

A LEI N.º 9.714/98 E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Carlos Ernani Constantino

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo;
Professor de Direito Penal no curso de graduação
da Faculdade de Direito de Franca - SP;
Professor de Direito Penal no curso de
Pós-graduação "lato sensu" da Unifran - SP;
Mestrando no curso de Pós-graduação "stricto sensu",
junto à Unifran - SP, na área de Direito Público.

Li, com grande relutância, no Boletim n.º 75 do IBCCrim, o artigo intitulado "As Penas Alternativas e o Traficante", de autoria do insigne Procurador de Justiça, Dr. Mário de Magalhães Papaterra Limongi, responsável, no Ministério Público Paulista, pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais (CAO Crim). O referido trabalho encontra-se no sobredito periódico, na pág. II do "*Encarte Especial*" que trata da Lei n.º 9.714/98.

Em suma, segundo a opinião exposta pelo ilustre Membro do "*Parquet*" acima nomeado, o art. 44, inc. I, do C.P., com a nova redação que lhe deu a Lei n.º 9.714/98, deveria estender o seu manto de benevolência e abrigar, sob si, também os pequenos traficantes de entorpecentes, chamados na gíria policial de "*mulas*". Isto, com base no seguinte raciocínio: levando-se em conta que a pena mínima prevista para o delito de tráfico de drogas, de 3 (três) anos de reclusão (art. 12 da Lei n.º 6.368/76) e que o novel art. 44, inc. I, do Estatuto Repressivo permite a substituição de penas privativas de liberdade, não superiores a 4 (quatro) anos, por sanções restritivas de direitos, nos crimes cometi-

dos sem violência ou grave ameaça a pessoa, seria possível aplicar-se tal pena alternativa a *pequenos traficantes*, pois estes, no dizer do nobre Procurador de Justiça, trazem “*menor risco à sociedade*”.

Com a devida vênia, ousou discordar frontalmente desse posicionamento, pelas razões jurídicas e sociais, abaixo discriminadas:

Em primeiro plano, há que se considerar o conflito aparente de normas penais, que surgiu com o advento da Lei n.º 9.714/98:

- O art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) estabelece o seguinte:

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

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1.º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (com grifos nossos).

- Já o novo art. 44, inc. I, do C.P., com a redação que lhe deu a Lei n.º 9.714/98, ao permitir a substituição de penas privativas de liberdade, não superiores a 04 (quatro) anos, por penas restritivas de direitos, em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, parece abranger a hipótese do tráfico de entorpecentes, uma vez que a sanção mínima para este delito é de 03 (três) anos de reclusão; além do mais, o art. 12 da Lei n.º 6.368/76 não possui as elementares “violência” ou “grave ameaça”, em sua formulação típica; por último, a Lei das Penas Alternativas é de 1.998, ao passo que a Lei dos Crimes Hediondos é de 1.990.

Entretanto, aqui não prevalece a questão da posterioridade da lei (“lex posterior derogat priori”), mas o problema deve ser solucionado pelo princípio da especialidade, segundo o qual “*lex specialis derogat legi generali*”, ou seja, a aplicação da lei especial prepondera sobre a da lei geral (vide Prof. Nélson Hungria, in Comentários ao Código Penal. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.958, vol. I, tomo I, págs. 137/138). Neste sentido, os seguintes aspectos devem ser ponderados:

a) A Lei n.º 9.714/98, embora posterior, modificou artigos do **Código Penal, que é lei geral**; os artigos alterados foram estes: 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77;

b) A própria Constituição Federal, em seu art. 5.º, inc. XLIII, estatuiu

que: “a lei considerará crimes 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” (grifamos), deixando claro que tais delitos deveriam ser tratados por uma **lei especial**;

c) A **lei especial** a ser aplicada e que deve preponderar sobre a lei geral “in casu” , é irrefutavelmente, o art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos (n.º 8.072/90), que obriga que as penas impostas a traficantes de entorpecentes sejam cumpridas **em regime integralmente fechado**, tornando, assim, descabida qualquer cogitação de se aplicarem a tais criminosos penas substitutivas (restritivas de direitos).

Ademais, os “mulas” ou pequenos traficantes não são menos perigosos à sociedade: pelo contrário, são eles tão perniciosos quanto os grandes delinquentes de seu gênero, pois estes últimos normalmente financiam o tráfico ou possuem maiores quantidades de tóxicos em seus esconderijos, mas não saem às ruas para vendê-los... Os chamados “mulas” são os comerciantes a varejo, que, depois de se abastecerem junto aos grandes traficantes, vão às portas das escolas, às praças e às esquinas, oferecer pequenas quantidades de droga principalmente a crianças e adolescentes, aliciando-os e contribuindo, assim, em pequenas doses, para um vertiginoso crescimento desse mal!!

