

Penal – Crime de tráfico de drogas (art. 12, da Lei nº 6.368/76) – Lei das Penas Alternativas (Lei nº 9.714/98) – Substituição da pena corporal por restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e limitação de fins-de-semana (Artigo 43, IV e VI, do Código Penal) – Inadmissibilidade de conversão para sentenciados por crimes hediondos ou a estes equiparados – Frontal antagonismo entre a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e a denominada Lei das Penas Alternativas (Lei nº 9.714/98).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEÇÃO CRIMINAL

Embargos Infringentes e de nulidade nº 2000.054.000167

Embargante: *Anderson Lins Alves.*

Embargado: *Ministério Público.*

I – Embargos infringentes – Tráfico ilícito de drogas (Artigo 12 da Lei nº 6.368/76) – Pena privativa de liberdade – Substituição pela pena alternativa prevista na Lei nº 9.714/98 – Impossibilidade – Princípio da especialidade da lei – Inaplicação aos crimes hediondos ou a estes assemelhados – Réu condenado pelo cometimento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes às penas mínimas conferidas ao tipo e de cuja sentença houve recurso, sendo confirmada por um dos órgãos fracionários deste Col. Pretório, com voto vencido de um dos julgadores, concedendo ao réu a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e limitação de fins-de-semana, possibilitando, com esse entendimento, a interposição dos presentes embargos. Impossibilidade de prosperar a irresignação defensiva, face à completa incompatibilidade entre a Lei nº 8.072/90 e a Lei nº 9.714/98. A Lei de Tóxicos não se submete aos ditames da nova lei penal (Lei nº 9.714/98). Ademais, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes revela gravidade peculiar, malferindo o convívio social e desestabilizando a ordem jurídica. Tanto assim que o delito é assemelhado aos hediondos por força da Carta Magna (Artigo 5º, XLIII), devendo a pena corporal ser cumprida em regime integralmente fechado (Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), determinação esta incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. E isso

porque implicaria em liberdade do condenado, o que, evidentemente, não colimou o legislador (Art. 5º, XLIII da CF, artigo 35 da Lei nº 6.368/76 e artigo 2º, I e II e § 1º, da Lei nº 8.072/90). Esta é a posição sedimentada da jurisprudência, inclusive do Excelso Pretório.

II – Parecer da Procuradoria de Justiça desenvolvido no sentido da **rejeição** dos presentes Embargos, com a integral confirmação do v. acórdão impugnado.

PARECER

Egrégia Seção Criminal:

01. Processado no Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, *Anderson Lins Alves* se viu condenado nas sanções do artigo 12, da Lei nº 6.368/76 a 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, no menor valor legal, e regime integralmente fechado no cumprimento da pena corporal, tudo por sentença praticada pelo eminente Juiz Dr. **Fernando Cerqueira Chagas** (Fls. 79 *usque* 84).

Houve apelação manifestada pela defesa (V. folha 93), a qual foi regularmente desenvolvida (Fls. 95/100, 103/106, 111/114, 116), e por acórdão proferido pela Eg. Sexta Câmara Criminal desta Casa de Justiça, de que foi relator o conspícuo Des. **Eduardo Mayr**, por maioria de votos, negou-se provimento ao apelo, vencido o digno Des. **Luiz Leite Araújo**, que dava provimento ao inconformismo para substituir a penal corporal por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e limitação de fins-de-semana (Fls. 120, 121/127 e 130/136).

O voto minoritário propiciou à Defesa a interposição de Embargos Infringentes (Fl. 139), objetivando, dentro dos exatos limites do voto divergente, o acolhimento da irresignação para a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e limitação de fins-de-semana (Fls. 140/149).

É o que se pode descrever como relatório.

02. Revelam os autos que o réu foi condenado pelo cometimento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes às penas mínimas conferidas ao tipo e que resultou confirmada a sentença por um dos órgãos fracionários deste Col. Pretório, com voto vencido de um dos julgadores, concedendo ao réu a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consistente em *prestação de serviços à comunidade e limitação de fins-de-semana*, possibilitando, com esse entendimento, a interposição dos presentes Embargos.

O recurso desafia conhecimento para os fins a que se propõe, posto que interposto no prazo legal (V. Fls. 137 e 139, ao alto).

Com todo o respeito que nos merece o digno prolator do voto isolado,

os presentes Embargos são improsperáveis a todas as luzes. Em verdade, a Lei de Tóxicos, por ser especial, não se submete aos ditames da nova lei penal (Lei nº 9.714/98). Ademais, a Lei de Tóxicos traz em seu bojo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual revela uma gravidade peculiar, malferindo o convívio social e desestabilizando a ordem jurídica, tanto assim que o delito é assemelhado aos hediondos por força da Carta Magna (Artigo 5º, XLIII), devendo a pena corporal ser cumprida em *regime integralmente fechado* (Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), determinação essa incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. É isso porque implicaria na liberdade do condenado, o que, evidentemente, não colimou o legislador (Cf. Artigo, 5º, XLIII, da CF, artigo 35, da Lei nº 6.368/76 e artigo 2º, I e II e § 1º, da Lei nº 8.72/90). Por outro lado, fere a lógica e agride a sensibilidade do intérprete sustentar a aplicação da Lei nº 9.714/98 aos crimes hediondos ou a estes assemelhados. Como ponderou, com inteira oportunidade, o eminente Desembargador **Menna Barreto**, um dos autores da Lei de Tóxicos, "(...) constitui, além de flagrante ilegalidade, carência de bom senso, na medida em que possibilita ao traficante dar continuidade à sua ação deletéria em hospitais, escolas e orfanatos, ex vi do artigo 44 do Código Penal (...)" (Cf. Apelação Criminal, acórdão unânime da 4ª Câmara Criminal, em 22.06.1999, Ementário Criminal nº 28/99, in *DORJ*, de 22.09.1999, Parte III, p. 256, nº 18). A respeito do tema ora enfocado, **CESAR ROBERTO BITTENCOURT**, Doutor em Direito Penal na Universidade de Sevilha, Espanha, e Coordenador da Pós-Graduação na PUC-RS, leciona, com sua indiscutível autoridade, *verbis*:

"7.71. Crimes hediondos e a Lei nº 9.714/98.

O propósito do legislador de agravar significativamente as sanções correspondentes àquelas infrações definidas como crimes hediondos e afins (Lei nº 8.072/90), elevando consideravelmente os limites das penas respectivas, é inegável. Na verdade, houve uma **obsessiva vontade** de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade.

Omissis ...

Para esses crimes, enfim, a **política criminal** é de exasperação de penas e endurecimento dos regimes de encarceramento, e, no mínimo, de tentar dificultar a adoção do regime progressivo.

Em pólo oposto está a **política criminal das penas alternativas** (Lei nº 9.714/98), que, satisfeitos determinados requisitos, **procura evitar o encarceramento** prevendo alternativas que se consubstanciam nas penas "restritivas de direitos" e

na pena de **multa**. Não se pode negar, à evidência, que a disciplina de aplicação e **execução de penas**, constante dos dois diplomas legais (Leis nº 8.072/90 e 9.714/98), é conflitante ou, no mínimo, **desuniforme**: um enfatiza e exaspera a aplicação da pena privativa de liberdade; outro prioriza **alternativas** à pena privativa de liberdade. Logo, são **políticas criminais incompatíveis**, sendo indefensável a aplicação de penas alternativas nos crimes hediondos e similares, ainda que a quantidade de pena não seja superior a quatro anos.

A **política criminal descaracterizadora**, adotada pela Lei nº 9.714/98, é incompatível com a **política de exasperação de pena**, adotada pela lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). A exigência do cumprimento da pena em **regime fechado**, nesses crimes, impede que se apliquem penas alternativas. A inadmissibilidade dos regimes semi-aberto e aberto, por coerência, afasta eventual possibilidade de aplicar penas alternativas. A maior lesividade ou danosidade social dessas infrações torna-as incompatíveis com a **política descaracterizadora das penas alternativas**, que pressupõe a **menor danosidade** das infrações que pretende abranger." (In *Novas Penas Alternativas, Análise Político-Criminal das Alterações da Lei nº 9.714/98*, Ed. Saraiva, SP, 1999, pp. 100/103) (Os destaques são da publicação)

No mesmo sentido, cf. VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, Professor de Direito Penal e Processual Penal em S. Paulo, "O âmbito da incidência da Lei nº 9.714/98 (Penas alternativas)", in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ed. RT, fevereiro de 1999, vol. 75, p. 5; JORGE ASSAF MALULY, Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, "O crime de tráfico de entorpecentes e a aplicação das penas alternativas", in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ed. RT, abril de 1999, vol. 77, pp. 5/6; SIDNEY ROSA DALABRIDA, Professor de Direito Processual Penal na Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina, "Lei nº 9.714/98 - Aspectos pontuais", in *Revista dos Tribunais*, maio de 1999, vol. 763, pp. 456/464.

Posta a questão nestes exatos termos, forçoso é reconhecer que a d. maioria condutora do v. acórdão contestado aplicou a lei com acerto ao confirmar a r. sentença criminal oriunda do primeiro grau de jurisdição.

Convém fique registrado que o Col. Supremo Tribunal Federal – intérprete máximo das leis no país – trouxe à publicidade acórdão assim ementado:

"O propósito ínsito no art. 44 do Código Penal,

com a redação dada pela Lei 9.714/98, é regra geral, não podendo ser aplicada à Lei 6.368/76, visto tratar-se de lei especial. A pena privativa de liberdade por crime previsto na Lei de Tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente em regime fechado, em face da Lei 8.072/90, impossibilitando, assim, a sua conversão da pena restritiva de direitos." (HC nº 79.567-6-RJ, ac. un. da 2ª Turma, em 14.12.1999, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, in *Revista dos Tribunais*, agosto de 2000, vol. 778/525)

O Excelso Pretório tem firme orientação nesse campo jurisprudencial. V. *Informativo Supremo Tribunal Federal* nº 182 (HC nº 80.010-MG, ac. un. da 1ª Turma, em 25.04.2000, Rel. Min. **Octávio Gallotti**), *Informativo Supremo Tribunal Federal* nº 200 (HC nº 80.227-RJ, ac. un. da 2ª Turma, em 29.08.2000, Rel. Min. **Nélson Jobim**). V., ainda, HC nº 79.657-RJ, in *DJU* de 03.03.2000.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça contém orientação sedimentada no sentido da total incompatibilidade da aplicação da Lei nº 9.714/98 aos crimes hediondos ou a estes assemelhado, consoante precedentes a seguir relacionados:

- 1) – *Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 27, p. 252, nº 525;
- 2) – *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 107/334 (HC nº 7.226-SP, ac. da 5ª Turma, em 07.05.1998, Rel. Min. **Félix Fischer**);
- 3) – *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 130/419-20 (HC nº 11.252-MG, ac. da 5ª Turma, em 14.12.1999, Rel. Min. **Félix Fischer**);
- 4) – *Revista dos Tribunais*, vol. 780/566 (HC nº 11.607-RS, ac. da 5ª Turma, em 21.03.2000, Rel. Min. **Gilson Dipp**);
- 5) – RHC nº 9.062-MG, ac. da 5ª Turma, em 05.10.1999, Rel. Min. **Edson Vidigal**, *DORJ* de 14.12.1999, Parte I, p. 22;
- 6) – HC nº 8.620-PR, ac. da 5ª Turma, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, *DJU* de 26.11.1999;
- 7) – HC nº 9.953-RJ, ac. da 5ª Turma, em 04.11.1999, Rel. Min. **Edson Vidigal**, *DJU* de 26.11.1999, p. 179;
- 8) – HC nº 10.887-MG, ac. da 5ª Turma, em 04.11.1999, *DJU* de 17.12.1999;
- 9) – HC nº 9.059-RJ, ac. da 5ª Turma, em 04.11.1999, Rel. Min. **Jorge Scartezzini**, *DJU* de 06.12.1999, p. 103;
- 10) – HC nº 8.406-RJ, ac. da 5ª Turma, em 30.06.1999, Rel. Min. **Félix Fischer**;
- 11) – HC nº 10.195-RS, ac. da 5ª Turma, em 21.09.1999, Rel. Min. **Félix Fischer**, *DORJ* de 14.12.1999, p. 22;
- 12) – RHC nº 9.661-RJ, ac. da 5ª Turma, em 07.10.1999, Rel. Min. **Gilson Dipp**, *DORJ* de 14.12.1999, p. 21;
- 13) – HC nº 9.271-RJ, ac. da 5ª Turma, em 05.08.1999, Rel. Min. **Edson Vidigal**,

DORJ de 14.12.1999, pp. 21-22;

14) – HC nº 10.672-RS, ac. da 5ª Turma, em 09.11.1999, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJU de 06.12.1999, p. 106;

15) – HC nº 8.620-PR, ac. da 5ª Turma, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJU de 16.08.1999.

Nas demais Casas Judiciárias, não existe discepção mais séria acerca do tema, como podemos conferir, *infra*:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

1) – Ap. Crim. nº 477/99, ac. un. da 2ª Câmara Criminal, em 16.09.1999, Rela. JSD **Elizabeth Gregory**, Ementário Criminal nº 14/99, in DORJ de 10.11.1999, p. 280, nº 8;

2) – Ap. Crim. nº 1771/99, ac. un. da 4ª Câmara Criminal, em 11.06.1999, Rela. JSD **Fátima Clemente**, in *Revista do Ministério Público*, Jan-Dez. de 1999, vol. 10, p. 260;

3) – Ap. Crim. nº 1805/99, ac. un. da 4ª Câmara Criminal, em 10.08.1999, Rel. Des. **Raul Quental**, Ementário Criminal nº 34/99, in DORJ de 03.11.1999, p. 288, nº 29;

4) – Ap. Crim. nº 84/2000, ac. un. da 1ª Câmara Criminal, em 30.05.2000, Rel. Des. **Carlos Peçanha**, Ementário Criminal nº 32/00, in DORJ de 25.10.2000, p. 116, nº 18.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Embs. Decl. na Ap. nº 97.0422377-3, ac. da 1ª Turma, em 03.08.1999, Rela. Juíza **Ellen Gracie Northfleet**, in DJU de 28.08.1999, p. 377.

V. *Revista dos Tribunais*, vs. 762/602 (TJSP), 768/562 (TJSP), 771/688 (TJRS), 772/568 (TJSP), 772/617 (TJAP), 778/675 (TJRS) e 780/566 (STJ) etc. Como se percebe facilmente, o posicionamento adotado no voto divergente, que ensejou este recurso, está divorciado da orientação apresentada pela melhor doutrina e por sugestiva corrente jurisprudencial. Aliás, sendo o crime de tráfico de drogas do tipo permanente, viabilizando, a qualquer tempo, a prisão do detentor da droga para fins de comercialização, fica difícil admitir a aplicação da Lei nº 9.714/98 a essa gama de criminosos, face ao conteúdo do inciso III, do artigo 44, do Código Penal ...

Nesta ordem de raciocínio e à vista da exposição apresentada, o parecer da Procuradoria de Justiça está desenvolvido no sentido da **rejeição** dos presentes Embargos, com a integral confirmação do v. acórdão impugnado.

Rio de Janeiro, em 14 de fevereiro de 2001.

LUIZ BRANDÃO GATTI
Procurador de Justiça