

## **SEM REVISÃO**

# **O crime de tráfico de entorpecente e a aplicação das penas restritivas de direitos**

Jorge Assaf Maluly

Promotor de Justiça – SP

---

1. A introdução no ordenamento jurídico da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, alterando o Código Penal e dispondo das penas restritivas de direitos, deu origem à polêmica da possibilidade ou não de aplicação destas sanções alternativas ao responsável pela prática de tráfico de entorpecente. Dispõe o artigo 44 do Código Penal, com sua nova redação determinada pela referida lei, que as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, quando: a) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; b) o réu não for reincidente em crime doloso; c) 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. No contexto de uma interpretação restrita deste dispositivo, o operador do direito pode concluir afirmativamente sobre a substituição. Contudo, o debate instalado não se resolve com a literalidade deste artigo do Código Penal.

2. A Exposição de Motivos do então Projeto de Lei (nº 689, de 18.12.1996) justifica a ampliação das penas alternativas com o argumento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Evidencia-se por este texto que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos tem aplicação somente para os crimes de menor gravidade, nos quais a pena de prisão não é necessária para sua prevenção.

Por outro lado, a Constituição Federal considera o tráfico de entorpecentes um delito assemelhado aos crimes hediondos, pela sua reconhecida periculosidade à Sociedade, e estabelece a mesma restrição de direitos e garantias (CF, art. 5º, inciso XLIII): inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Nesse esteio, a Lei nº 8.072, de 25.7.1990, reafirmou as vedações constitucionais, ampliando-as, inclusive, para proibir a concessão de indulto e de qualquer modalidade de liberdade provisória (art. 2º, incisos I e II), e, além disso, determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta integralmente no regime prisional fechado (art. 2º, § 1º).

Este tratamento mais rigoroso, que a norma constitucional e a legislação especial determinam ao transgressor da norma penal, é de todo incompatível com a aplicação da pena alternativa, reservada apenas aos crimes de menor gravidade conforme salientado *supra*. De fato, não é possível conciliar a fixação da pena restritiva de direitos, por exemplo, ao condenado que foi mantido preso durante todo processo em face da proibição constitucional de concessão de fiança.

É intuitivo também, pela redação do art. 44, inc. I, do Código Penal, que a quantidade da pena aplicada não é requisito preponderante na substituição, uma vez que se o delito for praticado com violência ou grave ameaça, o condenado não fará jus à sanção alternativa. Apesar da violência ou grave ameaça não integrarem o tipo do tráfico e ser este crime contra a saúde pública, não se pode olvidar a existência de organizações criminosas voltadas para a sua prática, responsáveis por uma das mais violentas formas de criminalidade que flagelam a sociedade.

Desta incompatibilidade aparente das normas conclui-se que a pena alternativa é somente aplicável à pequena e à média criminalidade, e não aos crimes de grande gravidade como o tráfico de drogas, aos quais deve ser reservada a pena de prisão (cf. Jorge Figueiredo Dias, “Direito Penal português – As conseqüências jurídicas do crime”, Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, 1993, pág. 328). E sobre este aspecto é oportuno ressaltar que a manifesta periculosidade do tráfico de entorpecentes não decorre da quantidade da pena prevista no tipo penal, e que pode servir como argumento para a fixação da pena alternativa (desde que não aplicada pena superior a quatro anos), mas da própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), que entendeu necessário restringir direitos e garantias para assegurar a proteção de outros bem jurídicos considerados essenciais ao desenvolvimento pacífico da sociedade democrática (cf. José Miguel Sardinha, “O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em Processo Penal”, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pág. 23).

**3.** Soma-se a este argumento o seguinte: a Lei de Tóxicos e a Lei dos Crimes Hediondos são especiais e a incompatibilidade apontada faz incidir a vedação que decorre da parte final do art. 12 do Código Penal: “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Ora, se a Lei de Crimes Hediondos reserva aos responsáveis pelo tráfico de entorpecente a restrição de benefícios processuais e de outros de natureza substantiva, que alcançam a própria execução da pena, não é válido concluir que, de modo diverso, a pena prisional pode ser substituída, quando há determinação para seu cumprimento integral no regime fechado.

E, na verdade, a Jurisprudência já vivenciou semelhante debate pela concessão ou não do benefício da substituição da pena privativa de liberdade, de até seis meses, pela de multa (cf. o art. 60, § 2º, do CP) no caso de condenação pelo crime de posse de entorpecente para uso próprio (art. 16 da Lei nº 6.368/76). A controvérsia resultou na Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça, que vetou essa possibilidade, nos seguintes termos: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que não cabe a aplicação da pena alternativa, quando há, originariamente no tipo penal, imposição cumulativa da pena de prisão com a sanção pecuniária (v. HC nº 74.842-2/SP), Rel. Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 13.2.1998; HC nº 70.445-RJ, Rel. Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, RTJ 152/845).

**4.** Mas não é só. Para o aparente confronto entre as normas (lei especial e regra geral) o ordenamento jurídico oferece soluções. Com este propósito, pode ser colacionada a oportuna lição de Norberto Bobbio (cf. “Teoria do ordenamento jurídico”, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1996, 7ª ed., pág. 108), quando trata da revogação do direito, no sentido de que “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”.

Este preceito clássico pode ser excepcionado, se a regra geral foi concebida com o intuito claro de excluir a lei especial (cf. Carlos Maximiliano, “Hermenêutica e aplicação do direito”, Rio de Janeiro, Forense, 1996, 16ª ed., pág. 360), de modo a exigir do intérprete um exame comparativo entre as duas normas para resolver a aparente antinomia (cf. Juarez Freitas, “A interpretação sistemática do direito”, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pág. 74). Contudo, no caso em testilha, a severidade com que a Constituição Federal cuida do crime de tráfico de entorpecentes (restrições a direitos e garantias) e o objetivo pelo qual foi concebida a aplicação das penas alternativas, apenas para os delitos de menor gravidade, a substituição não pode ser admitida.