



Ministério Pùblico do Estado de Mato Grosso
Turma de Procuradores de Justiça Criminal para
Uniformização de Entendimentos

ASSENTO nº 006/2009-TUPJC-MT.

É Constitucional o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 quando veda a liberdade provisória aos autores do crime de associação para o tráfico de drogas.

Relatório:

O art. 44 da lei nº 11.343/2006 prevê a proibição de liberdade provisória com ou sem fiança nos crimes compreendidos entre os artigos 33 a 37 da mesma lei, de modo que o crime de associação para o tráfico se acha abrangido por referida disposição.

Desperta suspeição de constitucionalidade referida norma. Entendem alguns que a Constituição Federal, no seu art. 5º, XLIII, restringiu a proibição de fiança (e por consequência a liberdade provisória) apenas ao crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, e aos considerados hediondos.

E, como o tipo do art. 35 da lei antidrogas não se inclui na lei nº 8.072/90, que define os crimes hediondos, sustenta-se que não poderia a lei nº 11.343/2006 validamente estender-lhe proibição que a Lei dos Crimes Hediondos não previu.

Voto:

Estamos, no entanto, noutra perspectiva.

O art. 5º, inciso XLIII prescreve:

XLIII - 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;

A Carta Política, conforme se vê, num primeiro plano classificou a prática da *tortura*, o *tráfico* ilícito de entorpecentes e drogas afins e o *terrorismo* como crimes de extremada gravidade segundo decisão política do constituinte originário.

Ao impor que a lei estabeleça as vedações que enumera, aos autores desses tipos especiais de delito, a Constituição subtrai qualquer possibilidade de atuação do legislador ordinário para dispor em sentido



Ministério Pùblico do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para Uniformização de Entendimentos

contrário. Noutras palavras, ela própria institui um regime severíssimo quanto a esses crimes, tornando-o um tema insuscetível de disposição legal.

Já no tocante aos crimes hediondos, a Constituição confiou sua configuração ao próprio legislador ordinário. A diferença notável que ressuma dos regimes constitucionais, portanto, é que, enquanto os crimes de tortura, tráfico de drogas e terrorismo são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia por decisão do próprio constituinte, que os nominou expressamente – embora não os tipifique -, os crimes hediondos o serão na medida em que o legislador ordinário os defina como tais.

A Constituição Federal, portanto, não elencou um rol de crimes hediondos, mas remeteu ao legislador ordinário a tarefa de definilos, confiando ao seu prudente arbítrio a missão de selecioná-los e classificá-los com esse signo para efeito de estabelecer-se, em relação a eles, o mesmo regime de vedação imposto aos primeiros delitos.

No exercício de sua competência constitucional, o legislador ordinário é livre para, segundo as opções de política criminal num determinado momento histórico, dizer quais crimes devem ser considerados hediondos e, nesse caso, fixar correlato tratamento mais severo aos seus autores, restringindo-lhes, por exemplo, a liberdade provisória com ou sem fiança.

A bem da verdade, nos ordenamentos jurídicos atuais, de maneira geral, não há um mandado constitucional de punição de determinadas condutas lesivas de bens jurídicos, salvo certas prescrições - como a já mencionada no art. 5º, XLIII, CF -, inexistindo da mesma maneira, salvo no que se refere às limitações típicas impostas pelos direitos fundamentais, restrições expressas à potestade do legislador ordinário quanto a sua competência legislativa para conformar o processo penal.

A matéria alusiva ao regime de liberdade processual, regra geral, situa-se no campo da legislação infraconstitucional, sendo de competência privativa da União, *ex vi* do art. 22, I, da CF. Noutras palavras, a matéria relativa à liberdade provisória inclui-se no núcleo duro da competência do legislador ordinário.

É precisamente esse o sentido do art. 5º, LXVI da Constituição Federal: *LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.*

O próprio princípio constitucional de tutela do direito à liberdade fundamental do individuo acusado, mandamento nuclear do direito penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, (art. 5º, XXXIX, CF) é um preceito que, embora limitando o poder punitivo do Estado, exige a



Ministério P?blico do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para Uniformização de Entendimentos

reserva de *lei* no campo penal, reafirmando a opção política do constituinte em delegar aos representantes eleitos pelo povo a tarefa de conformar o ordenamento jurídico-penal, como de resto se confirma em inúmeros outros preceitos do art. 5º, tais como os do inciso: XXXV, XXXVI, XXXVIII, XL, XLI, XLVI, e o próprio princípio do devido processo, que é, originariamente, um devido processo *legal* (LIV, CF), isto é, aquele cujas balizas vêm predeterminadas na lei.

Disso é prova inequívoca o Código de Processo Penal, cujos artigos 323/324 do CPP estabelecem as hipóteses em que a fiança não é admitida e, o art. 310, parágrafo único que, em sentido contrário, admite a liberdade provisória sempre que incorram hipóteses que autorizem a prisão preventiva.

De modo que, se o legislador fixou uma resposta penal de três a dez anos de reclusão para os autores do crime de associação para o tráfico de drogas, quantidade de pena que por si só impede a liberdade provisória, de acordo com o art. 323, I, do CPP, e, além disso, expressamente a proíbe em lei especial, parece plenamente válida essa opção política, que segue o tradicional critério de inafiançabilidade pela gravidade ou natureza do crime.

Logo, a lei ordinária é a sede própria para tratar da matéria em questão, conforme fez a lei nº 11.343/2006, que é a Lei que regula o Sistema da Política de Prevenção e Repressão a Drogas no país, disciplina a prevenção e a repressão aos crimes de tráfico de drogas e afins, fixa normas para tratamento e recuperação dos dependentes. Ou seja, Lei de caráter especial em relação à chamada Lei dos Crimes Hediondos.

O fato de o crime de associação para o tráfico de drogas não se achar entre os relacionados no art. 2º da lei nº 8.072/90 não tem o significado que se pretende tirar.

Em nosso ordenamento jurídico não há reserva qualificada em favor de determinado diploma legal como única fonte competente para tratar do tema processual da vedação de liberdade provisória, tampouco temos entre nós o chamado princípio de reserva de código para matérias criminais. O princípio da legalidade exige simplesmente lei ordinária¹.

¹ Óbvio que aqui não se está a negar a necessidade de “um processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituções constitucionais”, ou seja, a face substancial do devido processo legal, que se mostra através da aplicação, ao caso concreto, das normas preexistentes, que não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas (Cfr. Scarance Fernandes, Antonio, *Processo penal constitucional*, 2ª ed. RT., São Paulo, 2000, PP. 44/45).



Ministério P\xfablico do Estado de Mato Grosso
Turma de Procuradores de Justi\xe7a Criminal para
Uniformiza\xe7ao de Entendimentos

Da\xad a conclus\u00e3o: se em nosso ordenamento jur\xeddico temos uma lei espec\xedfica, definindo os crimes e as penas e fixando o pr\x99prio procedimento criminal, vedando, para os crimes considerados de maior gravidade - como o de associa\u00e7ao para o tr\u00e1fico de drogas- a liberdade provis\u00f3ria, n\u00e3o h\u00e1 plausibilidade na tese da inconstitucionalidade, ao sustento de que a lei n\u00b0 8.072/90 - a Lei dos Crimes Hediondos- \u00e9 que deveria ter tratado da mat\u00e9ria.

A prevalecer tal racioc\u00ednio, estar-se-ia diante de inconstitucionalidade *sui generis*, que se manifestaria n\u00e3o por ofensa a texto da Constitui\u00e7\u00e3o Federal - que n\u00e3o prev\u00e9 a compet\u00eancia aludida -, mas por uma esp\u00e9cie de vincula\u00e7\u00e3o inexistente de uma lei ordin\u00e1ria a outra lei ordin\u00e1ria, de id\u00e9ntica estatura hier\u00e1rquica, na aus\u00eancia de qualquer princ\u00edpio, sequer impl\u00f3cito, na Carta Pol\u00f3tica brasileira.

Mauro Viveiros
Procurador de Justi\u00e7a