

**PENAS ALTERNATIVAS (LEI Nº 9.714/98):
INAPLICABILIDADE A TRAFICANTES**

Odival Cicote*

Dispõe o artigo 44, *caput*, e inciso I, do Código Penal, com a redação que foi dada pela Lei nº 9.714/98, que

“as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando aplicada pena de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.”

São duas, portanto, as hipóteses em que admissíveis as penas substitutivas: a) nos crimes culposos, independentemente da quantidade da pena imposta; e b) nos crimes dolosos, cuja pena aplicada não seja superior a quatro anos, desde que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Os crimes conhecidos como “tráfico de drogas” (artigos 12 e 13 da Lei nº 6.368/76), embora causem graves danos à saúde pública e ofendam profundamente os interesses da sociedade, não são cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (violência física à pessoa – *vis in personam* – é a *vis corpore illata*, o emprego de força sobre o corpo da vítima, ao passo que a violência moral – *vis compulsiva* – é a *vis animo illata*, devendo caracterizar-se, segundo o texto legal, em grave ameaça) e os autores desses crimes raramente são condenados à pena privativa de liberdade superior a quatro anos, já que três anos de reclusão é a pena mínima abstratamente cominada para os tipos.

Assim, o traficante condenado à pena inferior a quatro anos de reclusão tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Esta é a conclusão, a nosso ver precipitada e incorreta, a que tem chegado alguns doutrinadores.

* Mestrando em Direito Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

O erro deve-se primordialmente ao fato de analisarem a questão apenas pelo enfoque do artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP (redação dada pela Lei nº 9.714/98), considerado isoladamente, quando o fato exige uma análise não isolada da norma referida, mas como pertinente a um todo ordenado, sob pena de negarmos o ordenamento jurídico como um sistema *unitário* (porque suas normas estão direta ou indiretamente ligadas a uma norma fundamental, que lhe dá unidade), *coeso* (ausência de incompatibilidade entre suas normas) e *completo* (existência de critérios para decisão de qualquer conflito).

O artigo 2º da Lei nº 8.072/90, ao equiparar o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos, é imperativo, tendo em vista que os autores desse crime são insuscetíveis de: *anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória* (incisos I e II). E ainda: *a pena será cumprida integralmente em regime fechado* (§ 1º).

Existe, portanto, no plano da concreção do Direito, absoluta incompatibilidade entre o preceituado no artigo 2º, incisos I e II, e § 1º, da Lei nº 8.072/90, combinado com o art. 59, inciso III, do CP, e o estatuído no artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98, no que concerne à possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos em substituição a pena privativa de liberdade imposta a condenados por tráfico de entorpecentes e drogas afins. Imposta a pena privativa de liberdade ao réu, como substituí-la por restritiva de direito (art. 44, *caput*, e inciso I, do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98) se existe lei dispondo a obrigatoriedade de se estabelecer o regime fechado para o seu integral cumprimento (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, combinado com o art. 59, inciso III, do CP)?

Como o ordenamento jurídico é um sistema *unitário, coeso e completo*, cumpre ao exégeta extrair dele interpretação conciliatória, de modo que evite a antinomia, e é sob este enfoque que chegaremos à solução juridicamente correta e socialmente justa.

O primeiro ponto de referência na busca da solução adequada é o artigo 12 do Código Penal: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". *A contrario sensu*, dispondo a lei especial de modo diverso, prevalece sobre a geral, ou, em outras palavras, havendo incompatibilidade entre uma norma geral e outra especial, esta prevalece sobre aquela. E por *lei especial*, no sentido do texto legal, entende-se qualquer *lei extravagante*.

Ora, o artigo 44, *caput*, e inciso I, do Código Penal (redação dada pela Lei nº 8.072/90), está inserido na Parte Geral do Código, e ninguém contesta — é o que pensamos —, que se trata de norma geral, aplicável, portanto, a todo e qualquer crime, salvo, evidentemente, se norma especial dispuser de modo diverso (artigo 12 do Código Penal).

O argumento de que o artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP (com a nova redação), não faz distinção entre crimes¹ tem sua dose de importância no desate da

¹ Cf. Mário de Magalhães Papaterra Limongi. *Boletim IBCCrím*, n. 75, p. II. *Encarte Especial*.

questão, não para se concluir por sua aplicação ao condenado por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, mas sim para reafirmar que se trata de norma geral.

O artigo 2º, incisos I e II, e § 1º, da Lei nº 8.072/90, por outro lado, por regular de maneira particular e específica os crimes hediondos e o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, no tocante a matéria que constitui seu conteúdo, é tido como *norma especial*.

Havendo incompatibilidade entre norma de natureza geral e norma de natureza especial, a antinomia é afastada com a prevalência desta sobre aquela. Isto não significa, obviamente, que, no caso concreto ora examinado, a norma especial revoga a geral, nem que esta passa ser uma norma inútil ou que é retirada do ordenamento jurídico. Significa apenas que, em se tratando de antinomia total-parcial, a norma especial retira a matéria que integra seu conteúdo do âmbito de incidência da norma geral, a qual, todavia, tem inteira aplicação aos casos não albergados por aquela.

Surge aqui, porém, uma segunda questão. A Lei nº 9.714/98, que deu nova redação ao artigo 44, *caput* e inciso I, do Código Penal, é posterior à Lei nº 8.072/90, e provavelmente surgirá alguém para sustentar que a *lex posteriori* derogou a anterior, desde que com ela incompatível. O exame necessário, neste passo, é o do conflito de leis no tempo, sendo *especial*, a anterior, e *geral*, a posterior. Mais precisamente, a norma geral posterior revoga a norma especial anterior?

A resposta a essa indagação é negativa: *lex posteriori generalis non derogat priori speciali*. É de Norberto Bobbio, que é reconhecidamente um dos maiores pensadores italianos da atualidade, a seguinte lição sobre o assunto:

“Conflito entre critério de especialidade e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério de especialidade, dá-se preponderância à primeira norma, aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral que soa assim: Lex posterior generalis non derogat priori speciali. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente”. (Bobbio, 1995, p.108).²

Essa fundamentação jurídica, portanto, parece-nos suficiente para afastar definitivamente a aplicação das penas restritivas de direito (artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98), em substituição à pena privativa de liberdade impostas a condenados por tráfico ilícito de drogas.

Alguns sustentam a inexistência de incompatibilidade, com a seguinte fundamentação: o artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP (com a redação dada pela Lei nº 9.714/98), trata da aplicação de penas alternativas, ao passo que o artigo 2º, incisos I e II e § 1º, da Lei nº 8.072/90, cuida do regime da pena privativa de liberdade;

² Nesse mesmo sentido, cf. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio, 1994, p.211.

ODIVAL CICOTE

assim, este dispositivo só tem aplicação caso imposta a pena privativa de liberdade, de modo que não existe nenhuma incompatibilidade ou obstáculo à aplicação das penas restritivas, não privativas de liberdade.³

Argumentação semelhante, apesar de sedutora, não pode ser acolhida. O raciocínio é simples: as penas restritivas de direitos previstas no artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP (com a redação dada pela Lei nº 9.714/98), são alternativas e como tais pressupõem a aplicação da pena privativa de liberdade. Aplicada esta ao réu, o juiz se depara com o conflito de duas normas, uma de natureza especial e outra de natureza genérica.

A norma de *natureza especial* determina que a pena privativa de liberdade concretamente imposta, independentemente da sua quantificação, seja cumprida em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90) – ao impor a pena privativa de liberdade o juiz deve estabelecer o regime (art. 59, inciso III, do CP), que no caso é obrigatoriamente fechado. A outra norma, de *natureza genérica*, autoriza o juiz, dependendo do *quantum* estabelecido, a substituí-la por pena não privativa de liberdade.

O conflito aparente de normas parece-nos de uma clareza solar diante desse quadro (fixar obrigatoriamente o regime fechado para a pena concretamente imposta e substituí-la por restritivas de direitos são coisas que se repelem, incompatíveis entre si) e há de ser resolvido pela aplicação do princípio da especialidade.

Em síntese: ao impor concretamente a pena privativa de liberdade, entre as duas alternativas que se colocam ao juiz no momento seguinte (estabelecer o regime fechado ou substituí-la por restritivas de direitos), não há como fugir da primeira – fixação do regime fechado para o cumprimento –, por decorrer de imperativo de norma especial (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, combinado com o artigo 59, inciso III, do CP), circunstância que afasta a incidência, no caso, do disposto no artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98 (norma geral).

Existe, porém, outro decisivo argumento. O legislador ordinário, ao disciplinar a aplicação das penas restritivas de direito em substituição à pena privativa de liberdade imposta a criminosos condenados por crimes não violentos, adotou o critério da pena imposta como dado decisivo da substituição (artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP, redação dada pela Lei nº 9.714/98).

A Constituição Federal, por outro lado, ordena, pelo Capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos, que a lei ordinária considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de crimes hediondos e do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (artigo 5º, inciso XLIII). Isso significa dizer que, inde-

³ Nesse sentido, cf. STJ, HC nº 8.753, 6ª Turma, rel. min. Vicente Cericchiari, DJU de 17.05.99, p.244; STJ, Resp. n. 80.046-SP, rel. min. Vicente Leal, DJU de 06.09.99, p.138; TRG – 4ª Região, ACRIM n. 1998.04.01.091626-2/RS, 2ª Turma, rel. Julz Vison Darós, DJU de 12.05.99, p. 358; TJSC, Acrim n. 99.002222-6, 2ª Cam. Rel. des. Nilton Machado, J. 20.04.99; Luiz Antonio Guimarães Marrey, então Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo – v. *Folha de São Paulo e O Globo* de 25.11.98. Cf. também Damásio E. de Jesus (1999, p.95); Francisco de Assis de Toledo (1999, p.146); Luiz Vicente Cericchiari (Direito & Justiça. *Correio Brasileiro*, 16.08.99, p.2); Mario de Magalhães Papaterra LImongi (Boletim IBCCrIm, n.75, p.2, fev. 99); Alexandre Victor Carvalho e Antonio de Padova Marqui Junior (Boletim IBCCrIm, n.80, p.4, jul. 99) e Luiz Flávio Gomes (1999, p.111 et seq.).

pendentemente da pena cominada ou aplicada (fica, portanto, afastado o critério da quantificação da pena), os fatos hipotéticos tipificadores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins foram valorados pelo legislador constituinte e considerados como crimes de suma gravidade. Ninguém ignora, aliás, que eles obedecem a certa organização, com participação de várias pessoas, cada qual com papel próprio na sua concretização, causa base de inúmeros outros delitos (chacinas, furtos, assaltos etc.), que eles corrompem e destróem nossa juventude, corroem e colocam em risco a sociedade, merecendo, por isso, por parte do legislador ordinário, tratamento diferenciado, independentemente, diga-se ainda uma vez, da quantidade da pena abstratamente cominada ou concretamente imposta. É esse tratamento diferenciado veio com o artigo 2º, incisos I e II, e § 1º, da Lei nº 8.072/90 (norma especial), conforme já analisado.

Assim sendo, existe também conflito de critérios de valoração dos fatos pela norma especial (critério da natureza do crime) e norma geral (critério da quantificação da pena).

Se pela *norma especial* os fatos que tipificam o crime de tráfico de entorpecentes foi considerado de especial gravidade, independentemente do *quantum* da pena imposta (adotou-se, portanto, o critério da natureza do crime, ficando afastado o critério da quantificação da pena), seus autores tornam-se insuscetíveis de serem agraciados com qualquer benefício, especialmente o de cumprirem pena em liberdade. Esta é a vontade clara das normas especiais que disciplinam a questão, sendo até mesmo uma delas de natureza constitucional (artigos 5º, inciso XLIII, da CF e 2º, incisos I e II e § 1º da Lei nº 8.072/90). Torna-se evidente que tal categoria de criminosos não poderá ser agraciada com o cumprimento da pena em liberdade, mediante mecanismo da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, introduzido por *norma genérica* (artigo 44, *caput*, e inciso I, do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98), a qual, caminhando na contramão do sentido imprimido pela legislação especial, levou em consideração apenas o critério da quantificação da pena.

É forçoso concluir, portanto, que o nosso ordenamento jurídico veda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito aos condenados por crimes definidos nos artigos 12 e 13 da Lei nº 6.368/78 (tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias afins).

Há quem argumente, para afastar os traficantes da área de incidência do novo diploma legal, com o disposto no artigo 44, inciso III, do CP (com a nova redação). Segundo tal artigo, a substituição somente será permitida quando, além dos demais requisitos, a personalidade do condenado e os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente.

Considerando que esse tipo de delinqüente comete o crime “apenas em busca de lucros financeiros, sem qualquer pudor em relação a toda gama de malefícios que traz à sociedade” e também porque “O traficante, de grande ou pequeno porte

(já que os esforços se unem para que o tóxico chegue ao destinatário final), é um dos responsáveis diretos pela onda de crimes que avassala o país...” (Gonçalves, 1999, p.5), a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito não é medida suficiente para a repressão e prevenção do crime.

De fato, a experiência forense tem mostrado que o traficante, por razões que não cabem aqui discutir, cumpre a pena no cárcere e, ao ganhar a liberdade, volta a traficar, de modo que a sociedade só se livra dele durante o período de segregação corporal. Por isso, é inquestionável que as penas restritivas de direitos são absolutamente insuficientes para a defesa da sociedade contra o tráfico de entorpecentes.

Tal argumentação, contudo, apesar de politicamente correta e socialmente justa, encontra obstáculo, a nosso ver, na própria lei. O critério da personalidade e dos motivos do agente é pessoal e subjetivo, não podendo ser generalizado e tampouco confundido com a natureza do crime (*critério objetivo*), a ponto de alcançar indiscriminadamente todos os autores e partícipes dos crimes definidos nos artigos 12 e 13 da Lei nº 6.368/76.

Apenas para exemplificar, grande parte dos traficantes (os pequenos traficantes ou distribuidores de droga) não praticam o crime com o fim de lucro, mas porque são viciados e dependentes de droga, e violam a norma penal por uma necessidade psicológica quase que invencível de satisfazer o próprio vício. O critério das circunstâncias do crime já foi objeto de concreta valoração pelo juiz, no ato da fixação da pena privativa de liberdade (artigo 59 do CP), estando, assim, já compreendido no critério da quantificação adotado pela Lei nº 9.714/98 (antes, já fora objeto de valoração legislativa no estabelecimento da pena em abstrato e das circunstâncias qualificadoras).

Se este último argumento não está, portanto, imune a questionamento do ponto de vista estritamente jurídico, os outros que o antecederam parece-nos decisivos, considerando uma clara conclusão de que, como já anotado, nosso ordenamento jurídico não permite a substituição da pena privativa de liberdade imposta por crimes de tráfico de entorpecentes e substâncias afins (artigos 12 e 13 da Lei nº 6.368/76) por penas restritivas de direitos (art. 44 do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98).

Felizmente, no sentido do não-cabimento, tem se pronunciado o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.⁴ Em consonância com este entendimento, também já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

“Tráfico de Tóxicos – Regime prisional – Art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 – Penas substitutivas – Lei nº 9.714/87 – não revogação.

I – O disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 não é inconstitucional (Precedentes do Pretório Excelso).

⁴ Cf., dentre outros acórdãos, o proferido na Apelação Criminal n. 264.454-3/9, da Comarca de São Paulo, Primeira Câmara de Férias, j. de 18.01.99, relatado pelo eminente Desembargador Almeida Sampaio, v.u.

II – A alteração genérica da legislação, sem explicitação acerca das leis especiais, não pode revogar textos destas últimas (*lex generalis non derogat lex specialis*) ex vi, também, artigo 12, do Código Penal.

III – A Lei nº 9.714/98, que modificou dispositivos legais do Código Penal, não afetou a forma de execução penal preconizada na Lei nº 8.072/90 (artigo 2º, § 1º).⁶

Referências Bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1995.
- CARVALHO, Alexandre Victor, MARQUI JUNIOR, Antonio de Padova. Lei nº 9.714/98: Efeitos em relação à execução da pena privativa de liberdade aplicada aos condenados por crimes hediondos e assemelhados. *Boletim IBCCrim*, n.80, ano 6, p.4, jul.1999.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito & Justiça. *Correio Brasiliense*, Brasília, p.2. 16 ago. 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. O âmbito de incidência da Lei nº 9.714/98. *Boletim IBCCrim*, n.75, ano 6, p.5, fev.1999. Encarte Especial.
- JESUS, Damásio E. de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LIMONGI, Mário de Magalhães Papaterra. As penas alternativas e o traficante. *Boletim IBCCrim*, n.75, ano 6, p.2, fev. 1999. Encarte especial.
- TOLEDO, Francisco de Assis de. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentário às penas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁶ STJ – 5ª Turma – HC n. 9.694-SP – Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.09.99 – DJU 18.10.99, p.244.

