

**EXECUSÃO, NARCOTRÁFICO, SUBSTITUIÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS
DE DIREITOS. INVIABILIDADE.**

A correta interpretação da lei não se esgota na literalidade dos seus dispositivos. Necessidade de se interpretá-los dentro do contexto geral do ordenamento legal, com olhos, também, para os princípios que os informaram.

Dispensando a lei, em conformidade com regra constitucional, especial, e mais gravoso, tratamento ao narcotraficante, retirando-lhe o acesso a benefícios gerais concedidos aos acusados e condenados por outras infrações não classificadas como hediondas; e elegendo a pena privativa de liberdade, na sua forma mais rigorosa (regime fechado), como sendo aquela adequada, não importando a sua quantidade, curial é que não se lhe aplique norma geral do Código Penal que autoriza substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Benevolência incompatível com o sistema, todo ele, a partir de comandos constitucionais, voltado à exemplaridade da punição do narcotraficante. Restrição de direitos, em substituição à sanção carcerária, cujo objetivo é atingir os crimes de menor gravidade.

Parecer ministerial acolhido e transcrito.

Agravo provido.

AGRAVO (A 197 L7210/84) MP

nº 699 228 763 OSÓRIO

MINISTÉRIO PÚBLICO,

JORGE OLIVEIRA DA SILVA, VULGO RODRIGO,

ACÓRDÃO

AGRAVANTE;

AGRAVADO.

Acordam os Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em prover ao agravo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Desembargadores ANTONIO CARLOS NETTO MANGABEIRA, Presidente sem voto, WALTER JOBIM NETO e JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS.

Porto Alegre, 17 de junho de 1999.

MARCELO BANDEIRA PEREIRA,

Relator.

RELATÓRIO

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (RELATOR): O MINISTÉRIO PÚBLICO interpôs Recurso de Agravo contra a decisão que deferiu pedido de substituição de pena carcerária por restritiva de direitos ao apenado JORGE OLIVEIRA DA SILVA, condenado a três anos e 5 meses de reclusão, em regime integral fechado, por tráfico de entorpecentes. Sustentou que a L. 9.714/98 não se aplica aos crimes hediondos e aos delitos equiparados, tais como tráfico de entorpecentes e o terrorismo, que possuem regramento constitucional e ordinário próprio. Ocorre, que os legisladores constituintes e ordinários estabeleceram, como Política Criminal para a repressão e prevenção ao crime de tráfico de entorpecentes e aos crimes hediondos, a supressão de benefícios tanto na fase policial como na etapa processual (liberdade provisória e fiança), estabelecendo uma presunção de periculosidade do autor de crimes graves, com lesividade social intensa; já em sede de execução criminal, vedou a concessão de progressão de regime, anistia, graça e indulto, orientação esta que não se coaduna com o regime adotado pela L. 9.714/98. Assim, admitir-se a substituição por restritiva de direitos da pena aplicada para o delito de tráfico, cuja legislação prevê, exclusivamente, a pena privativa de liberdade, seria uma agressão à Constituição, que vedou, para tais delitos, inclusive, a liberdade provisória e a progressão de regime. Outrossim, a L. 8.072/90 é regra especial, destinada aos crimes hediondos e afins, merecendo, portanto, prevalência sobre a regra geral prevista na nova redação do art. 44 do CPB (fls. 71/73).

O recorrido **contra-arrazoou**, asseverando que a fixação do regime em fechado não impede, por si, a progressão, não havendo que se falar em regime integralmente ou totalmente fechado, expressões que não foram adotadas pela sentença condenatória. Ademais, o agravado faz jus ao benefício, pois que preencheu os requisitos do art. 44 do CPB (fls. 79/83).

Mantida a decisão monocrática (fl. 84), ascenderam os autos, indo com vista ao Órgão Ministerial, que **se manifestou** pelo provimento do recurso (fls. 86/111).

VOTO

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (RELATOR): Antes de mais nada, cumpre louvar o modo como se houveram as partes e a magistrada no desempenho de suas funções, tratando a questão jurídica sobre a qual estabelecida a controvérsia com inegável cientificidade, desenvolvendo argumentos jurídicos de peso em prol de suas posições.

Dito isto, e porque representa exatamente o entendimento que tenho sobre a matéria, externado em votos outros lançados em julgamentos neste colegiado, permito-me adotar como razões de decidir as contidas no excelente parecer ministerial, da lavra do culto Dr. CARLOS OTAVIANO BRENNER DE MORAES, insigne representante do Ministério Público junto a esta Câmara. Tão apreciáveis as considerações ali contidas, aos efeitos de orientar, função precípua da jurisprudência, casos futuros sobre matéria tão relevante de direito, que não vejo como não transcrevê-las integralmente neste voto. Com isto, pelos efeitos de publicidade próprio do acórdão, não se sonega dos demais, que não participaram da cena estabelecida neste feito, trabalho jurídico da magnitude do mencionado.

Disse o Dr. Procurador de Justiça:

EXTRATO DO PARECER

O juiz, o promotor e o advogado, principais personagens do processo de aplicação da lei penal, que têm diante de si um sistema de Direito, não o podem receber apenas como concatenação lógica de proposições. Devem sentir que nesse sistema existe algo de subjacente, que são os fatos sociais aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta dos valores, em um processo de integração dialética, que implica ir do fato à norma e da norma ao fato. As normas não são todo o fenômeno jurídico, mas apenas os momentos culminantes de um processo.

A interpretação sistemática analisa a lei atendo-se ao fato de que o Direito é organizado em princípios informadores e hierárquicos, que subordinam as leis em um conjunto harmônico. Para que sejam as leis por esse modo interpretadas, há que se examinar a sua relação com as demais leis que integram o ordenamento jurídico.

Como resultado de uma interpretação que não despreze o conjunto do ordenamento jurídico, a regra hoje constante do art. 44, inc. I, do CP, pela alteração que ao dispositivo foi feita pela Lei nº 9.714/98, segundo a qual “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”, não se aplica aos agentes de narcotráfico, por manifesta incompatibilidade entre a razão que inspirou sua elaboração e a razão da norma constitucional e da lei especial sobre crimes hediondos e assemelhados.

A Lei nº 9.714/98, pelo conjunto de seus dispositivos, busca preservar o valor liberdade. A ausência de limite da pena para conversão da privativa de liberdade nos crimes culposos, e a permissão ao juiz para operar a conversão, inclusive em favor de reincidente, revelam esta sua ratio. A finalidade que persegue, porém, não é a de beneficiar agentes de crimes graves, de séria e aflitiva afetação aos mais caros bens penalmente protegidos. Sua finalidade, correlata ao valor que inspirou o legislador a elaborá-la, é de preservar a liberdade, compatibilizando, adequadamente, nos casos de ausência de reclamo social e escassa lesividade aos bens jurídico-penais, os imperativos de prevenção geral e prevenção especial, mediante imposição de sanção penal cuja execução não seja aflitiva nem estigmatize de forma tão brutal como a prisão, antes permitindo, de maneira bem mais célere e efetiva, a integração social do condenado.

O art. 12 do CP dispõe que “as regras gerais do Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se este não dispuser de modo diverso”. Nesse dispositivo estão insertos dois princípios, logicamente conectados: primazia da lei penal especial quando seu comando colide com a regra da Parte Geral do CP; e princípio da supletividade das normas gerais do CP, que se estendem às leis especiais só quando estas

se mostram silentes. A combinação dos dois princípios lógicos permite relacionar o Direito Penal codificado ao Direito Penal não codificado (Cf. Anibal Bruno, Direito Penal, p. 260).

DO RECURSO

Trata-se de agravo tempestivamente interposto pelo Dr. Promotor de Justiça da Comarca de Osório. Impugna decisão proferida com base na Lei nº 9.714/98, que converteu em duas restritivas de direitos, serviços à comunidade e prestação pecuniária, a pena privativa de liberdade, de três anos e cinco meses de reclusão, para cumprimento em regime integralmente fechado, infligida a **Jorge Oliveira da Silva** por crime definido no art. 12 da Lei de Tóxicos.

DAS RAZÕES RECURSAIS

Em face dos sólidos e conclusivos argumentos expostos nas razões do agravo, subscritas pelo eminente Dr. Luis Cesar Gonçalves Balaguez, nenhum outro caberia ser deduzido para o fim de evidenciar a incompatibilidade entre a Lei nº 9.714/98 e a Lei nº 8.072/90. Porém, com a vênia do ilustre Promotor de Justiça, pela relevância da matéria e em face dos efeitos que o julgado da Câmara tende a produzir, na causa em exame e também na própria formulação da jurisprudência sobre o tema, algumas observações devem ser feitas.

DA DECISÃO AGRAVADA

E A LITERAL INTERPRETAÇÃO

DA REGRA DO ART. 44, INC. I, DO CP

De acordo com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.714/98, consta do inc. I, art. 44, do CP, que *“as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”*.

Esta regra, em sua literal interpretação, deu base à decisão agravada, pois somente em uma interpretação gramatical é possível

concluir-se por sua aplicação aos agentes do crime definido no art. 12 da Lei de Tóxicos; somente em uma interpretação literal é possível concluir-se que, devido à não proibição expressa, pela Lei dos Crimes Hediondos, de que a mesma pena, cujo cumprimento determina seja feito em regime integralmente fechado (art. 2º, §1º), possa ser substituída por prestação de serviços à comunidade e, absurdamente, em se tratando de narcotraficante, que a todos busca comprar e corromper com dinheiro (de policiais a jovens de que fazem suas *mulas*), por prestação pecuniária.

Quando uma regra jurídica é editada, e entra em vigor, passa a integrar o ordenamento jurídico, como conjunto de normas ordenadas em institutos e sistemas. Sua vigência e comandos necessariamente se correlacionam com a vigência e comandos das normas preexistentes, podendo umas influir sobre o sentido de outras, cabendo ao intérprete, em decorrência, visualizar o conteúdo das normas jurídicas e procurar compreendê-las, para extrair de seu âmago aquele *quid* de validade que lhes empresta substância, garantindo o equilíbrio e a unidade do sistema jurídico.

DA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL

Nesta tarefa de descortinamento, o intérprete perquire o espírito da lei para ajustá-lo à realidade, onde o Direito se impõe, com força que impera sobre o modo de viver dos homens, na expressão de Fabrício Leiria¹.

São diversos os caminhos à disposição e complexa a metodologia correspondente. Mas, em que pese a diversidade que possam os diversos métodos interpretativos apresentar, não são eles excludentes uns de outros, ao contrário, complementam-se em um processo mental para atingir um resultado final de interpretação que mais se ajuste da justiça real. Sempre oportuno lembrar, a interpretação não se restringe ao esclarecimento do significado das palavras ou dos pontos obscuros, mas a toda elucidação a respeito da exata compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos², tendo como guia, recomendado pela hermenêutica, que as

¹ *Teoria e Aplicação da Lei Penal*, pág. 41.

² Plácido e Silva - *Vocabulário Jurídico* - Vol. II, pág. 761.

leis do Direito foram inspiradas nas fontes mais puras da Justiça, e a interpretação não pode, em nenhum caso, subtrair-se à severas normas que importa seu conteúdo.

Entre os métodos disponíveis, o primeiro utilizado, e o mais singelo de todos, é o literal ou gramatical. Através do método gramatical, examina-se a morfologia das palavras que o texto legal encerra, para encontrar o mais correto sentido dos termos. Estuda-se o relacionamento lógico que as palavras da lei guardam entre si, para fazer valer o Direito. Apesar de valioso, até para o fim de afirmar que a lei é clara, o método literal, por si só, em face da sua superficialidade, pode implicar, se isoladamente utilizado, em uma conclusão que não corresponda à verdadeira *mens legis*, não atenda ao valor que deu fundamento e conteúdo à norma, nem se compatibilize com outras normas que tratam do mesmo assunto.

A interpretação literal, em termos de resultado, tende a fazer valer a máxima de Montesquieu, ditada em plena efervescência do Iluminismo do século XVIII, época de um protesto santo contra a interpretação das leis penais, de acordo com a qual os juízes se devem ater à letra da lei, não lhes sendo dada a faculdade de interpretar os textos legislativos.

Por isso a necessária complementação por outros métodos, hábeis a conduzir o intérprete a uma análise mais densa, mais profunda, que considere a totalidade do ordenamento jurídico-penal e suas raízes valorativas, na medida em que os comandos e proibições penais possuem raízes nas normas de valoração, fundamentando-se em aprovações e desaprovações. Sem a utilização e a complementariedade dos métodos lógico, sistemático, teleológico e histórico, não se descortinará a *mens legis* da norma interpretada nem se lhe dará harmonia com os comandos das demais normas que integram o ordenamento.

Ao intérprete cabe identificar, mediante inserção nos meandros da mecânica social, na história da formação da lei e da evolução do Direito, o espírito do legislador que a elaborou, atingir o sentido e alcance correspondentes. Deve *procurar o pensamento da lei na alma do seu autor, passando por cima das palavras* (Ihering). Compete-lhe comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório, da Constituição Federal ou das leis esparsas, mas referentes ao mesmo objeto, resolvendo eventuais conflitos de normas jurídicas,

examinando-as sob a ótica de sua localização junto ao bem jurídico que tutelam, sempre atento ao fato de que o Direito é organizado em princípios informadores e hierárquicos, que subordinam as leis em um conjunto harmônico, o ordenamento jurídico. Nesse prisma, cumpre notar, é gritante o descompasso da decisão agravada. Por fim, o intérprete não deve descurar da perspectiva histórica da formação da nova lei e da lei com a qual possa conflitar, desde seu projeto, exposição de motivos, emendas etc, assimilando os anseios da sociedade à época de sua criação, para, então, conclusivamente, descobrir a *mens legis* e chegar a uma justa aplicabilidade da norma, consentânea com os valores sociais, políticos e jurídicos que a subjazem.

DAS DESCOBERTAS DE UMA INTERPRETAÇÃO NÃO MERAMENTE LITERAL

Nessa ótica interpretativa, embora já suficientemente demonstrado pelo Dr. Promotor de Justiça, o Sr. Ministro da Justiça, na Exposição de Motivos da Lei nº 9.714/98, expressou que a ampliação das alternativas à prisão foi idealizada com base na compreensão de que para os *crimes de menor gravidade* a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, que não o estigmatizem de forma tão brutal como a prisão, que permitam de forma bem mais rápida e efetiva a integração social, ideal (ou *ratio*) este que não se compatibiliza, e não precisar estar expresso na Constituição ou na Lei nº 8.072/90, com a gravidade dos crimes hediondos, de modo especial com o tráfico de entorpecentes, ao qual é reservada a *mais grave reprimenda penal dentre as disponíveis* (privação de liberdade), *inclusive no tocante ao seu cumprimento* (regime integralmente fechado), além do que a Lei nº 9.714/98 veio a consolidar tendência de aplicação de penas não privativas de liberdade, em atendimento a uma política criminal que visa à diminuição dos gastos com o sistema penitenciário e da lotação extraordinariamente perigosa dos presídios, criadora de uma subcultura de prisionização, que, evidentemente, não é destinada aos agentes de crimes hediondos e assemelhados, com destaque, aos agentes de narcotráfico, de grande, médio ou pequeno porte.

Cotejada a nova regra (do inc. I do art. 44 do CP) com o regramento constitucional e infraconstitucional dos crimes hediondos e assemelhados, sem que o aplicador perca de vista a unidade e a harmonia do ordenamento jurídico, verifica-se a manifesta

incompatibilidade em substituir-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois:

a) A CF, no art. 5º, inc. XLIII, pela gravidade sócio-jurídica que lhes reconhece, dispõe: “*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*”;

b) A CF, ao mesmo tempo em que estabelece como regra que nenhum brasileiro será extraditado, *permite 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, em mais uma inequívoca demonstração da severidade do tratamento jurídico dispensável ao narcotráfico, um dos principais flagelos da atualidade;

c) A Lei nº 8.072/90, editada em atendimento à determinação constitucional do inc. XLIII, do art. 5º, da CF/1988, e como resposta a considerável reclamo social, expressamente *veda* a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória aos agentes do art. 12 devido à lesividade deste delito, que compromete a força de trabalho, prejudica, sobremodo, a saúde da juventude, provoca corrupção, homicídios, chacinas, seqüestros, extorsões e toda sorte de crimes violentos, estabelecendo, como expressão máxima do rigor com pretende sejam punidos, o *cumprimento da pena em regime integralmente fechado*, sendo sempre oportuno lembrar que a constitucionalidade deste diploma legal foi assentada pelo Plenário do STF, guardião da Carta da República³;

d) Aos autores do delito do art. 12, como regra, não é dado o *direito de apelar em liberdade* ⁴, 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*,

³ “*Tráfico de entorpecente – Pena – Regime prisional – Cumprimento em regime fechado conforme preceitua o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 – Alegada ofensa ao princípio constitucional contido no art. 5º, XLVI da Constituição Federal – Inconstitucionalidade não caracterizada – Individualização da pena que teve sua regulamentação deferida pela própria norma constitucional ao legislador ordinário*” (STF, RT 696/438).

⁴ “*Direito de apelar em liberdade. Benefício vedado a condenado por tráfico de entorpecentes*” (STF, RT 656/383).

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;

e) O crime do art. 12 integra o rol dos delitos que admitem a *prisão temporária* (Lei nº 7.960/89, art. 1º, inc. III, alínea n), verdadeira *prisão para averiguações*, cujo prazo de vigência é seis vezes superior ao dos demais crimes em que a mesma custódia é permitida, com previsão de prorrogação por igual período (trinta dias), pela evidente razão de que sua investigação é objetivo primordial da polícia judiciária;

f) 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 CP; e princípio da supletividade das normas gerais do CP, 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, na expressão de Aníbal Bruno.

g) O próprio art. 44 do CP, em seu inc. 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.

DAS CONCLUSÕES

Nessa altura da caminhada no processo de interpretação, descortina-se ao intérprete o verdadeiro sentido e o exato alcance da nova regra do inc. I, art. 44, do Código Penal.

Com base em uma interpretação contextualizada do ordenamento, inafastável conclusão é a de não ser substituível por restritiva de direitos a pena privativa de liberdade infligida a agente do crime previsto no art. 12 da Lei de Tóxicos, pouco importando se grande, médio ou pequeno traficante, tendo em vista que todos os esforços se unem para que o tóxico seja comercializado, todos os envolvidos na cadeia de distribuição são concausas da destinação final e disseminação das drogas. A lei não faz distinção entre o agente que importa toneladas de cocaína e a mulher do presidiário que em dia de visitas o abastece com pequena quantidade de maconha. Distinções baseadas no volume ou natureza da substância comercializada, na organização ou empreitada solitária do narcotraficante, no reduzido ou considerável âmbito territorial do tráfico, devem repercutir na valoração jurídica do fato, mas encontram campo adequado a este sopeso na dosimetria da pena privativa de liberdade, pois, dispõe o Juiz, a quem se reconhece boa dose de arbítrio na fixação da reprimenda, entre o mínimo de três e o máximo de quinze anos de reclusão cominados pelo tipo do art. 12, de alta flexibilidade em termos quantitativos para conferir justo apenamento, para dar a cada um o que realmente é seu.

Dizer-se que o traficante de pequeno porte é um *nada* diante do megatraficante, ou que considerá-lo perigoso e merecedor de severa sanção significa estimular o *status quo*, para que continue a polícia a preocupar-se basicamente com quem representa menor risco à comunidade, é assertiva que só pode ser feita devido a total desconhecimento da trágica realidade do cotidiano, em que pequenos traficantes cercam escolas, lancherias, salões de fliperama, casas de espetáculos, centros comerciais, estádios de esportes e outros locais de habitual freqüência juvenil, minando, passo-a-passo, paulatina, mas eficazmente, forma inexorável, a nossa juventude, e quem sabe, nossos filhos e filhos de nossos amigos. É assertiva que só pode decorrer de um completo desconhecimento de que os pequenos traficantes são os maiores interessados em proporcionar a iniciação gratuita aos futuros fregueses, disseminando o uso dos entorpecentes e favorecendo a dependência; é comum, modo especial nas mais baixas classes econômico-sociais, usarem, sem qualquer pudor, crianças e adolescentes como seus *laranjas*, a que antes geralmente viciam com práticas de liberalidade na cessão da droga, fazendo, não raro, que abandonem os bancos escolares e conheçam os bancos dos Juizados da Infância e Juventude, como primeiro degrau na escalada de marginalização a que criminosamente os endereçam. *Basta olhar através da janela.*

Por essas razões, também não se apresentam relevantes, nem condicionam o exame que ora se faz sobre a incidência da nova Lei aos agentes do tráfico de entorpecente, circunstâncias pessoais do agravado, se jovem, adulto ou de terceira idade, se cumpriu o equivalente a 1/3 ou mais da pena carcerária em regime fechado. Se de particularidades pessoais ou de circunstâncias do crime pelo qual o agravado foi condenado o parecer pretendesse ocupar-se, seriam, sem margem a dúvida, os aspectos de que a decisão recorrida despreocupou-se, vênha de seu eminente prolator: “... *circunstâncias prejudiciais, pois o réu foi flagrado em local de acesso ao público, inclusive a adolescentes* (grifo nosso), ... *somente as circunstâncias do crime foram consideradas desfavoráveis, e mesmo assim sem maior relevo* (grifo nosso), *porque representaram reduzido aumento na pena*” (fl. 71).

A Lei nº 9.714/98, pelo conjunto de seus dispositivos, objetiva preservar o valor liberdade, quando possível fazê-lo, sem risco à paz jurídica. A ausência de previsão de pena máxima para conversão da privativa de liberdade nos delitos culposos, e a outorga de poder discricionário ao juiz para operar a conversão, inclusive em favor de reincidente, claramente revelam esta sua *ratio*.

A finalidade que busca atingir, porém, não é a de beneficiar agentes de crimes graves, de séria e aflitiva afetação aos mais caros bens penalmente protegidos. Sua finalidade, correlata ao valor que inspirou o legislador a elaborá-la, é de preservar a liberdade, compatibilizando, adequadamente, nos casos de ausência de reclamo social e escassa lesividade aos bens jurídico-penais, os imperativos de *prevenção geral e prevenção especial*, mediante imposição de sanção penal cuja execução não seja aflitiva nem estigmatize de forma tão brutal como a prisão, antes permitindo, de maneira bem mais célere e efetiva, a reintegração social do condenado. Nessa linha de propósitos é que o projeto de ampliação das alternativas à pena de prisão foi elaborado.

Assim, frente ao Direito Penal que no Brasil de hoje dispomos, em obediência ao conteúdo de Justiça que as normas devem traduzir, *crimes de desigual gravidade e criminosos de desigual periculosidade* passam a receber *desigual tratamento retributivo, na exata medida em que se desigualam*.

Nosso ordenamento penal viabiliza *maior severidade aos crimes mais graves e facilita o convívio social dos condenados por delitos*

leves. Aos agentes de tráfico de drogas, a lei reserva a mais grave reprimenda penal dentre as disponíveis (privação de liberdade), inclusive no tocante ao seu cumprimento (regime integralmente fechado). Aos narcotraficantes, *por expressa disposição da lei especial*, os imperativos de prevenção geral e especial não se comparam com meras restrições de direitos. A prisão continua sendo a justa e adequada resposta.

Além de se constituir em interpretação violadora de preceitos constitucionais e legais, inaceitável, sob qualquer prisma, que se queira dar aos agentes do tráfico de substâncias entorpecentes a aplicação benigna da nova Lei, que se pretenda fazê-los destinatários das penas alternativas de prestação pecuniária, perda de bens ou valores, limitações de fim de semana, serviços à comunidade ou interdição temporária de direitos. 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.

Incompreensível, e posicionamento semelhante foi adotado pela decisão agravada, a assertiva formulada pelo advogado Luís Alexandre Rassi, publicada na *Internet*: *“Conforme se vê da redação do artigo 44 do Código Penal nada impede a concessão da substituição das penas privativas de liberdade – desde que satisfeitos os requisitos – em penas alternativas, ademais, inferindo que a presente Lei é posterior a Lei dos Crimes Hediondo e a Lei dos Crimes de Tortura. Por certo que as leis, tanto a hedionda, quanto a definidora dos crimes de tortura, falam de regime prisional a ser aplicado ao cumprimento da pena, porém, não falam em vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa. Se não fala, não veda”* (grifo nosso).

Incompreensível porque, se a legislação estabeleceu uma série de vedações a regime de maior liberdade relativamente aos autores de crimes hediondos e assemelhados, evidente que não deveria também dispor sobre a impossibilidade de conversão da prisão em restritiva de direitos. Somente o que é conversível pode ser convertido. Se o apenamento estabelecido pela lei especial é rigoroso, implicando na privação da liberdade, e não menos severo o respectivo regime de cumprimento, tecnicamente desnecessária, para não se dizer mais, qualquer estipulação proibitiva da pretendida conversão.

Ainda que a hermenêutica recomende interpretação restritiva às normas que limitam direitos individuais, tal recomendação só tem cabida quando a lógica do razoável não a refutar, exatamente como no caso em questão. A propósito, *a muralha da Lei é a lógica*.

E a lógica, *funcionando como muralha*, afasta a incidência do regramento da Lei nº 9.714/98 aos agentes do crime de narcotráfico, conclusiva e definitivamente, porque:

a) De inconciliável coexistência a 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, 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; realmente, seria de *doer nos olhos*, lembrando conhecida expressão de Tourinho Filho;

b) De inconciliável coexistência a regra que admite a prisão temporária com outra que, em sobrevindo condenação, autorize a liberdade mediante substituição da pena carcerária por restritiva de direitos (art. 44, inc. I, do CP); suficiente examinar a natureza dos crimes em que é a temporária permitida para comprovar-se a excepcionalidade da medida, que só se justifica, como prisão para averiguações, devido à gravidade dos delitos homicídio doloso, seqüestro, cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro; atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável, substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio e contra o sistema financeiro;

c) De inconciliável coexistência a 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 rigor, a substituição da prisão por restritiva de direitos;

d) Incompatível, enfim, norma concessiva de tamanha benesse em favor de agente de crime constitucionalizado e que pela Carta Maior foi erigido como de elevada lesividade e considerado merecedor de significativa severidade em termos de reação penal.

DO PARECER

O juiz, o promotor e o advogado, principais personagens do processo de aplicação da lei penal, que têm diante de si um sistema de Direito, não o podem receber apenas como concatenação lógica de proposições. Devem sentir que nesse sistema existe algo de subjacente, que são os fatos sociais aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta dos valores, em um processo de integração dialética, que implica ir do fato à norma e da norma ao fato. As normas não são todo o fenômeno jurídico, mas apenas os momentos culminantes de um processo.

Diante do exposto, com integral endosso das razões do digno e combativo Dr. Promotor de Justiça, que uma vez mais dá mostras concretas da consciência de sua relevante função fiscalizatória da Lei, o parecer do **Ministério Público** é pelo provimento do recurso” (fls. 86/111).

- Ante o exposto, dou provimento ao agravo, o que decido aos efeitos de cassar a r. decisão que substituiu a pena privativa de liberdade imposta ao agravado por restritivas de direito.

DES. WALTER JOBIM NETO: Sr. Presidente, estou acompanhando não pela tese em gênero, mas pelo caso concreto.

DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS: Sr. Presidente, estou acompanhando, coerente com o voto proferido em agravo julgado na semana passada.

Decisora de 1º Grau: Dra. ANAÍSA ACCORSI PERUFFO.

M.