

Aplicar pena alternativa para o tráfico de drogas é inconstitucional

Quando da vigência da Lei 6.368/1976 discutia-se sobre a possibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o condenado por tráfico de drogas. O assunto não era pacífico na doutrina, embora os Tribunais Superiores decidissem reiteradamente no sentido da possibilidade, haja vista a inexistência de norma específica sobre o assunto.

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei de Drogas, pretendeu solucionar o impasse, vedando o benefício, que deve ser reservado para os crimes menos graves, não sendo razoável premiar traficante de drogas com a substituição.

O artigo 44, *caput*, da Lei de Drogas veda, expressamente, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o condenado pelos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e parágrafo 1º, e 34 a 37.

Já o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, que prevê uma causa de diminuição de pena, também estabelece, no caso de sua aplicação, que a pena privativa de liberdade não poderá ser substituída por restritiva de direitos.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de não ser possível a aludida substituição para o condenado por tráfico de drogas e condutas correlatas (artigos 33, *caput* e parágrafo 1º, e 34 a 37), bem como quando da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas (HC 144.915/MG, Rel. Laurita Vaz, v.u., j. 01.06.2010. No mesmo sentido — STJ — HC 136.618/MG, 5ª t., Rel. Min. Laurita Vaz, v.u., j. 01.06.2010).

Com entendimento contrário, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça suscitou a inconstitucionalidade dos artigos 33, parágrafo 4º, e 44, *caput*, da Lei de Drogas por vedarem a substituição. Julgando a arguição de inconstitucionalidade, em sessão realizada no dia 04 de novembro de 2009, por maioria, a Corte Especial rejeitou a arguição, entendendo ser perfeitamente constitucional a vedação. Isso porque se trata da vontade do Constituinte, que teve o tráfico de drogas como conduta de especial gravidade, tanto que determinou que a lei o considerasse crime inafiançável e insuscetível de anistia e graça (artigo 5º XLIII), além de ter possibilitado a extradição do brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido com o tráfico de drogas (artigo 5º, LI). Asseverou-se, também, que se referidos dispositivos fossem inconstitucionais, o artigo 44, inciso I, do Código Penal também o seria, quando veda a substituição para o crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Aliás, enquanto a vedação estabelecida no Código Penal é fundamentada em lei ordinária, a contida na Lei de Drogas tem origem constitucional (AI no HC nº 120353/SP, rel. Min. Og Fernandes).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, analisando a questão no HC 97.256/RS, tendo como relator o ministro Ayres Britto, por seis votos a quatro, em julgamento realizado no dia 01 de setembro de 2010, julgou ser inconstitucional a proibição da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida nos artigos 33, parágrafo 4º e 44, *caput*, da Lei de Drogas, haja vista não poder a lei subtrair do Julgador a possibilidade de analisar a viabilidade da substituição, o que viola o princípio da individualização da pena.

Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido tomada no controle difuso de constitucionalidade, não possuindo efeito *erga omnes*, deverá alterar posicionamento praticamente pacífico dos demais Tribunais brasileiros no sentido da impossibilidade da substituição.

A decisão da Excelsa Corte não impede que o juiz deixe de proceder a substituição com fundamento nos demais requisitos previstos no Código Penal. Ela simplesmente possibilita que o Magistrado analise a questão e decida se procede a substituição ou não.

Boa parte dos crimes previstos na Lei de Drogas é sancionada com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, não permitindo, portanto, a substituição, nos termos do artigo 44, I, do Código Penal.

Ademais, mesmo que presente o requisito objetivo (quantidade da pena), não nos parece razoável proceder a substituição para autor de crime de suma gravidade. A personalidade, a conduta social e culpabilidade do traficante de drogas e de quem de qualquer forma o auxilia, bem como as consequências do crime, que são nefastas para o viciado e usuário e para a sociedade, não recomendam a substituição, que pode ser indeferida nos termos do artigo 44, III, do Código Penal.

Novamente, em sentido contrário ao que pretende a sociedade, que, no caso, foi atendida pelos Parlamentares ao vedarem a aplicação de penas restritivas de direitos ao traficante e seus asseclas, o Supremo Tribunal Federal vem a propiciar a benesse para o autor de um dos crimes mais deletérios para a humanidade.

A droga é o câncer que assola a todo o mundo já que, direta ou indiretamente, é responsável por boa parte dos crimes violentos que o afligem. Por causa dela as pessoas matam ou são mortas. É muito difícil um crime violento não ter a droga como estopim. Ou o agente está sob seu efeito, ou é vítima de um traficante ou de um drogado, ou é um traficante que mata um rival etc. Enfim, a droga, de uma maneira ou de outra, está ligada aos crimes mais graves.

Parece-nos que não sabem disso alguns dos Ministros que compõem a mais alta Corte do nosso país, que deixaram ao alvedrio do juiz a aplicação, ou não, da substituição, sob o argumento de não poder a lei impossibilitar a apreciação pelo Poder Judiciário quanto à viabilidade da substituição.

O assunto já havia sido apreciado e julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que, em lapidar decisão, entendeu que a vedação era perfeitamente constitucional e somente atendia a mandado de criminalização expresso previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Magna Carta.

Foi a própria Constituição Federal que determinou tratamento diferenciado para o autor de vários crimes



de especial gravidade, dentre eles o tráfico de drogas. O que nos parece inconstitucional é dar o mesmo tratamento para o autor de crime comum e para o autor de tráfico de drogas, haja vista a determinação expressa da Constituição Federal no sentido de a lei lhes tratar de maneira diferente.

Em suma, a decisão foi tomada, mas cabe ao intérprete, na análise do caso concreto, decidir se premia o traficante e seus asseclas com a substituição ou a sociedade ordeira com a vedação, não nos esquecendo das finalidades da pena, principalmente a prevenção especial e a geral.