

# JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

*Silvia Luiza Dariva\**

**SUMÁRIO:** 1. Considerações preliminares; 2. Fundamentos do Acórdão; 3. Argumentos contrários à posição adotada no Acórdão; 4. O sistema de superação da aparente antinomia; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

## O ACÓRDÃO

**TRÁFICO DE ENTORPECENTES - DROGAS TRANSPORTADAS DA ARGENTINA PARA O BRASIL - AUTORIA RECONHECIDA PARA O SUJEITO QUE SE ENCONTRAVA NA POSSE DAS SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE - DESPROVIMENTO DO APELO.**

Ementa: Não há como negar a autoria do crime de tráfico de entorpecentes, se o agente, na posse das substâncias, confirma ter ganho dinheiro para transportá-las, mas diz desconhecer o que transportava. Não é crível que alguém transportaria bens alheios, sem saber o que era, atravessando fronteira de países vizinhos onde é conhecida a habitualidade do tráfico de drogas. Nos crimes hediondos ou equiparados não é admissível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal. Mesmo que o Réu tenha sido condenado à pena inferior a quatro anos, não se vislumbra a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos, diante da vedação expressa de progressão de regime, constante da lei 8.072/90. A substituição pela pena restritiva de direitos é benesse muito maior que a progressão de regime, pois, se esta é vedada para o delito de tráfico de entorpecentes, muito mais é a substituição.

VISTOS, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal nº 128.925-2, em que é Apelante J. L. M. F. e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO.

Relatório, por brevidade adota-se o de fls.

---

\* Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Membro do Ministério Público do Estado do Paraná.

Pretende o Apelante ver-se absolvido, alegando que desconhecia as substâncias que transportava.

Não há como dar amparo a tese do Recorrente, pois todo o conjunto probatório leva a convicção contrária, ou seja, de que o Apelante tinha plena ciência de que transportava substâncias proibidas no Brasil.

É fato notório e amplamente divulgado que na fronteira entre o Brasil e a Argentina, bem como na com o Paraguai é freqüente o tráfico de drogas, e mais, todos sabem que é da Argentina que advém a maioria das caixas do famoso "lança-perfume", muito utilizado nas festas de Carnaval, pois é o País que mais o produz.

Assim, não se pode acreditar que alguém possa ser tão ingênuo, a ponto de transportar, mediante paga, mercadorias que sequer se interessou em averiguar o que eram.

Está claro que o Apelante sabia muito bem o que transportava, pois, qualquer um, de inteligência mediana, teria ciência de que tal tipo de transação consistia em tráfico de entorpecentes.

Até mesmo porque, W. F. S., também acusada, quando de seu depoimento para a Polícia Federal, assim disse:

"que J. L. convidou-a para vir com ele no táxi, pedindo-lhe para ajudá-lo a trazer suas mercadorias que ele pagaria com a corrida de táxi, ...

...que ainda na Argentina, perguntou a J. L. o que ele estava trazendo, tendo o mesmo respondido que era lança-perfume, mas eram poucos frascos..." (fl. 09).

Assim, não há como não imputar a autoria do delito ao ora Apelante.

No que diz respeito a desclassificação pedida pelo Apelante, para o delito de contrabando ou descaminho, esta não pode ocorrer, pois, as substâncias que transportava eram substâncias proibidas e consideradas entorpecentes.

Assim, plenamente configurado o delito do artigo 12 da Lei 6368/76.

Então, não há como acolher qualquer tese de defesa do condenado, pois todas as circunstâncias do crime, só levam a uma conclusão, a condenação do Recorrente nas penas do delito de tráfico de drogas.

Quanto a pena aplicada, nada há a reformar, pois foi aplicada no mínimo legal e a lei não permite que nos crimes de tráfico de drogas, equiparado a crime hediondo, seja substituída por pena restritiva de direito.

Note-se que no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, o legislador determinou que a pena por crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será cumprida integralmente em regime fechado. Nestes delitos sequer admite-se a progressão de regime, então é impensável a possibilidade de conceder benesse muito maior que é a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Não há como se abrir um precedente de tal importância, pois nestes casos, de delitos que causam mal irreparável a sociedade, não há como se flexibilizar a lei.

A nova redação dada ao artigo 44 do Código Penal, estendeu a substituição da pena para os condenados em até quatro anos, todavia, diante da vedação expressa da lei 8072/90 de progressão de regime, não há como se admitir tal substituição aos condenados à menos de quatro anos pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

Sendo assim, tem-se como inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes hediondos ou equiparados.

Diante do exposto, ACORDAM os juízes integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

O julgamento foi presidido pelo Senhor Juiz LEONARDO LUSTOSA, sem voto, e dele participaram os Senhores Juizes Convocados RONALD MORO e RENATO NAVES BARCELLOS.

(TAPR, Ac. 5358, 3ª Câm. Crim. Rel. Juiz Hiroshê Zeni, DJ 07/05/99, p. 123)

## A análise

### 1. Considerações preliminares

Cumprido, antes de ingressar no território de análise, lembrar que o Acórdão em comento comporta ampla abordagem, fato que impõe uma estrita delimitação quanto ao enfoque que ora nos interessa, quer seja a questão relativa a aplicação da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, em relação aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, a fim de se tornar proveitoso o presente trabalho.

A Lei nº 9.714/98 ampliou o rol das penas alternativas, bem como modificou os critérios para sua concessão.

Mas certamente, dentre as inovações trazidas pela referida lei, um dos aspectos que maior polêmica causará, diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade nos casos em que haja condenação por crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou qualquer outro erigido à categoria de hediondo.

Deveras, uma interpretação meramente literal da novíssima redação dada ao artigo 44 do Estatuto Repressivo leva à conclusão que, mesmo em caso de condenação por delito reputado hediondo, seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, desde que a pena aplicada não

excedesse a 4 (quatro) anos, presentes os demais requisitos autorizadores da substituição.

É preciso ver, todavia, que a lei especial que dispõe sobre o regime prisional a ser adotado em se tratando de crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e outros assemelhados (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), não fora revogada.

Com efeito, a interpretação deve respeitar sobretudo o princípio da unidade do sistema normativo, de forma a não vulnerar o texto da norma especial em pleno vigor. De modo que, interpretado de forma literal o disposto na lei que inovou acerca das penas alternativas, poderá resultar numa insuperável monstruosidade lógica, desautorizada pela ordem jurídica.

Como bem sabemos, no campo infraconstitucional, o aplicador está, em determinadas circunstâncias, autorizado a proceder a uma *interpretação corretiva* e, mesmo, a uma *redução teleológica*. Ensina José de Oliveira Ascensão<sup>1</sup> que a *interpretação corretiva* pode ocorrer quando o “legislador, presa da necessária generalidade das suas declarações, emite uma prescrição lata demais, em que abrange casos que não teria abrangido se tivesse podido considerar as conseqüências nocivas da sua intervenção; dito por outras palavras, quando a lei é demasiado absoluta, por a aplicação a certos casos que não são os que ditaram a regra ir contra o bem comum – então o intérprete deve restringir o âmbito da lei para evitar esses resultados nefastos”. Quanto à *redução teleológica*, esta ocorre, ensina Larenz<sup>2</sup>, por iniciativa do intérprete, quando “a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou conexão de sentido da lei”.

Trata-se, portanto, de buscar sempre uma solução harmonizadora de forma a conciliar as normas, sempre na perspectiva de preservar a existência do modelo jurídico como um todo.

## 2. Fundamentos do Acórdão

O posicionamento adotado no Acórdão fundamenta-se no disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Cumpre reproduzir referido dispositivo:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

<sup>1</sup> Ascensão, José de Oliveira. O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 1991, p. 401-402.

<sup>2</sup> Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983, p. 413.

Exsurge, com clareza, que nestes delitos sequer se admite a progressão de regime, então, impensável a possibilidade de conceder benesse muito maior que é a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A nova redação dada ao artigo 44 do Código Penal estendeu a substituição da pena para os condenados em até quatro anos, todavia, diante da vedação expressa da Lei nº 8.072/90 relativamente à progressão de regime, não há como se admitir tal substituição aos condenados à pena inferior a 4 (quatro) pela prática de tráfico de entorpecentes.

Com isto, adotou-se a correta linha condizente à impossibilidade de se aplicar uma regra geral a uma situação tratada por lei especial.

Em arremate, um fundamento de natureza lógica: se não se permite o mais (progressão), não se permite o menos (substituição).

### 3. Argumentos contrários ao Acórdão

Haverá aqueles, todavia, que não concordarão com o discurso até aqui desenvolvido, contudo, qualquer argumento contrário, seria frágil.

Em obras recentemente editadas, Luiz Flávio Gomes e Damásio Evangelista de Jesus sustentam posições contrárias ao decidido no Acórdão.

Segundo entende o magistrado paulista, “não resta a menor dúvida de que em tese, pela pena aplicada, cabe a substituição da pena de prisão nos denominados crimes hediondos, tal como é o caso, por exemplo, do delito de tráfico de drogas, falsificação de alimentos, tentativa de falsificação de remédios, etc. O “regime” fechado determinado pela lei dos crimes hediondos somente é válido para a fase de execução da pena de prisão. Se o juiz entende que a prisão imposta deve ser substituída por outra sanção alternativa, não se chega à execução da pena de prisão (isto é, não se chega a sua fase executiva). Logo, não é o caso de se aplicar a regra do regime fechado. Só se pode falar em “regime” na fase de execução da pena de prisão”<sup>3</sup>.

Como que em coro, o antigo membro do Ministério Público paulista afirma, laconicamente, que “admite-se, em tese, a imposição de penas alternativas, tendo em vista que a pena mínima cominada nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 é de três anos de reclusão”<sup>4</sup>.

Conforme se vê, ambos os autores sustentam suas teses apenas no fator quantidade de pena (embora reconheçam que o favor legal desafia a verificação e ocorrência dos demais pressupostos).

<sup>3</sup> Gomes, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: RT, 1999, p. 111-112.

<sup>4</sup> Jesus. Damásio E. de. *Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 89-90.

Este modo de pensar tem angariado seguidores<sup>5</sup>, todos compartilhando dos mesmos fundamentos, vale dizer a quantidade de pena aplicada.

#### 4. O sistema de superação da aparente antinomia

Não divergindo da doutrina tradicional, Maria Helena Diniz aponta, entre outros, o critério da especialidade para superação e solução de antinomia no direito interno.

Segundo tal critério, “entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral (RJTJSP, 29:303). O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica.”<sup>6</sup>

Pois bem, este critério, que tem aceitação generalizada - o Prof. Doutor Luiz Regis Prado afirma que “o princípio de especialidade, único a ter aceitação pacífica, já era conhecido dos romanos – *semper specialia generalibus sunt; generi per speciem derogantur*”<sup>7</sup> -, por si só anestesias e desautoriza os argumentos segundo os quais admite-se a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito a delitos da atualidade, como é o caso dos crimes hediondos.

Com efeito, ninguém há de negar que tal lei (a definidora de crimes hediondos) é especial (naquilo que nomina e fixa regime obrigatório de cumprimento de pena para os crimes que elenca) em relação às disposições genéricas existentes na Parte Geral do Código Penal. E por ser especial, possui critérios personalíssimos em se tratando de penas (este é justamente um dos elementos especializadores).

Sendo assim, à evidência, suas disposições não são alcançadas pelas regras gerais, pelo único e bom motivo de se constituírem exceções ao regramento geral.

Este, portanto, acertadamente, o fundamento do Acórdão em comento, no que aliás, se faz acompanhar da clássica e sempre lúcida doutrina do imortal Clóvis Beviláqua<sup>8</sup>, no sentido de que “é princípio geralmente aceito que a lei

<sup>5</sup> Nesse sentido, Mário de Magalhães Papaterra Limongi. *As Penas Alternativas e o Traficante*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 6, nº 75, Fev. 1999, p.2.

<sup>6</sup> Diniz, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 43-44.

<sup>7</sup> Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: RT, 1999, p. 119.

<sup>8</sup> Beviláqua, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Atualiz. Caio Mário da Silva Pereira, 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1980, p. 56.

especial posterior não revoga a geral anterior; nem a geral posterior revoga a especial anterior, se a ela não se refere explícita ou implicitamente para revogá-la".<sup>9</sup>

Ademais, conforme já se fez representar, possui ainda o Acórdão uma insuperável demonstração de coerência lógica, na medida em que assevera que, em se tratando dos chamados crimes hediondos, sequer se admite a progressão de regime, então é impensável a possibilidade de conceder benesse muito maior que é a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Ora, se o legislador entendeu que mesmo na hipótese de o condenado por crime hediondo cumprir parte de sua pena, vedada estaria a oferta de qualquer favor legal no remanescente da pena - é dizer, mesmo com uma contrapartida por parte do condenado, como se poderá validamente concluir que ausente esta contrapartida o condenado fará jus a tais favores?

Com o devido respeito, não parece ter sido esta a intenção do legislador. Cabe ao intérprete valer-se daquela interpretação sistemática de que falamos alhures.

Mas, diz Luiz Flávio Gomes, "o 'regime' fechado determinado pela lei dos crimes hediondos somente é válido para a fase de execução da pena de prisão"<sup>10</sup>, querendo afirmar que com a substituição (que, em tese, entende cabível), baldada estaria a fase de execução e, por conseguinte, o regime obrigatório.

Indo além, Damásio de Jesus (embora arrimado em inaceitável laconismo), afirma ser discutível a necessidade de determinação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade se imposta pena alternativa em substituição a ela.<sup>11</sup>

Os argumentos não procedem.

Na verdade, o que se pretende é de um jogo de palavras extrair-se uma teoria, pretende-se buscar nas sutilezas semânticas, sustentação para o juridicamente insustentável. A imposição do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é antecedente legal e necessário de qualquer substituição cabível (Código Penal. art. 59, III e IV). De modo que se torna necessário estabelecer em sentença o regime de cumprimento da pena, que nos casos dos chamados crimes hediondos, é o fechado.

E tanto é necessário que o § 4º do artigo 44 do Código Penal (acrescentado pela Lei nº 9.714/98) prevê conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, na hipótese de descumprimento injustificado da restrição imposta, quer seja, acaso sobrevenha dita conversão, passa-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade, e aí, necessariamente, haverá de constar o regime prisional no *desicum*.

<sup>10</sup> op. cit., p. 113.

<sup>11</sup> op. cit., p. 77.

Neste ponto, para completar o raciocínio, ao contrário do que vêm apregoando alguns autores, a necessidade de fixação do regime de cumprimento da pena é imperativo que descende diretamente da lei.

E sendo imperativo, evidentemente, tal regime haverá de constar no título fundante da execução (a sentença penal condenatória) que, uma vez disponíveis os seus efeitos, deverá seguir o seu desiderato natural: ser executada nos moldes especificados no título (que necessariamente fixou o regime fechado para cumprimento da pena).

Por fim, pode surgir discussão quanto à constitucionalidade do dispositivo legal que impõe regime obrigatório de cumprimento de pena aos delitos hediondos e assemelhados, entretanto, este tema refoge dos limites do presente trabalho.

## 5. Conclusão

Estabelecido ser a especialidade o critério reitor da solução da questão enfrentada pelo Acórdão em comento, despicinda se torna a invocação de outros critérios (objetivos e subjetivos, tratados nos incisos do artigo 44 do Código Penal), para, de plano, afastar-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito, nos casos catalogados na Lei Federal nº 8.072/90.

Bem por isso, a prevalência deste critério, afasta do debate questões metajurídicas, como aquelas propostas por Mário de Magalhães Papaterra Limongi<sup>12</sup>, para quem "... as pessoas processadas como traficante são, de fato, "mulas"... e sendo assim... "cabe ao juiz, na fixação da pena, distinguir entre quem é verdadeiramente perigoso e quem é uma peça desta estrutura podre", e inibe os sempre incertos critérios de merecimento e de suficiência, tais a "conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente" (critérios tracejados no inciso III, do artigo 44 do Código Penal), justamente em casos em que o legislador, dentro de sua privativa esfera de competência, reputou necessária a fixação de regras rígidas e inflexíveis para as hipóteses por ele catalogadas na Lei Federal nº 8.072/90.

Por derradeiro, cumpre registrar que orientação igual a adotada no Acórdão em exame vem sendo seguida pelo C. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 274.780-3/4-00, 2ª Câm. Crim. Rel. Juiz Renato Talli, 08.02.99 e HC nº 275.375-3/3-00, 2ª Câm. Crim. Rel. Juiz Renato Talli, 22.02.99).

Diante desta sorte de considerações, não há a menor dúvida de que esse assunto ganhará as portas dos Tribunais. Se os intérpretes e aplicadores da lei vão

---

<sup>12</sup> No sentido do texto, Gilberto Ferreira, Juiz de Direito auxiliar da Corregedoria de Justiça do Estado do Paraná, no artigo "A lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998 e seu reflexo no ordenamento jurídico". O Estado do Paraná, Curitiba, Paraná, 25 de abril de 1999, cad. Direito e Justiça, p.6.

cumprir com seriedade seu mister, lastreados em regras indissociáveis de hermenêutica, só o tempo dirá.

## 6. Referências bibliográficas

- Ascensão, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. Coimbra: Almedina, 1991.
- Beviláqua, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Atualizada por PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2ª ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1980.
- Diniz, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- Ferreira, Gilberto. *A lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998 e seu reflexo no ordenamento jurídico*. O Estado do Paraná, Curitiba, Paraná, 25 de abril de 1999, cad. Direito e Justiça, p.6.
- Gomes, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas*. São Paulo: RT, 1999.
- Jesus, Dámasio Evangelista. *Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.
- Limongi, Mário de Magalhães Papaterra. *As Penas Alternativas e o Traficante*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 6, nº 75, Fev.1999.
- Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: RT, 1999.