

# A Impossibilidade da Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos nos Crimes de Tráfico de Drogas

Carlos José Alves de Araújo\*

*“(…) a venda e uso de substância entorpecente no seio da sociedade é um dos mais arrasadores males da modernidade. Todos perdem. Perde o próprio indivíduo, que vê ser a saúde e seus laços sentimentais cada vez mais frágeis. Perdem as famílias, pois seus membros se desviam pelas veredas do crime. Perde o Estado, pois inúmeras pessoas em plena capacidade produtiva precisam ser encarceradas ou tratadas para só depois poderem voltar a exercer atividades produtivas.” (trecho do voto do Des. Ruy Mendes de Queiroz - Apelação Criminal n.º 2002.001651-0, julgada em 06 de maio do corrente exercício, pela 1.ª Câmara Criminal, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas).*

*Sumário:* 1. Introdução; 2. O contra-senso da substituição de pena restritiva de liberdade por restritiva de direito em se tratando de crime hediondo; 3. A orientação do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema; 4. Lex generalis no derogat lex specialis; 5. Incompatibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, em caso de tráfico de drogas, face à interpretação sistemática da lei 9.714/98 no conjunto das normas constitucionais e infraconstitucionais regentes da matéria; 6. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal; 7. Conclusão

## 1. Introdução

No curto período em que estivemos oficiando junto à Vara de Entorpecentes em Manaus deparamo-nos com a seguinte situação: Os condenados por tráfico de drogas (artigo 12, *caput*, da Lei 6.368/76) a pena de até 04 (quatro) anos têm à pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime integralmente fechado, preconizada no artigo 2.º, § 1.º da Lei 8.072/1990, substituída por duas restritivas de direitos, com fundamento na Lei 9.714/1998, consistente em prestação de

\*Promotor de Justiça de Manacapuru/AM

serviços à comunidade e limitação de fim de semana (art. 43, incisos IV e VI, do Código Penal).

Tal substituição entendemos indevida e nega vigência ao artigo 2.º, *caput* e § 1.º, da Lei 8.072/1990. As decisões judiciais questionadas geralmente são vazadas nos seguintes termos: “Diante do exposto e por tudo mais que consta dos autos, julgo PROCEDENTE a denúncia, para CONDENAR FULANO DE TAL à pena de 4 (quatro) anos de reclusão em regime integralmente fechado, substituída por duas restritivas de direitos, 3 (três) anos de prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas e limitação de fim de semana, e pagamento de 70 (setenta) dias multa, na forma já calculada, por infringência ao artigo 12, “caput”, c/c 18, III, da Lei 6.368/76, conforme fundamentação...”.

Tal decisão além de negar vigência ao artigo 2.º, *caput*, e § 1.º da Lei dos Crimes Hediondos, fere ainda o artigo 12 do Código Penal, pois a Lei 6.368/76 é especial, devendo, portanto, ser observado o princípio *lex specialis derogat lex generalis*, pois as alterações introduzidas pela Lei 9.714/98 - norma de caráter genérico - não alcançam o crime de tráfico 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.

## 2. O *contra-senso* da substituição de pena restritiva de liberdade por restritiva de direito em se tratando de crime hediondo

*Permissa venia*, não nos parece coerente a decisão acima mencionada, no ponto relativo à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, levando-se em conta a lógica do sistema processual penal brasileiro, mormente com o advento da Lei 8.072/90, que procurou apenar com maior rigor os crimes que considerou hediondos e os a eles equiparados, como é o caso vertente, do tráfico de drogas.

A Lei 8.072/90, no seu artigo 2.º, *caput*, preconiza que o tráfico ilícito de entorpecentes é insuscetível de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória (incisos I e II). E previu isso, porque considera tais crimes gravíssimos, causadores de violação significativa da ordem jurídica, decorrendo deste entendimento, dessa concepção preventiva do crime, o estabelecimento do regime de cumprimento de pena integralmente fechado (§ 1.º, do artigo 2.º), tanto

que lê claramente na decisão citada que *o réu foi condenado a quatro anos de reclusão para cumprir pena em regime integralmente fechado*. Ora, como vai prestar serviços à comunidade “no regime integralmente fechado”? Muito embora tenha havido questionamento sobre a constitucionalidade de tal dispositivo (art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90), o Supremo Tribunal Federal declarou ser o mesmo compatível com a Constituição, estando, portanto vedada até mesmo a progressão de regime: “**A pena para o crime considerado hediondo pela Lei 8.072, deve ser cumprida em regime fechado, por força de expressa determinação legal, não se aplicando o art. 33, § 2.º, a, do CP.**” (STF – HC 70.044-6 – Rel. Min. Paulo Brossard – DJU 7.5.93, p. 8.330).

O Superior Tribunal de Justiça também tem o mesmo entendimento, já pacificado, inclusive: “**Os condenados pela prática de crime hediondo deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (precedentes do STF e desta Corte)**” (STJ – RHC 5.345 – Rel. Min. Assis Toledo – DJU de 27.5.96, p. 17.881). Tem-se assim, que a duas Cortes Supremas da Nação entendem ser constitucionais as previsões acima, tanto em relação ao cumprimento de pena em regime integralmente fechado, quanto em relação à impossibilidade da liberdade provisória, fiança etc.

Onde está o contra-senso da substituição de pena realizada pelo digno magistrado? A resposta merece a exemplificação do que acontece geralmente nos processos desta natureza: O indivíduo quando é preso em flagrante por tráfico de drogas (artigo 12, *caput*, da Lei 6.368/76), tendo em vista o disposto no artigo 2.º, inciso II, não se concede a ele liberdade provisória (com ônus ou sem ônus monetário), portanto, durante a instrução criminal, *que pode durar até 228 (duzentos e vinte e oito) dias*, conforme já decidiu a 1.ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça (HC 2003.000041-0 – j. em 15.04.2003, Rel. Desembargador Roberto Hermidas de Aragão), **o réu permanece preso**, mesmo que tenha bons antecedentes, seja primário, residência fixa, etc., mas se for condenado, *verbi gratia*, a uma pena de até 04 (quatro) anos, aplica-se (indevidamente) uma substituição de pena, e – **num passe de mágica** - o réu, condenado a 04 anos de reclusão por tráfico de drogas, está “solto”, *para prestar serviços à comunidade*. Ora, porque então permaneceu preso durante toda instrução criminal, sem direito à liberdade provisória, fiança etc? Ora, quando o inquérito é distribuído na Capital do Amazonas, na maioria das vezes, já se sabe se o réu é primário e já se pode prever a pena que vai ser

aplicada em caso de condenação, ou seja, quando se inicia a instrução criminal geralmente já se sabe que o réu, se for condenado, receberá a pena mínima (03 anos). Pergunta-se *por que então mantê-lo preso durante a instrução criminal, sem direito à liberdade provisória, fiança, etc, se já se sabe que, em caso de condenação, o mesmo vai ser solto, para prestar serviços à comunidade?*

### 3. A orientação do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema

A decisão que concede a substituição de pena, conforme acima foi exposta, como diz o brocardo latino, “*colorem habent, substantiam vero nullam*”, ou seja, tem aparência mas não possui substância, pois cita uma jurisprudência superada há muito no Superior Tribunal de Justiça. Na decisão o distinto magistrado prolator cita o acórdão que diz o seguinte: “O crime hediondo não é óbice à substituição. A Lei exaustivamente relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44)” (STJ, HC 8.753-RJ – DJU 17.5.99, P. 244). Esse acórdão, é bom que se diga, é da 6.<sup>a</sup> Turma do STJ do qual foi relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, e votaram os Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Isso ocorreu em 15/04/1999 (*dia do julgamento*). Aliás, o referido acórdão é uma raridade do Superior Tribunal de Justiça, pois é posição hoje isolada do Ministro-Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, já que a 6.<sup>a</sup> Turma mudou esse posicionamento posteriormente, no HC 11041-SP, julgado em 16/12/1999, sendo relator o Ministro Fernando Gonçalves e também participou da votação o Ministro Vicente Leal, assim decidindo a 6.<sup>a</sup> Turma do STJ:

HABEAS CORPUS N 11.041 - SAO PAULO  
RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES  
IMPETRANTE: FERNANDO DE OLIVEIRA SILVA FILHO  
IMPDO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACTE: HERNANI MARTINS DA SILVA (PRESO)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DILAÇÃO PROBATÓRIA IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

ART. 44, DO CP. CRIME HEDIONDO.

INAPLICABILIDADE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA. 1 - Dizer da contradição de depoimentos é matéria não condizente com a via eleita augusta por excelência, onde não há espaço para incursão na seara fático-probatória, indispensável para a resolução de questões deste jaez. 2 - O art. 44, do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 9.714/98, não se aplica aos crimes hediondos, razão pela qual o paciente, condenado por tráfico de entorpecentes, não tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 3 - Se o paciente foi preso em flagrante delito e enclausurado ficou durante toda a instrução criminal, pela prática descrita no art. 12, da Lei nº 6368176, impõe-se manter o seu status libertatis, à mingua de qualquer fato novo que pudesse ensejar a sua liberdade. 4 - Ordem denegada.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Hamilton Carvalhido e Vicente Leal. Ausentes, por motivo de licença, o Ministro William Patterson e, justificadamente, o Ministro Fontes de Alencar.

Brasília, 16 de dezembro de 1999. (grifos nossos)

Como se vê no julgado acima, 08 (oito) meses depois do julgamento do HC 8753-RJ, citado na r. sentença do douto magistrado, a 6.ª Turma do STJ, que não tem compromisso com o erro, **mudou o entendimento quanto à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito**, na forma do acórdão acima e nas decisões posteriores, conforme se vê abaixo:

PENA. EXECUÇÃO PENAL. TÓXICOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9.714/98 (PENAS ALTERNATIVAS). PRECEDENTES DO STJ.

EMENTA OFICIAL: Execução penal. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Tráfico de entorpecentes. Impossibilidade. As alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes (crime hediondo), cujo cumprimento da pena é em regime integralmente fechado. Impossibilitada, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Precedentes. Ordem denegada. (HC 12.472 - MG 2000/0020701-2) - Rel. Min. Jorge Scartezzini - J. em 15.06.2000 - DJ 27.11.2000 - STJ).

TÓXICOS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA ALTERNATIVA. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI 9.714/98. CP, ART. 12. A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do art. 12, do CP ('As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso'). (STJ - HC 13.885 - SC - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - J. em 19.09.00 - DJ 05.02.01). - os grifos não constam no original.

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL - CONDENAÇÃO POR TRAFICO DE ENTORPECENTES - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS - EXAME INVIÁVEL - APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - TEMPESTIVIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS - PROGRESSÃO DE REGIME - IMPOSSIBILIDADE. '(...) As alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/1998), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes (crime hediondo), cujo cumprimento da pena é em regime integralmente fechado. Impossibilitada, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos...' Precedentes, Recuso desprovido.' (Recurso Especial n.º 251.753 - RS - Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 5.ª Turma do STJ, decisão por

unanimidade, participaram da votação e votaram com o relator os Ministros José Arnaldo, Félix Ficher, Gilson Dipp) – os grifos são nossos

O voto do eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca evidencia bem o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao *thema decidendum*. Assim externou-se o voto:

O Exmo. Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Qual visto, a presente impetração tem por escopo o deferir-se ao paciente - condenado por tráfico ilícito de entorpecente - a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor da nova redação do art. 44 do CP. dada pela Lei 9.714/98. Todavia, a súplica não merece acolhida. **É que, em face do princípio da especialidade, consubstanciado no brocardo *Lex specialis derogat lex generalis*, as alterações introduzidas pela Lei 9.714/98 - norma de caráter genérico - não alcançam o crime de tráfico 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. Logo, a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos seria absolutamente incompatível com o disposto no § 1.º, do art. 2.º da Lei 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi declarada à Excelso Pretório. Por outro lado, segundo o princípio da especialidade, dispõe o art. 12 do Código Penal, *verbis*: ‘As regras gerais deste Código aplicam-se aos, fatos incriminados por lei especial se esta não depuser de modo diverso’. Assim, por força desse dispositivo, mesmo que haja regra geral do Código Penal não será aplicável quando a lei especial dispõe de forma diferente, como acontece no caso dos autos para o qual a Lei dos Crimes Hediondos preconiza forma especial para a execução da pena que deverá ser cumprida integralmente em regime fechado. Ademais, ainda em atenção ao citado princípio da especialidade, esta Corte editou a Sumula de n.º 171, a qual, *mutatis mutandis*, aplica-se ao presente caso: Súmula 171-STJ. ‘Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.’ Ademais, sobre o tema esta Quinta Turma**

já se manifestou quando do julgamento do RHC 8.620/PR, de que fui relator, julgado na assentada de 08 de junho último. Eis a ementa do aresto: 'RECURSO EM HABEAS CORPUS PENAL E PROCESSO PENAL, PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO SOB CUSTÓDIA, CONDENAÇÃO NO ART. 12 DA LEI 6368/16. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. REDAÇÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, ART 44 DO CP LEI 9.714/98 - 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 o 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. 20 caput, da Lei 8.072/90. *À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzida no Código Penal pela Lei das 'Penas Alternativas' (Lei 9.714/98), não alcançam o crime de tráfico 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 § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90).* Inteligência da Súm. 171-STJ. Recurso desprovido.' À vista do exposto, denego a ordem. (HC 00009271-RJ - 5.ª Turma do STJ - julgado em 05/08/1999, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. A Turma, *por unanimidade*, denegou o pedido. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.) - os grifos não constam no original.

Os Tribunais do País estão pacificando o mesmo entendimento, como se vê nos julgados abaixo transcritos, *ad litteris et verbis*:

TÓXICOS. PENA. LEI 9.714/98. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO CP, ART. 44. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INADMISSIBILIDADE. LEI 8.072/90, ART. 20, § 10. INTELIGÊNCIA. À luz do princípio da especialidade, as alterações introduzidas no art. 44 do CP pela Lei 9.714/98, no tocante às penas alternativas, não alcançam os crimes hediondos e os a eles equiparados, sendo inadmissível se conceder a substituição de pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos a réu condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que a Lei 8.072/90 - de cunho especial -, em seu art. 2.º, § 1.º, impõe o cumprimento da pena por tal crime em regime integralmente fechado. (TJMG - HC 166329 - Belo Horizonte - Rel. Des. Edelberto Santiago - j. em 09.11.99 - DJ 16.02.00).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RÉS PRESAS EM FLAGRANTE DELITO COM 32.987 G DE MACONHA ACONDICIONADA EM DIVERSOS PACOTES E ARMAZENADA CAMUFLADAMENTE NA PARTE INFERIOR DE DUAS CAIXAS. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE AUTORIA E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PROVA CONDENATÓRIA FUNDADA NOS DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES DOS AGENTES DA POLÍCIA FEDERAL QUE PARTICIPARAM DA DILIGÊNCIA E DECLARAÇÃO DE UMA MENOR, QUE ACOMPANHAVA UMA DAS CO-RÉS QUE ENCONTRAM TOTAL APOIO NO RESTANTE DO ELENCO PROBATÓRIO PRODUZIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 37 DA LEI 6.368/76. VALIDADE. INVIABILIDADE DO PLEITO ABSOLUTÓRIO. O testemunho dos policiais que efetuaram a prisão das rés é válido, ainda mais quando coadunado com os demais elementos de prova coligidos. Pequenas divergências nos depoimentos dos policiais são perfeitamente compreensíveis e, desde que não afetem a essência do que contêm, não elidem a robusta prova condenatória. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A substituição preconizada no art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi

dada pela Lei n.º 9.714/98, não é compatível com a prática de crimes considerados hediondos, ainda mais porque o art. 12 do CP veda a aplicação do dispositivo que for de encontro ao previsto diversamente em lei especial, no caso a Lei n.º 8.072/90. (Ap. Crim. 2001.001497-7, de Florianópolis - SC. Rel. Des. Genésio Nomi).

O elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, é incompatível com a política criminal descaracterizadora adotada pela Lei 9.714/98 (A. Cr. 99.014047-4, rel. Des. Alberto Costa, TJSC).

#### 4. *Lex generalis no derogat lex specialis*

É princípio do sistema penal e processual penal que a lei geral não revoga a lei especial. Não se trata de interpretação pessoal e sim de disposição legal explícita no artigo 12 do Código Penal. A não incidência do artigo 44 do Código Penal no crime previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76 é clara como a luz do sol. Não há dúvidas de que a Lei n.º 8.072/90 é especial. Com efeito, **prevendo a lei de Crimes Hediondos regime integralmente fechado para cumprimento de pena privativa de liberdade há, sem qualquer dúvida, inaplicabilidade do art. 44 do Código Penal, ante a existência de lei especial.** É corriqueiro no meio jurídico que quando o Código e a lei especial ditam regras gerais sobre o mesmo assunto, *o conflito aparente de normas é solucionado pelo princípio da especialidade*: a regra geral contida na lei especial prevalece sobre a determinada pelo estatuto repressivo. Assim, as normas contidas nos artigos 1.º a 120 do Código Penal, mais as não incriminadoras previstas na parte especial, são aplicáveis a toda legislação especial, **salvo exceção expressa.**

Com tais termos, o legislador mostrou, de forma inequívoca, que o Direito Penal fora da codificação não representa um corpo estranho em relação ao próprio estatuto penal. Entre as leis penais especiais e as regras contidas na Parte Geral, permeia um vínculo bastante estreito a consolidar uma unidade interna. O texto legal justifica a realidade dessa união e põe em destaque os dois princípios que estão, logicamente

conectados: de um lado, o princípio da primazia da conceito da lei penal especial quando colide com as regras da Parte Geral do Código Penal; de outro, o **princípio da supletividade** das normas gerais do Código Penal, que as estendem às leis penais especiais se estas se mostram silentes e nada dispõem a respeito. A combinação dos dois princípios lógicos lança, sem dúvida, o liame que permite concatenar o Direito Penal codificado ao Direito Penal não codificado. A norma do artigo 12 do Código Penal atende a idéia de unificar, de combinar, todo o contexto legislativo penal na medida em que as regras gerais ou comuns se aplicam às matérias regidas pelos preceitos especiais em tudo o que estes não anteviram ou não se opuseram.

Como já se disse, todo este regramento especial ao crime de narcotráfico traz à baila a norma do art. 12 do Código Penal, de uníssona interpretação doutrinária: “As regras gerais do Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se este não dispuser de modo diverso”. Deste dispositivo decorrem dois princípios que estão logicamente conectados: princípio da primazia da lei penal especial, quando seu comando colidir com regra da parte geral do Código Penal e princípio da supletividade das normas gerais do Código Penal, que os estendem às leis penais especiais nos casos em que estas se mostram silentes a respeito do assunto. A combinação dos dois princípios lógicos lança a ponte que permite relacionar o Direito Penal codificado ao Direito Penal não codificado.

Sendo indiscutível, portanto, que a Lei de Crimes Hediondos trata-se de Lei Especial e, ainda, que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma preconizada pelo art. 44 do Código Penal, é incompatível com a forma de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado estabelecida naquela legislação especial, não resta dúvida que este dispositivo penal, enquanto regra geral do Código Penal, não estenderá seus efeitos à Lei de Crimes Hediondos, norma especial reguladora da matéria. *Entender de modo diverso é negar vigência à Lei Federal (art. 12 do CP) e, ainda, extrair da norma especial seu conteúdo penal dos crimes hediondos, de modo especial do relativo ao tráfico de entorpecentes*, que reserva a mais grave reprimenda penal dentre as disponíveis (privação de liberdade), inclusive no tocante ao seu cumprimento (regime integralmente fechado).

5. *Incompatibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, em caso de tráfico de drogas, face à interpretação sistemática da Lei 9.714/98 no conjunto das normas constitucionais e infraconstitucionais regentes da matéria*

Não se pode admitir que se pretenda aplicar a Lei n.º 9.714/98 nos crimes delineados na lei de Crimes Hediondos, na medida em que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é absolutamente incompatível com a natureza dos crimes tutelados pela lei especial e, sobretudo, não cumpriria a prevenção especial indissociável da lei penal.

Pela análise da Lei 9.714/98 no seio do sistema jurídico pátrio, com o ordenamento constitucional e infraconstitucional dos crimes hediondos e assemelhados, em uma interpretação global, na qual o aplicador do direito não perde de vista a coerência e a harmonia da ordem jurídica, a conclusão não será outra, senão o da **manifesta incompatibilidade** em substituir-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O artigo 5.º, inciso XLIII, pela gravidade da violação da ordem jurídica causada pelo crime de tráfico de drogas, preconizou o seguinte: “a lei considerará 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” A Carta Magna estabelece que nenhum brasileiro será extraditado, **permitindo, entretanto, a extradição do naturalizado que tiver comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, sendo este o único crime pelo qual admitiu a extradição de brasileiro naturalizado, numa convincente demonstração da severidade do tratamento jurídico dispensável ao tráfico de drogas.

A Lei n.º 8.072/90, editada em atendimento à determinação constitucional expressamente proíbe a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória aos agentes do tráfico, devido à danosidade deste delito, estabelecendo, como expressão máxima do rigor com que pretende sejam punidos, o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Aos autores do delito do art. 12, como regra, não é dado o direito de apelar em liberdade, mesmo sendo primários e gozando de bons antecedentes, e o processo, quando provisoriamente presos, tem seus prazos computados em dobro, à despeito do status libertatis, pela compreensão de que os prazos para formação da culpa são fixados em favor da sociedade, interessada na completa apuração dos fatos e

inflexível aplicação da lei penal, o que por vezes pode demandar tempo, e não em favor da liberdade dos agentes de tão grave delito.

O art. 44 do CP, em seu inciso III, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98, condiciona a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando, dentre outros requisitos, a personalidade do condenado, os motivos e circunstâncias do crime indicarem a **suficiência** da substituição em termos de **repressão e prevenção** do crime, condição a que o tráfico de entorpecentes, seja pelo rigor que lhe destinam as normas especiais, seja pela própria natureza como fato social, seja pelos malefícios que produz, não tem como atender.

Em conclusão, com base em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico-penal sobre ao crime hediondos e assemelhados, inafastável conclusão é a de não ser substituível por restritiva de direitos a pena privativa de liberdade aplicada àquele que comete o crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei de Tóxicos.

Além de se constituir em interpretação violadora de preceitos constitucionais e legais, é inaceitável que se queira dar aos agentes do tráfico de substâncias entorpecentes a aplicação benigna da nova Lei (9.714/98), que se pretenda fazê-los destinatários das penas alternativas. As restrições aos direitos do condenado, que não o retiram do convívio social, ampliadas pela nova Lei, são reservadas aos crimes de menor lesividade e a agentes que não exigem afastamento do meio comunitário. Além disso, o Brasil é signatário da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1.961, incorporada à legislação pátria através do Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1.964 e da Convenção de Viena, incorporada à nossa legislação através do Decreto nº 79.388, de 1.997 que visam coibir a disseminação do consumo de drogas proibidas em todo mundo.

## 6. Oposicionamento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal também já enfrentou a questão ora em debate, primeiramente no ano de 1.993, em relação à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, em relação ao crime do artigo 16 da Lei 6.368/76. No HC 70.445-0-RJ, relatado pelo Eminente Ministro Moreira Alves, a mais alta Corte do País, decidiu que não se aplicam as normas do Código Penal aos crimes previstos na Lei Antitóxicos quando esta disciplina o assunto de outra forma:

PRIMEIRA TURMA 14/09/93

HABEAS CORPUS 70445-0-RJ

PACIENTE: JORGE LUIZ MARQUES DE SOUZA

IMPETRANTE: JOÃO FAMILIAR FILHO

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA: “*Habeas corpus*”. Interpretação do artigo 60, § 2.º, 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, § 2.º do Código Penal é regra geral que não se aplica à Lei 6.368/76, 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 da parte final do artigo 12 desse Código. ‘*Habeas corpus*’ - indeferido.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Brasília, 14 de setembro de 1993.  
MOREIRA ALVES – PRESIDENTE E RELATOR

Muito embora a decisão refira-se ao crime previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76, sua aplicação à presente discussão é incontestável. As premissas bem lançadas pelo Ministro Moreira Alves, dão luz ao nosso entendimento, pela simplicidade e sapiência que trazem em si. Assim, disse o Eminentíssimo Ministro, verbo ad verbum:

#### VOTO

#### MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR)

1. Como salienta o parecer da Procuradoria-Geral da República, esta Corte se tem orientado no sentido de que o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa

(artigo 60, § 2.º, do Código Penal) é um direito subjetivo do réu, devendo, portanto, o juiz decidir se, no caso concreto, é ele cabível, ou não. 2. Sucede, porém, que, na espécie, não se me afigura cabível essa substituição. Com efeito, o ora paciente foi condenado, com base no artigo 16 da Lei 6.368/78, a seis meses de detenção e a vinte dias-multa, tendo-lhe sido concedido o sursis. Ora, a meu ver, não cabe essa substituição quando - como sucede no caso presente - há cominação cumulativa da pena privativa de liberdade com a pena de multa. Com efeito, o § 2.º do artigo 60 do Código Penal manda observar, para essa substituição, os critérios dos incisos II e III do art. 44; e do inciso III do art. 44 decorre que tal substituição só é possível quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que ela é suficiente. Isso implica dizer que a substituição em causa apenas é possível quando os elementos subjetivos referentes ao criminoso e os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a pena de multa substitutiva é suficiente para apenar o delinqüente. Ora, essa suficiência é objetivamente afastada pela própria lei penal quando impõe ela, em razão do crime que define, a cominação cumulativa de pena privativa de liberdade e de pena de multa, a significar, evidentemente, que aquela não é suficiente, por si mesma, para punir o transgressor da norma, e, conseqüentemente, a sua substituição por pena de multa também não o será, tanto assim que a essa substituição ter-se-ia de acrescentar a outra pena que é a da multa originária, até porque a substituição admitida pelo § 2.º do artigo 60 diz respeito somente à pena privativa de liberdade e não a pena de outra natureza, ainda que também de multa. Mais. Se na parte especial do Código Penal se estabelece, com relação a determinados crimes, a cumulação da pena privativa de liberdade com a pena de multa, isso se dá porque a lei penal entende que, para a reprimenda do crime, são necessárias as duas penas de natureza diversa, e não somente uma - a de multa, ainda que de montante maior pela cumulação da multa substitutiva com a multa imposta diretamente. Caso contrário, no próprio artigo 60 da Parte Geral se estabeleceria princípio semelhante ao do n.º 2 do artigo 43.º do Código Penal Português, que evidentemente não é supérfluo: Se o crime for punido com pena de prisão não superior

a 6 meses e multa, será aplicada uma só multa, equivalente à soma da multa diretamente imposta e da que resultar da substituição da prisão”. Não bastassem esses óbices à substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa quando há a referida cumulação, e, no caso, ainda haveria outro obstáculo: o de que a Lei 6.368/76 é lei especial, com sistema próprio para a fixação do valor da pena de multa diverso do que foi posteriormente adotado pela nova Parte Geral do Código Penal. Assim sendo, ainda que para argumentar se admitisse a cumulação das duas penas de multa (a substitutiva e a imposta diretamente), essa regra geral do Código Penal não se aplicaria à referida lei especial, porque esta dispõe diferentemente quanto à fixação do valor da pena de multa por ela imposta, não permitindo, portanto, que as duas multas se cumulassem pelo mesmo critério de fixação de valor do Código Penal. O hibridismo dessa fixação que resultaria da aplicação do princípio geral do § 2.º do artigo 60 do Código Penal às penas cumulativas da Lei 6.368/76 faz incidir a vedação que decorre da parte final do artigo 12 do mesmo Código Penal: As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.” 3. Em face do exposto, indefiro o presente hábeas corpus.” (STF - 1.ª T. HC 70.445-0 - RJ)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a *quaestio vexata*, reafirmando a inaplicabilidade da Lei 9.714/98 aos crimes de tráfico de entorpecentes e assim foi posta a ementa do Acórdão da 2.ª Turma:

**EMENTA: ENTORPECENTE – Pena – substituição de reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos – Inadmissibilidade – Incompatibilidade da pretensão, pois, por ser crime equiparável a hediondo, a sanção deve ser cumprida em regime integralmente fechado – Lei 6.368/76, ademais, que, por ser especial, não se submete aos ditames do art. 44 do Código Penal com a redação dada pela lei 9.714/98” (HC 79.567-6 - RJ - 2.ª T - j. 14.12.1999 - rel. Min. Maurício Corrêa - DJU 03.03.2000)**

No seu brilhante voto, o Eminentíssimo Ministro Maurício Corrêa, explicita a incompatibilidade da Lei 9.714/98, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes (artigo 12, caput, da Lei 6.368/76), analisando inclusive o argumento pífio lançado na sentença ora sub examine, segundo o qual a “apenação é uma coisa e a execução é outra”, como se as normas jurídicas fossem estanques e não fizessem parte do mesmo sistema. Reafirma o insigne Ministro a prevalência do princípio da especialidade no conflito aparente de normas. Assim sustentou seu posicionamento:

### VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator):  
“Sustenta o impetrante, tal como na interposição do recurso ordinário em *habeas corpus* cujo provimento foi negado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, dada à superveniência da Lei n.º 9.714/98, que deu nova redação aos artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal. 2. Persistindo nas teses suscitadas perante o Tribunal apontado como coator, argúi o impetrante, em síntese, que: 1) a hipótese dos autos comporta obrigatória observância ao “princípio da retroatividade da lei mais favorável” (CF, artigo 5.º, XL e CP, artigo 2.º, parágrafo único); 2) o crime hediondo não é óbice à substituição, pois a Lei n.º 9.714/98 relaciona as hipóteses impeditivas (artigo 44), sendo por isso insuficiente a argumentação do acórdão atacado que foi proferido com base tão-somente no princípio da especialidade da lei de tóxicos e lei de crimes hediondos. 3. *Entendo que, na espécie, não é cabível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal com a nova redação dada pela Lei nº 9.714/98, sendo irrelevante o fato de ter sido aplicada pena não superior a quatro anos e a sentença condenatória não haver transitado em julgado.* 4. Relativamente à legislação especial, o Código Penal preceitua que “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso” (artigo 12). 5. *O preceito contido no novo artigo*

44, estabelecendo os requisitos essenciais à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, é regra geral; contudo, a legislação especial a que se acha submissa a questão em exame (Leis n.ºs 6.368/76 e 8.072/90) dispõe de modo diverso. 6. Por ser regra geral, a norma do artigo 44 do Código Penal não se aplica à Lei n.º 6.368/76, visto tratar-se de lei especial, sendo que a pena privativa de liberdade por crime nesta previsto, equiparável a hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei n.º 8.072/90, também especial, impossibilitando assim a sua conversão em qualquer das penas restritivas de direitos arroladas no novo artigo 43 do mesmo Código. 7. Como bem aduzido no parecer do Ministério Público Federal, esse entendimento já prevalecia nesta Corte mesmo antes da edição da Lei n.º 9.714/98, e na conformidade do artigo 12 do Código Penal, não admitindo, nas hipóteses de condenação por crime de tráfico de entorpecentes, a conversão da pena privativa de liberdade, consoante interpretação do artigo 60, § 2.º, do Código Penal (HC n.º 70.445-RJ, rel. Min. MOREIRA ALVES, in RTJ 152/845).

8. Essa interpretação coaduna-se com o texto constitucional que preconiza tratamento mais rigoroso para os autores de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e os definidos como hediondos. 9. Por isso, tenho como incensurável o acórdão impugnado que, seguindo o princípio de que “*lex generalis non derogat lex specialis*”, negou provimento aos recurso interposto pelo ora paciente. 10. Ante o exposto, conheço do pedido mas indefiro o *habeas corpus*.” (HC 79.567-6 – RJ – 2.ª T – j. 14.12.1999 – rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 03.03.2000 – unanimidade de votos) – grifamos.

## 7. Conclusão

Pelas decisões acima citadas, bem como pelos demais argumentos retroelencados e o posicionamento da mais alta Corte do País, firmado

no acórdão citado, é insustentável o argumento lançado pelo distinto magistrado para substituir a pena privativa de liberdade que aplicou ao apelado, pela prestação de serviços à comunidade.

A lógica do sistema penal criado pela Constituição Federal e pela Lei 8.072/90, afasta a incidência da Lei n.º 9.714/98 aos agentes do crime de narcotráfico porque: a) além de ser ilegal, é ilógica a substituição de pena que deve ser cumprida em regime integralmente fechado por penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana; b) é inconciliável a combinação da norma proibitiva de liberdade provisória com a de permissão da substituição da privativa de liberdade por pena restritiva; não é lógico nem razoável que o agente permaneça preso durante o processo (por até 228 dias), porque pego em flagrante, sem direito a liberdade provisória, deva ser solto, como direito subjetivo seu, para cumprir em liberdade, à título de substituição da privativa, pena restritiva de direitos, exatamente depois de formada, reconhecida e transitada em julgado sua culpa; e finalmente, c) é conflitante a coexistência da norma que impõe o mais grave regime de cumprimento da pena privativa de liberdade previsto na legislação brasileira com outra que autorize, aos mesmos destinatários daquele rigorismo, a substituição da prisão por restritiva de direitos.

