

A Lei 9714/98 e o tráfico ilícito de entorpecentes

SIMONE BENÍCIO FEROLLA GUIDA E MARCOS ANDRÉ CHUT (*)

"Toda lei é humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance de suas prescrições."

(CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 10, Ed. Forense, 15ª Edição)

1. *Sumário*

O trabalho ora apresentado tem por escopo trazer à colação a divergência doutrinária e jurisprudencial evidenciada após a edição da Lei 9.714/98 - que veio a alterar os artigos 43 a 47, 55 e 57, todos do Código Penal - no que concerne à possibilidade, ou não, de sua aplicação, para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como demonstrar a incompatibilidade por nós vislumbrada entre os institutos insculpidos na referida Lei e os crimes dos artigos 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76, mediante análise hermenêutica do texto constitucional vigente, da legislação conexa, infraconstitucional, e ainda da jurisprudência e doutrina reinantes sobre o tema que se pretende abordar.

2. *Exposição*

Os operadores do direito, mais especificamente aqueles que militam na área penal, vêm observando, com certa perplexidade, que as decisões judiciais têm ultimamente se apresentado não raro conflitantes no trato relativo ao real alcance dos princípios e garantias fundamentais insculpidos no texto da Lei Maior, determinando, dessa forma, uma jurisprudência que não espelha, em muitos casos, o pensamento reinante no mundo jurídico.

A exegese vacilante e muitas vezes retrógrada, também atribuída à boa parcela da doutrina, parece-nos encontrar no legislador seu ponto de partida, a quem se pode atribuir a principal responsabilidade pelo caos instaurado.

Nessa direção aponta o ilustre jurista AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, no seu clássico *Sucessão de Leis Penais*, 2ª Edição Revista, Editora Coimbra, ao afirmar que “*Não pode haver uma jurisprudência justa e eficaz, se esta – a Jurisprudência – não for precedida de uma Legisprudência.*” (grifos nossos)

Para o festejado autor, tal como a jurisprudência, a criação da lei pressupõe uma técnica legislativa e um saber jurídico.

A prudência legislativa supra abordada, todavia, tem estado ausente no legislador pátrio que, mópe diante das mutações sociais, vem revelando uma auto-suficiência nefasta à qualidade da justiça penal.

A legislação penal multiplica-se irracionalmente e o casuísmo legislativo impera ante uma proliferação infundável de leis avulsas, corroendo aos poucos o sistema jurídico-penal, de modo a gerar insegurança no seio social e desconfiança do cidadão em relação à própria Justiça.

Diante deste clima de flagrante contradição na sociedade brasileira, que clama por maior segurança face aos inaceitáveis índices crescentes da violência, dispondo, inclusive em sua Carta Política, sobre os rigores necessários no tratamento de crimes hediondos e assemelhados, cuja periculosidade e perniciosidade de seus agentes são notórias, entrou em vigor em 25 de novembro de 1988 a Lei n.º 9.714, alterando os artigos 43 a 47, 55 e 57 do Código Penal e passando, em última análise, a permitir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos a delitos cuja pena aplicada seja de até 4 anos e que tenham sido perpetrados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

O fator preponderante para a edição da *novel* legislação foi, sem dúvida, a constatação da falência da pena de prisão, adjetivada de desumana, cruel e despersonalizadora, devendo, por isso mesmo, ser resguardada aos delitos de maior gravidade.

De fato, o legislador, em atenção aos reclamos do moderno Direito Penal, denominado Direito Penal Mínimo, que preconiza uma intervenção mínima do direito penal no seio social, bem como incentiva a adoção de maior aplicação de penas alternativas para delitos de menor gravidade, assim justifica, na Exposição de Motivos do aludido projeto de lei, a ampliação das penas alternativas:

“ A prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado mas sem retirá-lo do convívio social.” (grifos nossos)

Instada a se manifestar sobre a recente modificação na estrutura da aplicação da pena, a *communis opinio doctorum* apresentou, inicialmente, argumentos contraditórios e inconciliáveis, principalmente em relação a crimes graves, como o tráfico ilícito de entorpecentes.

Renomados autores começaram a defender a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, argumentando, em síntese, que não há empecilho legal objetivo para tanto, por força da pena cominada (pena mínima inferior a quatro anos) e, mais, que para a tipificação do crime não há emprego de violência ou grave ameaça à pessoa (ver, dentre outros, DAMÁSIO E. DE JESUS, in *Penas Alternativas – Anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1988* – Ed. Saraiva, 1999, e LUIZ FLÁVIO GOMES, in *Penas e Medidas Alternativas à Prisão* – Ed. Revista dos Tribunais).

Por sua vez, sustentando a incompatibilidade absoluta da substituição, face aos princípios norteadores que determinaram a ampliação das penas alternativas e aqueles que estão a exigir maior rigor na apenação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, levantaram-se vozes não menos ilustres, como a do professor CEZAR ROBERTO BITTENCOURT (in *Novas Penas Alternativas – Análise Político-Criminal das Alterações da Lei n.º 9.714/98* – Ed. Saraiva-1999).

A polêmica instaurada foi também constatada na jurisprudência, refletindo a inquietação da doutrina e deixando a sociedade, mais uma vez, perplexa e insegura, à míngua de esclarecimentos capazes de justificar a antinomia do texto constitucional com os contornos e interpretações da nova lei.

Com efeito, a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em grau de recurso, indeferiu pedido de concessão de aplicação da pena alternativa para cidadão que fora apenado em primeira instância a 4 anos de reclusão, em regime fechado, por infringência aos artigos 12 e 18, III, da Lei 6.368/76, sob a seguinte argumentação, *verbis*:

“ Habeas Corpus. Tóxico. Condenação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, na forma da nova redação dada ao art. 44 do Código Penal pela Lei 9714/98. Constrangimento ilegal. Inexistência. Se, a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inc. XLIII, considera o crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, ao lado dos a ele equiparados e aos hediondos, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia;

Se a Lei n.º 8072/90 (Dos Crimes Hediondos), seguindo a esteira da Lei Maior, proíbe qualquer forma de liberdade provisória, determinando o cumprimento da pena em regime integralmente fechado;

Se, no curso do processo, por estar sendo o agente acusado da prática de infração gravíssima, deve ser mantido preso, esta não seria a vontade do Legislador que conflitaria com a Lei Maior, que considera tais infrações de maior potencial ofensivo e praticadas por agentes, que ao re-

alizá-las, normalmente, atuam com exacerbada culpabilidade e causando, via de regra, conseqüências sociais desastrosas;

Se, por outro lado, a pretendida substituição de pena fosse compatível com a natureza da infração, seria necessário a verificação dos pressupostos subjetivos, incabível nos estritos limites do habeas corpus;

Não há que se falar em constrangimento ilegal. Indeferido."

(Habeas Corpus 2524/98 – Capital – Sétima Câmara – Unânime- Julgamento: 09/02/99)

Posteriormente, todavia, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o *Habeas Corpus* n.º 8.753, reformou a decisão supra transcrita, ao conceder a ordem, com ementa da lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, vazada nos seguintes termos, *verbis*:

"HC – Penal – Pena substitutiva – Lei N-9714/98 – Crime hediondo – A lei 9714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal Brasileiro. O art. 44 relaciona condições: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Reclamam-se, pois, condições objetiva e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei exaustivamente relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44)."

Destarte, ante à incompatibilidade aparente das normas e a dissensão jurisprudencial supra esposada, indaga-se: seria possível aplicar a substituição

de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos crimes previstos nos artigos 12, 13 e 14 da Lei n.º 6.368/76, atinentes ao tráfico ilícito de entorpecentes ?

A nova redação do artigo 44 do Código Penal, com as modificações operadas pela Lei 9.714/98, passou a exigir como requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos os seguintes:

- 1º – que a pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a quatro anos;
- 2º – que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa;
- 3º – em sendo o crime culposos, é aplicável independentemente da quantidade da pena aplicada;
- 4º – que o réu não seja reincidente em crime doloso;
- 5º – que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a suficiência da substituição.

É curial que os delitos tipificados nos artigos 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76 apresentam pena mínima cominada sempre inferior a quatro anos.

Logo, a interpretação meramente literal dos dispositivos invocados autoriza o intérprete a concluir pela ausência de obstáculo legal à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes e sua associação para tal fim.

Entretanto, uma análise com mais acuidade impede interpretação extensiva no caso em exame.

Com efeito, não se pode afastar a idéia de que uma lei não se encerra em si mesma ou em simples cotejo literal com outra; deve, antes, ajustar-se a todo um sistema jurídico preexistente, ao qual pertence, sob pena de torná-lo desarmonico, o que não se pode admitir, em matéria de direito, para garantia da segurança desse próprio sistema.

Nesse sentido, o basilar ensinamento do mestre CARLOS MAXIMILIANO:

“ Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo celular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários, uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em

campos diversos.

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexó entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos precisos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.”
(Ob. Cit., p. 128/129)

Os próprios autores outrora citados como favoráveis à concessão do benefício não deixam de reconhecer que a interpretação meramente literal pode ser considerada fonte de injustiças. Em recente trabalho, publicado no Informativo nº 75 do IBCCrim, sob o título “Lesão Corporal Dolosa Simples e Penas Alternativas”, afirmaram eles:

“ O critério adotado pelo legislador, excluindo os crimes violentos contra a pessoa é, em princípio, muito válido, porque privilegia a vida, a integridade física e psicológica e tantos bens jurídicos de fundamental relevância para o ser humano(...)

A rigidez desse critério, porém, pode dar ensejo a injustiças e assimetrias. Crimes como o constrangimento ilegal e a ameaça, v.g., que, pela pena cominada, admitem as soluções consensuais da Lei dos Juizados Especiais Criminais, não entrariam no âmbito de incidência das penas substitutivas. Remarque-se a aporia: são tratados como infrações de menor potencial ofensivo por uma lei (Lei n. 9099/95) e não admitiriam as soluções alternativas da Lei n. 9714/98. A contradição só pode ser desfeita com uma interpretação contextualizada de todo ordenamento jurídico que concluiria: de fato, crimes cometidos com violência ou grave ameaça não autorizariam a substituição, exceto quando já admitem a aplicação de outras normas alternativas de sanção, porque nesse caso o legislador já fez alhures uma valoração menos severa da mesma infração(...)

Pensamos de forma diferente, afastando a interpretação meramente literal. Somente a interpretação contextualizada acima referida pode salvar a “apa-

rente contradição que, para além de manter a harmonia do sistema jurídico, constituiria legítima expressão do valor "justiça". (os grifos são nossos)
(DAMÁSIO E. DE JESUS e LUIZ FLÁVIO GOMES)

Sob esta ótica, deve o intérprete de uma lei infraconstitucional, primeiramente, cotejá-la com a Lei Maior, visto que a interpretação conforme a Constituição é, na realidade, um procedimento próprio da fiscalização da constitucionalidade, além de uma regra fundamental para a solução de antinomias.

Quando uma norma infraconstitucional apresentar dúvidas em relação ao seu exato significado, deve dar-se preferência à interpretação que a coloque em conformidade com os preceitos constitucionais. Isto representa a aplicação do princípio da Supremacia da Constituição dentro de um determinado ordenamento jurídico.

Logo, uma vez que a Constituição é o fundamento de validade último de todas as normas jurídicas de um ordenamento, avulta a importância de se fixar seu exato sentido e conteúdo.

É a Carta Magna, diante de sua posição hierárquica superior, capaz de dar a necessária unidade ao Direito, transformando-o num sistema harmônico e coeso.

Afirma J. J. GOMES CANOTILHO, no seu clássico *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, pág. 235, *verbis*:

" Este princípio é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a formulação básica para este princípio: no caso de normas polissêmicas ou plurisignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição."

Assim, pode-se, com segurança, dizer que interpretar conforme a Constituição não indica extrair-se um sentido da lei, mas, mais do que isso, significa proceder-se a uma redução ou mesmo ampliação da eficácia da norma legal, segundo os termos constitucionais. Há, contudo, uma limitação lógica. É que se exclui a possibilidade de que o intérprete da lei pretenda forçar uma interpretação que, não obstante em consonância com os termos constitucionais, viola a literalidade daquela, vale dizer, seja *contra legem*, criando, por via oblíqua, outra norma não condizente com o conteúdo constitucional atribuído.

A nossa Constituição Federal, refletindo a preocupação mundial com o controle e a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, crime considerado dos

mais graves conforme as Convenções firmadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), além de tratados ratificados pelo Brasil, estabelece, em seu artigo 5º inciso XLIII, que:

“ A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

(os grifos são nossos)

É, portanto, um truísmo afirmar que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes é considerado de extrema gravidade tanto na legislação pátria como na alienígena.

Nosso legislador constitucional, preocupado com a execução e proliferação de tais condutas, que revelam especial desprezo do agente com a condição humana da vítima e insensibilidade diante do grave sofrimento físico ou humilhante constrangimento moral a que é submetida toda a sociedade, antecipou-se ao legislador ordinário, equiparando, no próprio texto constitucional, o tráfico ilícito de entorpecentes a delitos como a tortura e os considerados hediondos, excepcionando, inclusive, a regra geral relativa à extradição, como se vê do disposto no art. 5º, inc. LI, da Carta Magna, *verbis*:

“ Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.” (os grifos são nossos)

Assim é que, no mesmo capítulo em que resguarda direitos e garantias individuais como a liberdade, assegurando que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º inciso LXI); a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (art. 5º inciso LXV); ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º inciso LXVI)”*, cria norma restritiva de direito, resultante lógica da gravidade dos delitos ali dispostos como exceção.

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em ideologias opostas. Consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; um ordenamento

inspirado em ambos os valores repousa em princípios divergentes, que a doutrina denomina de *antinomia de princípios*. A consequência é, muita vez, a edição de normas incompatíveis.

Impende salientar que a disposição das duas normas como direitos e garantias individuais no texto da Lei Maior deve ser respeitada como tal. Inexiste, pois, contraste entre formal e material. Todos os direitos e garantias individuais são superiores.

Como muito bem salientou LUIZ ROBERTO BARROSO (*in Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Editora Saraiva, 1996, página 196), " *não há antinomias jurídicas reais, pois serão as eventuais antinomias detectadas sempre aparentes, vale dizer, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela legítima exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese*". Logo, se algo for permitido por um princípio e negado por outro, um dos princípios deverá recuar, o que não significa ter sido considerado nulo ou revogado.

Neste sentido, pode-se, com segurança, sustentar que liberdade e autoridade são situações que se completam. É que a autoridade é tão importante à ordem social como a liberdade ao direito individual. JOSÉ AFONSO DA SILVA, no seu clássico *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª Edição, Malheiros Editora, página 226, é enfático: " *um mínimo de coação há sempre que existir. O problema está em estabelecer, entre a liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão médio possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expressão de sua personalidade*".

Vê-se, ainda, que o mesmo constituinte que estatuiu regime menos rigoroso para as infrações de menor potencial ofensivo (artigo 98, inc. I), adotando o princípio da proporcionalidade, excepcionou o regime de tratamento aos delitos considerados de extrema gravidade, como, aliás, é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, afigurando-se-nos incompatível a estes a aplicação de penas alternativas, que, conforme vimos acima, segundo a Exposição de Motivos do projeto de lei que antecedeu a legislação em comento, foi delineada para delitos de menor gravidade.

Forçoso reconhecer que a interpretação extensiva no caso *sub exame* não pode ser aceita, posto que contrária ao texto da Carta Constitucional e aos demais institutos que compõem o sistema jurídico.

Mas não é só. Em complemento à norma constitucional de eficácia contida acima esposada, foi editada a Lei 8.072/90, denominada Lei dos Crimes Hediondos, que mais uma vez ratificou a posição do legislador constitucional no sentido de equiparar as condutas ali estatuídas como hediondas às relativas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

A citada legislação, no seu artigo 2º, reafirma ser insuscetível de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória o delito de tráfico ilícito de entorpecentes. E mais, o legislador infraconstitucional ainda estabelece no parágrafo 1º do aludido artigo que: " *a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado*."

Essa postura do legislador ordinário retrata a incoerência de se admitir pena alternativa para os delitos de extrema gravidade, como o tráfico ilícito de entorpecentes, mostrando que os institutos e princípios que regem as duas normas são absolutamente inconciliáveis. Senão vejamos: admitindo-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito em casos de tráfico ilícito de entorpecentes, caso o sentenciado descumpra a obrigação, *quid iuris?* Haverá retorno ao *status quo ante*, vale dizer, à pena privativa de liberdade? Caso positivo, terá o sentenciado que cumpri-la em regime integralmente fechado?

Ainda em relação ao tema, dispõe o artigo 35 da Lei 6.368/76 que o condenado não poderá apelar sem recolher-se à prisão. Posteriormente, com a edição da Lei 8.072/90, o legislador estatuiu, no artigo 2º, § 2º, que, em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade. Solicitada a se manifestar sobre a aparente ab-rogação do dispositivo, a Corte Constitucional, mais uma vez, manteve o rigor necessário no tratamento de crimes de extrema gravidade como tráfico ilícito de entorpecentes, afirmando o Min. *Moreira Alves*, relator do *Habeas Corpus* n. 69667-8, publicado no *JSTF-Lex* 177/345 o seguinte, *verbis*:

“... Ora, é princípio elementar de direito que só há ab-rogação de um dispositivo legal quando é ele totalmente incompatível com norma legal que lhe é posterior. No caso, evidentemente isso não ocorre. Com efeito, se havia o preceito anterior, que proibia ao Juiz permitir, quando condenasse o réu com base nos artigos 12 ou 13 da Lei 6368/76, que este apelasse em liberdade, e posteriormente é editada norma jurídica que admite que o juiz permita que o réu condenado por tais crimes apele em liberdade em decisão fundamentada, é evidente que esta norma não é totalmente incompatível com a anterior, mas apenas abrandou, tirando-lhe o caráter de vedação absoluta, por permitir ao Juiz que a afaste se, fundamentadamente, entender que o réu pode apelar em liberdade. O que é absolutamente ilógico é pretender que, do princípio segundo o qual o Juiz, nesses casos, para permitir que o réu apele em liberdade tenha de fundamentar sua decisão, derive, por conseqüências, que, se não entender assim, deverá também fundamentar a determinação do recolhimento a prisão para apelar. Jamais alguém sustentou que, quando a lei exige decisão fundamentada para o recolhimento, à prisão, daí se extrai a conseqüência necessária de que, para não haver esse recolhimento, também seja necessária decisão fundamentada. A exigência de decisão fundamentada para a concessão, ou não, de um benefício

implica a existência, até implícita, do princípio contrário que a razão de ser da necessidade da fundamentação para afastá-lo..."

A chamada Lei dos Crimes Hediondos foi objeto de diversas arguições de inconstitucionalidade, tendo como pano de fundo a invocação do princípio constitucional da individualização da pena. Todavia, o Pretório Excelso, em reiteradas decisões, manifestou-se pela constitucionalidade da lei, valendo destacar acórdão de Sessão Plenária dos Ministros da Suprema Corte, gizado nos seguintes termos, *verbis*:

" Habeas Corpus. Lei dos Crimes Hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8072. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o art. 2º parágrafo 1º da Lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intencionalidade da mesma. Habeas Corpus indeferido por maioria."

(HC nº 69657-1, São Paulo, Tribunal Pleno, 18/12/92)

Certo é que o legislador constitucional, ao deixar para o legislador ordinário a individualização da pena, não o fez de modo incondicional. Ao reverso, fixou parâmetros, ao menos de natureza lógica, separando delitos graves daqueles de menor potencial ofensivo.

Relevante frisar, ainda, que as alterações do Código Penal previstas na Lei 9.714/98 não devem ser aplicadas à legislação especial quando estas dispuserem de forma diversa, conforme expressa disposição do artigo 12 do estatuto repressivo, que assim dispõe:

" As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

No caso em apreço, a sistemática estabelecida para o processo e punição dos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes é incompatível com a substituição por penas alternativas.

A propósito, o eminente jurista DAMÁSIO E. DE JESUS, um dos integrantes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, responsável pela proposta que deu origem ao Projeto de Lei nº 2.684/96, no recente trabalho acerca do tema, "Penas Alternativas" – pág. 48, esclareceu ter encaminhado, juntamente com LUIZ FLÁVIO GOMES, emenda aditiva ao artigo 44, *caput*, nos seguintes termos:

" Art. 44 – As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, cominadas neste Código ou em leis especiais quando..."

Note-se que a preocupação dos ilustres juristas, partidários de um posicionamento mais liberal no que tange a delitos graves, como o tráfico, fazia-se necessária, vez que a doutrina e a jurisprudência já haviam se manifestado quanto à não aplicação de dispositivos gerais do Código Penal a algumas leis especiais, particularmente à Lei 6.368/76. É o caso da multa substitutiva prevista no artigo 60, parágrafo 2º, do Código Penal. Confira-se com a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 70445-0, oriundo do Estado do Rio de Janeiro, publicada no *Diário da Justiça* em 25 de fevereiro de 1994, ementário n.º 1734-1, rel. Min. **Moreira Alves**:

"Ementa: "Habeas Corpus". Interpretação do artigo 60 § 2º, do Código Penal.

O benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa não é cabível quando há cominação cumulativa da pena privativa de liberdade com a pena de multa.

Ademais, a norma do artigo 60, § 2º do Código Penal é regra geral que não se aplica à lei 6368/76, que é especial, porque esta dispõe diferentemente quanto à fixação da pena de multa por ela imposta, não permitindo, portanto, que as duas multas se cumulem pelo mesmo princípio de valor do Código Penal. Incidência de parte final do artigo 12 desse Código. Habeas Corpus indeferido."

Mais uma vez, socorremo-nos da lição do inesquecível mestre CARLOS MAXIMILIANO em obra citada, pág. 135:

" Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especificamente com o assunto de que se trata (2): In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est – " em

toda disposição de Direito o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie”.

Urge acentuar que a aludida emenda não foi aprovada, ratificando o posicionamento da jurisprudência dominante no sentido de que as regras gerais estabelecidas no Código Penal só podem ser aplicadas a leis especiais quando estas não dispuserem de forma diversa, o que não é o caso, eis que se mostram inconciliáveis os institutos da prisão temporária por mais de 30 dias, prorrogáveis por igual período; da inadmissibilidade de fiança ou liberdade provisória; da inadmissibilidade de anistia, graça ou indulto; do cumprimento de pena em regime integralmente fechado e da necessidade de recolher-se à prisão para interpor recurso com aqueles que serviram de pedra fundamental para a criação das penas alternativas.

Segundo o jurista LUIZ FLÁVIO GOMES, in *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Editora Revista dos Tribunais, pág. 112, o principal mote para se concluir pelo cabimento da substituição, inclusive nos casos de crimes hediondos, é o de que eles já admitem o *sursis*, sendo, pois, compatíveis com a substituição.

Ocorre que a tese levantada foi rechaçada pela Corte Constitucional, que, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.697, relatado pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ em 21 de maio de 1999, assim se manifestou, *verbis*:

“ Ementa: Habeas Corpus – Prática de crime hediondo – Condenação a pena de dois (2) anos de reclusão – Pretendida concessão do sursis – Inadmissibilidade – Pedido indeferido. É incabível a concessão do sursis em favor daquele que foi condenado pelo delito de atentado violento ao pudor, ainda que satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos fixados pelo art. 77 do Código Penal, pois, tratando-se de crime hediondo, a sanção privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado”.

Outro argumento utilizado pelos que pretendem estender o benefício das penas alternativas a autores de crimes graves como o tráfico ilícito de entorpecentes é o de que a nova legislação, além de prescrever o cabimento para apenação não superior a 4 anos, amplia, também, os requisitos necessários, ou seja, permite a substituição caso o delito tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Os doutrinadores favoráveis à interpretação extensiva sustentam que a violência, na forma descrita pela Lei 9.714/98, alcança somente a violência física (*vis corporalis*) ou, no caso da grave ameaça, a *vis compulsiva*.

Ousamos discordar. O legislador, ao impedir a substituição por penas alternativas em casos de violência ou grave ameaça à pessoa, valorou negativamen-

te a ação e não o resultado. Assim, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, a valoração negativa da ação, vale dizer, a maior danosidade social de tais condutas, é de tal monta que a violência é presumida, não havendo sequer necessidade de ocorrência de dano, presumido de forma absoluta.

Portanto, não há que se falar na natureza da violência, isto é, real ou presumida, pois o critério a ser utilizado para adoção das penas alternativas deverá ser, *data venia*, o da natureza da infração. Note-se que o bem jurídico protegido no delito de tráfico ilícito de entorpecentes é a saúde pública, sendo certo que a deterioração causada pela droga põe em risco a integridade social.

Importa ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, através da sua Quinta Câmara, em recente Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, datado de 16 de agosto de 1999, decidiu no sentido de ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na hipótese de condenação por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76, conforme ementa a seguir transcrita, *verbis*:

“ Recurso em Habeas Corpus. Penal e Processo Penal. Paciente que respondeu ao processo sob custódia. Condenação no art. 12 da Lei 6368/76. Direito de apelar em liberdade. Vedação legal. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei 9714/98. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade.

Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser preso conservado na prisão. Precedentes.

Firme jurisprudência desta Corte no sentido de que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, razão pela qual é insuscetível de determinados benefícios, dentre os quais o de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, caput, da Lei 8.072/90.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela “Lei das Penas Alternativas” (Lei 9714/98), não alcançam o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei 8.072/90 —de cunho especial — impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90).

Inteligência da Súmula 171 — STJ. Recurso desprovido.”

Outrossim, também oportuno destacar que o Ministério Público, cumprindo seu papel constitucional de defesa da ordem jurídica, conforme expresso

mandamento estabelecido no artigo 127 da Lei Maior, após o XVI Encontro do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, manifestou posição institucional de repúdio à aceitação de substituição de pena privativa de liberdade por penas alternativas em casos de crimes hediondos (Aviso publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Poder Executivo, datado de 5 de julho de 1999, pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro) ao aprovar, dentre outras, a seguinte Súmula:

"I) A Lei nº 9714/98 não é aplicável aos agentes de crimes hediondos, qualquer que seja a pena cominada. Sua ratio não se compraz com a gravidade reconhecida pelo legislador a tais crimes, notadamente no que diz com o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao qual reserva a mais grave reprimenda penal dentre as disponíveis (privação de liberdade), inclusive no tocante ao seu cumprimento (regime integralmente fechado). Ademais, a matéria deve sempre ser prequestionada em razões de apelação, visando à admissibilidade de outras modalidades recursais."

3. Conclusão

O raciocínio acima esposado converge para a política criminal adotada tanto pelo legislador constitucional quanto pelo infraconstitucional e para a própria uniformidade do ordenamento jurídico pátrio, na medida em que, para os delitos hediondos e assemelhados, foram exasperadas as penas e criadas dificuldades para sua progressão, por força da gravidade que apresentam, ao passo que as penas alternativas, conforme vimos na exposição de motivos, foram idealizadas justamente para crimes em situação oposta, ou seja, os de menor gravidade, considerando-se que, diante da constatação da falência da pena de prisão, deve esta ser reservada aos delitos graves, que demandam isolamento social por parte de seus infratores, não se justificando para as demais espécies de crimes.

Por fim, entendemos que o ordenamento jurídico, além da unidade, apresenta-se como um sistema, o qual, segundo NORBERTO BOBBIO, in *Teoria do Ordenamento Jurídico* (Editora UNB), indica " uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si...".

Concluimos, pois, em face de tudo o que foi exposto, que as penas alternativas, criadas como consolidação de uma tendência de aplicar penas não privativas de liberdade a delitos de pequena monta, em atendimento a uma política criminal denominada Direito Penal Mínimo, são incompatíveis com os delitos

graves como o tráfico ilícito de entorpecentes e sua associação para tal finalidade.

Bibliografia:

1. BARROSO, Luiz Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996;
2. BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Novas Penas Alternativas-Análise Político-Criminal das Alterações da Lei 9714/98*, Ed. Saraiva, 1999;
3. BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Editora UNB;
4. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina;
5. CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Sucessão de Leis Penais*, 2ª Edição Revista, Ed. Coimbra;
6. GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Ed. Revista dos Tribunais;
7. JESUS, Damásio Evangelista de, *Penas Alternativas-Anotações à Lei 9714, de 25 de novembro de 1998*, Ed. Saraiva, 1999;
8. JESUS, Damásio Evangelista de, e GOMES, Luiz Flávio, "Lesão Corporal Dolosa Simples e Penas Alternativas", Informativo 75, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais;
9. MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, 15ª Edição;
10. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª Edição, Malheiros Editora.

(*) SIMONE BENÍCIO FEROLLA GUIDA e MARCOS ANDRÉ CHUT são Promotores de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
