeito da Lei n.º 6.368, pois, na verdade, pune com reclusão de três a quinze anos, mais a multa, tanto o traficante internacional perigoso, sementeiro do vício, como o garoto que num encontro de rua recebe do amigo uma ponta de cigarro de maconha. A lei vê, em ambos, dois traficantes e trata-os como se os dois gerassem a mesma ameaça social: tanto o traficante por profissão quanto o garoto que troca baganas de cigarro com o companheiro" (Anais

do I Seminário Sul-Riograndense sobre Drogas e Toxicomanias, 1986, p. 197).

Realmente, dentro da definição legal, o namorado que dividir com a namorada um “fininho” de maconha deve ser reputado como traficante, incurso no art. 12 (fornecer ainda que gratuitamente), sujeitado à pena de reclusão de três a quinze anos, praticando crime inafiançável (Constituição Federal, art. 5., XLIII) e hediondo, sequer possibilitada a liberdade provisória (inciso II, do art. 2.º, da Lei n. 8.072, de 25 de maio de 1990), disposição esta que, todavia, reputar-se-á adiante como inconstitucional.

Admitiu, ao final dos trabalhos do “Simpósio Nacional sobre a Lei Anti-Tóxicos, 10 Anos Depois”, o desembargador João de Deus L. Menna Barreto, ilustre Relator do anteprojeto da vigente Lei n. 6.368/76, no relatório dos trabalhos, elaborado por ele e signatário, em redação oriunda de transigência: “Entendeu-se que o art. 12 da Lei está voltado para abranger condutas de tráfico e análogas, enquanto que o art. 16 volta-se para o uso próprio de drogas, sendo razoáveis futuros ajustamentos no sentido de evitar-se qualquer dúvida em relação a esse propósito da Lei n. 6.368/76”.

O certo é que apresenta a legislação disposições de irracional severidade, muitas vezes o Judiciário temperando os exageros e até sendo levado para um elevado número de absolvições (menos ultimamente, arvorado como argumento jurídico o “perigo” representado pelas drogas a não permitir idéias “liberais”).

Em qualquer análise de equidade, porém, observa-se, quanto à conduta mencionada, que a pena prevista não está em correspondência à falta cometida.

Existem outras situações semelhantes. Recebi há dias consulta de um jovem magistrado que só encontrava tipificação, observado o princípio de especialidade, no art. 12, II, da Lei à conduta de um garoto que tinha em seu quarto uma planta de maconha. Parecia-lhe, com razão, desmesurada a pena prevista para o fato.

#### **4. TIPO INTERMEDIÁRIO**

A pretexto de repressão os presídios abrigam inúmeros jovens ou miseráveis, condenados como traficantes de drogas, com penas elevadas, crime hediondo, insuscetível de fiança.

É de experiência comum, todavia, que raramente são alcançados pela Justiça Penal os efetivos produtores e mercadores das drogas, até pelo caráter muitas vezes internacional de suas atuações.

Urge a diferenciação, com penas severas para os realmente responsáveis pela produção e comércio de drogas, da atuação de distribuir eventualmente pequenas quantidades de drogas, sem ou com remuneração insignificante, criando-se um tipo intermediário entre os arts. 12 e 16.

## 5. TIPO ABERTO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O legislador, depois de exaurir em 18 verbos as condutas puníveis do art. 12, prever as mesmas penas em condutas previstas nos §§ 1.º e 2.º, com seus incisos, não satisfeito aduz: “Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: . . . III — contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Trata-se de um tipo aberto, não descrevendo devidamente o que se está a proibir, atentando contra o princípio de legalidade (reserva legal) básico no Direito Penal.

Cumprе acrescentar que a Lei n. 6.368/76 apresenta ainda descritórios em vários aspectos, merecendo reforma pelo seu teor repressivo e inadequado em disposições sobre prevenção e tratamento, que, a rigor, não deveriam estar misturadas na legislação que define infrações penais relativas a drogas.

## 6. LEI DE DROGAS E CRIMES HEDIONDOS

Representou a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), editada em clima emocional e com a equivocada justificativa de que contribuiria para efetiva diminuição no ambiente de insegurança vivido no País, retrocesso na legislação penal-processual brasileira. Reinstaura-se a malsinada prisão preventiva obrigatória, pretende-se suprimir a progressão no regime prisional, admite-se disposições processuais desfavoráveis aos acusados, com recursos a meios probatórios destituídos de conteúdo ético.

O açodamento, a indigência técnica e a desorientação na feitura da Lei determinam perplexidades e polêmicas, especialmente no que diz respeito às drogas, no confronto de normas constitucionais com as da Lei n. 6.368/76 e Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos), como passo a versar.

### 6.1 IMPOSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Prevê o inciso II, do § 2.º, da Lei n. 8.072/90 serem os crimes hediondos insuscetíveis de liberdade provisória.

Acompanho a opinião de alguns doutrinadores de ser tal limitação à liberdade provisória aberrante com o sistema processual pátrio e conflitar com disposições constitucionais garantidoras de direitos individuais pre-valentes.

Com efeito, a forma seca e taxativa do inciso II, do art. 2.º, da Lei n. 8.072/90, constitui um pré-julgamento, em crassa contradição com a presunção constitucional de inocência (art. 5.º, inciso LVII). Desgarra-se, igualmente, da sistemática processual do País, na forma do inciso LXVI, da Constituição Federal, que prescreve: “Ninguém será levado à prisão ou

nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Cumpra preveja a lei as condições em que a liberdade provisória seja possível e quando não. Jamais vedá-la terminantemente.

Noutro aspecto, o legislador não ateu-se às restrições da Lei Maior. Assim procedendo, extrapolou a vontade do constituinte. Veja-se que no art. 5.º, inciso XLIII, prevê a Constituição: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Como, com propriedade, comenta o magistrado e doutrinador Alberto Silva Franco: “Onde se arrimou o legislador ordinário para alargar o âmbito da norma constitucional restritiva do inc. XLIII do art. 5.º da CF?”. Conclui, com acerto, o autor: “se a Constituição estabeleceu que os ‘crimes hediondos e assemelhados’ são apenas inafiançáveis (norma restrita de Direito), não pode o legislador ordinário ampliar aquela restrição constitucional, dizendo-os também insuscetíveis de liberdade provisória” (*Crimes hediondos*, 2.ª ed., RT, p. 75).

Aduza-se que tem sido entendido que a proibição da liberdade provisória, de modo global ou em relação a certos tipos de crimes, mediante lei ordinária, representa, ainda, uma lesão ao princípio do *due process of law*, consagrado no inciso LIV, da Constituição Federal.

No conflito entre a Lei Maior e a norma de menor hierarquia, como é o caso, forçoso é aplicar aquela, a Constituição Federal.

Com adequação, o procurador de Justiça gaúcho Odone Sanguiné aponta a inconstitucionalidade da proibição da liberdade provisória contida no inciso II do art. 2.º, da Lei dos Crimes Hediondos. Efetivamente a liberdade provisória é direito-garantia fundamental, bem como viola elementares princípios do Estado democrático de direito a absoluta vedação (*in Fascículos de Ciências Penais*, 3(3)4, 15:23, out./nov./dez. 1990, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor).

Inobstante, infelizmente, ainda preponderam acórdãos dos Tribunais estaduais negando a liberdade provisória aos réus acusados da prática dos chamados crimes hediondos, sem outro exame sobre a conveniência da permanência da custódia preventiva.

Assim, no Habeas Corpus 691012512, julgado pela 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 18 de abril de 1991, relator o Des. Luiz Gonzaga Pila Hofmeister, constou na ementa:

“Por lei, é inviável a liberdade provisória do flagrado por tráfico de tóxico (*ut* inciso II, *in fine*, do art. 2.º da Lei n. 8.072/90), o que afasta a incidência do art. 310 do CPP”.

No corpo do acórdão tem-se a formulação habitual das decisões judiciais que, sem qualquer apreciação outra, negam a liberdade provisória, alegadamente *ex vi legis*.

“A hipótese, pertinente a narcotráfico, envolve a aplicação do art. 310 do Código de Processo Penal, frente ao disposto na parte final do inciso II do artigo 2.º da Lei n. 8.072, de 25.7.90, mercê da qual restou vedada liberdade provisória aos perpetrantes daquele.

“O paciente foi preso em flagrante em circunstâncias indicativas de sua participação no delito em tela. Lavrado o auto, este mereceu homologação judicial, porque formalmente perfeito, despiendo o exame da ocorrência das hipóteses autorizadoras da preventiva, porquanto, como visto, legalmente inviável a liberdade provisória”.

No mesmo sentido, de que o art. 12 da Lei de Tóxico inadmitte liberdade provisória, com o que “reconhecidas como cumpridas as formalidades legais do auto de prisão em flagrante, sua homologação dispensa maiores fundamentações, segundo o disposto no art. 2., inciso II da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, o mesmo ocorrendo no despacho denegatório do aludido benefício”, afirmou-se no Habeas Corpus n. 691001622, julgado pela 3.ª Câmara Criminal do TJERGS, em 28.02.91. Alinhe-se, ainda, RT 671/323, RT 671/373 e TJSP, Habeas Corpus n. 95.850-3/0.

Em contrário, decidiu sensivelmente, por maioria, a mesma 3.ª Câmara Criminal do TJERGS:

“Foi uma lei — a dos crimes hediondos — votada e editada sob emoção quando havia seqüestro de pessoas importantes no Rio de Janeiro, porém, como geral e aplicação ampla apanha todos os casos.

“Daí que o rigor da Lei, caso a caso, deve ser amenizado pelo Juiz.

“Pela Lei do Crime Hediondo basta o Promotor de Justiça denunciar por tráfico que estará praticamente selada a sorte do réu, e ficará preso durante o processo, e assim ficará até o julgamento do recurso de apelação.

“Com o que deslocou-se o poder de prender o cidadão brasileiro para o Poder Executivo através do Promotor de Justiça.

“Por isso que se tem dito que a Lei do Crime Hediondo contém uma contradição em si mesma quando admite a prisão obrigatória durante o processo, porém, depois, obriga o Juiz a fundamentar a permissão ou não que apele em liberdade.

“Certo, a partir do advento da Lei 6.416/73, alterou-se profundamente o art. 594 do CPP sob a emoção do momento que se vivia, lei que foi denominada popularmente de Lei Fleury, pois beneficiou de logo policial paulista em época de prisões ilegais.

“No caso presente, os fundamentos da inicial levam o Judiciário a repensar o problema da liberdade do jovem que é preso em noite de baile de carnaval com lança-perfume” (Habeas Corpus n. 691012785, julgado em 11.4.91, Relator para o acórdão Des. Nério Letti).

Também, confluindo para a concessão, decidiu o TJSP, no Habeas Corpus 107.199-3, Rel. Des. Luiz Betanho:

“É certo que o latrocínio foi previsto como crime hediondo — art. 1.º da Lei 8.072/90. Mas o que o inciso XLIII do art. 5.º da Constituição determinou com relação aos crimes hediondos é que neles não caberia a fiança, graça ou anistia. Fica afastada, portanto, a possibilidade de liberdade provisória com fiança, mas não a liberdade provisória sem fiança, posto que se trata de restrição ao princípio de garantia da liberdade individual, e não foi expressamente proibida tal possibilidade” (citado por Antonio Lopes Monteiro em *Crimes Hediondos*, Ed. Saraiva, 1992, p. 114).

Com a devida vênia, afigura-se-me como denegação de justiça e jurisdição alegar-se que, tratando-se de crime reputado como hediondo, basta a homologação do flagrante policial por revestido de suas formalidades legais, para nada mais o Judiciário examinar em matéria de merecimento ou não do flagrado à liberdade provisória. Em gritante anomalia, passa a autoridade policial, desde logo, a ser o julgador em substituição ao Poder Judiciário, que, em postura lastimável, proclama a sua incompetência para decidir o *jus libertatis* do cidadão.

Por derradeiro, a própria Lei n. 8.072/90 expressa não ser taxativa a vedação à liberdade provisória ao dispor que, em caso de sentença condenatória por crime hediondo, “o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade” (art. 2.º, § 2.º).

## 6.2. RECORRER EM LIBERDADE

A merecer críticas, dispõe a Lei n. 6.368/76, em seu art. 35:

“O réu condenado por infração dos artigos 12 ou 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão.”

Imotivadamente, negava-se o direito deferido aos demais de recorrerem em liberdade quando primários e de bons antecedentes (art. 594, do CPP).

Assim, rememorando a abrangência do art. 12, o jovem que emprestar a bagana de maconha ao amigo para algumas baforadas, mesmo primário e de bons antecedentes, estudante aplicado e de conduta abonada, deveria permanecer preso até o julgamento de seu recurso pelo Tribunal.

Esboçou-se jurisprudência no sentido de conceder a possibilidade de recorrer em liberdade ao condenado por infração ao art. 12 ou 13, desde que primário e com bons antecedentes, por aplicação do disposto no art. 5.º, LVII, da Carta Magna de 88, que prevê: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. A tendência, entretanto, esboroou-se com a edição da Súmula n. 9, do Supe-

rior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (DJU, 14.9.90, republicada em 23.10.90).

Entretantes, porém, adveio a Lei n. 8.072/90, que estabelece:

“Art. 2.º — Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

.....  
“§ 2.º — Em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

Mesmo que o desavisado legislador, no art. 10 da Lei dos Crimes Hediondos, tenha feito remissão ao art. 35, da Lei n. 6.368/76, para acrescentar deslocado parágrafo único (que trata de ampliação de prazos procedimentais), ficou facultado ao condenado por infração aos arts. 12 e 13 da legislação de drogas recorrer em liberdade, em elogiável disposição mesmo que involuntária — competindo ao julgador apreciar fundamentadamente tal possibilidade.

Como o douto Alberto Silva Franco bem assevera:

“Ora, o direito de apelar em liberdade é cogitado exatamente no § 2.º do art. 2.º da Lei 8.072/90 que, por ser posterior e versar sobre a mesma matéria, derogaria o art. 35 da Lei 6.368/76 se tal dispositivo já não tivesse sido excluído, por ofensa ao princípio da presunção de inocência. O art. 35 da Lei n. 6.368/76 está morto, desde a Constituição Federal, e de morte morrida” (op. cit., p. 139).

Mesmo que transparente o dispositivo legal, demora o Poder Judiciário em admitir o pleno alcance da norma.

Inicialmente, argumentou-se que a Lei n. 8.072/90, no seu art. 2.º, § 2.º, não significava a possibilidade do condenado por tráfico de drogas apelar em liberdade, já que o art. 10 da Lei dos Crimes Hediondos mantinha a redação do art. 35, da Lei n. 6.368/76 (TJSP — AC — Rel. Vanderlei Borges — RJFJSP, 131/465).

Logo, introduziu-se o estranho critério, em matéria de direito subjetivo, de ser desnecessária a fundamentação em caso de ser negado o direito de apelar em liberdade ao condenado pelos arts. 12 e 13, da Lei de Drogas (TJSP, HC 107.810-3, Rel. Ary Belfort, citado por Franco, ob. cit., 161-162).

Tal entendimento encontrava conforto em julgados do STJ, como o RH 1.141, Rel. Assis Toledo, onde, hibridamente, estabelecia-se:

“Nessa linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que o preceito em exame da Lei 8.072/90 não abrogou e sim derogou (revogação parcial) o art. 35 da Lei de Tóxicos, acrescentando-lhe uma hipótese de exceção.

A regra, portanto, continua sendo a proibição de apelar em liberdade; a exceção será a permissão de apelar em liberdade quando o Juiz, fundamentadamente, deferir tal benefício ao condenado”.

Posteriormente, como de direito, deu-se à disposição legal o significado devido: “Tráfico ilícito de entorpecentes. A Lei 8.072/90, art. 2.º, § 2.º, amenizou a prisão cautelar que impunha a obrigação de recolhimento do réu para apelar da sentença condenatória. O Juiz decidirá fundamentadamente a respeito” (STJ — Emb. 5.254).

Agora, com pertinência e adequação, decide o STJ:

“Apelação em liberdade — Tráfico de entorpecentes: § 2.º do art. 2.º da Lei 8.072/90 admite que o condenado por tráfico de entorpecentes apele em liberdade, cometendo ao Juiz a tarefa de decidir fundamentadamente a respeito. Não subsiste, portanto, a vedação absoluta do art. 35 da Lei 6.368/76. A decisão judicial deve ser fundamentadamente num ou noutro sentido, não estampando a melhor exegese do dispositivo o entendimento de que só é mister o capítulo pertinente da sentença condenatória apresentar-se motivado quando for o caso de reconhecer-se o direito à apelação em liberdade” (STJ — RHC 1.688 — RJ — 6.ª T. — Rel. p. o Ac. Min. Costa Leite — DJU 17.8.92).

Finalmente, define-se que sendo facultado ao condenado pela lei recorrer em liberdade, é direito individual seu ver examinada no julgamento — fundamentadamente —, ainda que não requerido pela defesa, a circunstância de merecer ou não o tratamento benéfico processual.

Todavia, resta ainda sério embaraço para a devida aplicação da norma que enseja o recurso em liberdade ao condenado nas sanções do art. 12 e 13 da Lei n. 6.386/76.

Manifestando-se sobre a Lei dos Crimes Hediondos e o recurso em liberdade, expõe Damásio E. de Jesus:

“O acusado, por ocasião da sentença final, pode ser encontrado em duas situações: preso ou em liberdade. Achando-se preso provisoriamente em decorrência de flagrante, prisão temporária ou preventiva, entendemos inaplicável o § 2.º: não se admite a apelação em liberdade. Caso contrário, haveria contradição com o art. 2.º, II, que não admite a liberdade provisória nesses casos: antes da sentença o réu permaneceria preso; condenado poderia apelar em liberdade” (*Código de Processo Penal Anotado*, 9.ª ed., 1991, Editora Saraiva, p. 692).

O acolhimento da opinião do acatado doutrinador tem determinado resultados iníquos e julgamentos de flagrante injustiça.

Com a preponderância do entendimento de que descabe a liberdade provisória nos crimes hediondos, quando da autuação em flagrante de alguma pessoa tida pelo Delegado de Polícia como incurso nas sanções

do art. 12 ou 13 da Lei 6.368/76, limitam-se os magistrados a homologar — se for o caso — a prisão por revestida das formalidades legais, nada decidindo sobre a conveniência e necessidade de manutenção da custódia provisória.

Solicitado, adiante, o Julgador a manifestar-se fundamentadamente a respeito do pleito de liberdade provisória, omite-se, simplesmente evocando o disposto no inciso II, do art. 2.º, da Lei n. 8.072/90.

Nas circunstâncias, como é possível alegar-se a impedir o recurso em liberdade, que fora mantido o réu preso no curso do processo?

Apenas seria menos razoável a concessão do direito de recorrer em liberdade se a prisão provisória do réu decorresse de ter fundamentadamente reconhecido o Julgador a presença das taxativas razões de decretação da prisão preventiva (as mesmas, para a manutenção da prisão em flagrante — art. 310, § único do CPP).

Em anormalidade, dita o Delegado de Polícia a sorte do autuado em flagrante, nada dispondo o Poder Judiciário sobre a liberdade provisória, mesmo que solicitado reiteradamente pela defesa, em negativa de jurisdição, a pretexto de cumprir o inciso II, do art. 2.º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Mesmo assim, aberrantemente, decide o STJ na forma verberada. Cite-se, à guisa de exemplo:

“Outra questão que se põe é a de saber se o benefício de apelar em liberdade abrange o condenado que já estava preso, por força de flagrante ou prisão preventiva, ou se, como acontece com a hipótese do art. 594 do CPP, só poderá ser deferido a quem respondia ao processo em liberdade.

“Tenho para mim que é correto dizer-se não ser possível ao intérprete introduzir na lei uma condição não estabelecida pelo legislador. Não obstante, como não se pode, igualmente, identificar no § 2.º do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos o intuito de revogação de prisão fundada em outras causas que não a exigência para apelar (a prisão em flagrante ou preventiva tem outras causas), não considero abrangido por esse preceito, tal como ocorre com o art. 594 do CPP, o condenado que já estava preso em flagrante ou preventivamente” (RHC 1.141-RJ, DJ de 10.6.91, Rel. Min. Assis Toledo).

Recentemente no STJ, novamente Rel. Min. Assis Toledo, foi decidido da mesma forma (HC n. 1.707-8, julgado em 1.º de março de 1993).

Com razão Damásio E. de Jesus, de outro lado, quando assevera que, em casos raros, poderá ser decidida a concessão de recurso em liberdade ao condenado por crime hediondo reincidente e/ou de maus antecedentes, uma vez que fundamentada a decisão em circunstâncias concretas, já que os pressupostos do art. 594 do CPP não estão previstos no art. 2.º, § 2.º, da Lei n. 8.072, descabendo ao intérprete criar requisitos não reclamados pela Lei (op. cit., p. 692).

## NOTAS

1. Conferência, com revisão, proferida no Seminário "*Justiça Criminal, uma visão crítica*", promovido pela Pró-Feitoria, Faculdade de Direito da PUCRS; Instituto de Processo Penal e Centro Acadêmico Maurício Cardoso, proferida em 27 de agosto de 1993.

2. Sobre o pensamento mais amplo de Maria Lúcia Karam a respeito do tema, consultar sua recente obra *De crimes, penas e fantasias*. Niterói, Luam, 1991.

3. Spolansky, Norberto E. "O delito de posse de entorpecentes e as razões privadas dos homens", in: *Cadernos de advocacia criminal*. Porto Alegre, Sérgio Fabris Ed., v. I, n. 5, pp. 102-111.

4. Toron, Alberto Zacharias. "A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos", in: *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Ed., v. 4, n. 3, pp. 43-65.