

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

ALGUMAS NOTAS SOBRE A ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A natureza da norma contida no artigo 14, da Lei 6.368/76 – 3. A Lei 8.072/90 e o art. 8.º – 4. Posições doutrinárias e jurisprudenciais – 5. Análise crítica da questão.

1. Introdução

A perspectiva deste estudo é renovar o debate sobre importante tema que vem se mostrando bastante atual e freqüente, a saber, a ab-rogação, a derrogação ou a manutenção da norma que trata do crime previsto no art. 14 da Lei 6.368, de 21.10.1976, diante do que dispõe o art. 8.º da Lei 8.072, de 25.07.1990. Trata-se de questão discutida na doutrina, mas que repercutiu junto aos tribunais brasileiros, culminando com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Moreira Alves,¹ cuja orientação vem sendo observada de forma predominante na jurisprudência. A respeito do assunto a doutrina ainda apresenta posições divergentes adotando argumentos variados.

O ponto central da discussão diz respeito à extirpação do ordenamento jurídico brasileiro do tipo penal da associação para fins de tráfico,² tratado na Lei

6.368/76, por força da redação do art. 8.º da Lei 8.072/90.³ Vicente Greco Filho observa que a Lei 55.267, de 29.10.1971, ao alterar a redação do § 5.º do art. 281 do Código Penal, veio a atender recomendação contida na Convenção Única sobre Entorpecente, consignando que: “O § 5.º do art. 281 na redação da Lei 5.726/71 não foi feliz, contudo, na escolha dos termos. Usou a mesma denominação do art. 288 do Código Penal, ‘quadrilha ou bando’, mas reduziu o número necessário de partícipes para dois, de modo que tínhamos ‘quadrilha’ composta de duas pessoas”.⁴ Realmente, a Convenção Única sobre Entorpecentes,

para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

(3) Assim foi redigido o art. 8.º, *caput*: “Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

(4) Vicente Greco Filho, *Tóxicos*, 7. ed. ampl. e atual., São Paulo : Saraiva, 1991. p. 109.

(1) Trata-se do julgamento do HC 68.793-RJ, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que será no curso do trabalho comentado.

(2) De acordo com a Lei 6.368/76, em seu art. 14, “associarem-se duas ou mais pessoas

de 1961, promulgada pelo Decreto 54.216, de 27.08.1964, contém a seguinte disposição, em seu art. 36, 2, a), ii): "Serão considerados delitos puníveis, na forma estabelecida no § 1.º, a participação deliberada, a confabulação destinada à consumação de qualquer dos referidos crimes, bem como a tentativa de consumá-los, os atos preparatórios e as operações financeiras em conexão com os mesmos". Assim, o Direito positivo brasileiro criou figura típica autônoma e especial para reprimir o delito de associação para fins de tráfico, tendo a Lei 6.368/76, no seu art. 14, cuidado do assunto de forma mais aprimorada.

2. A natureza da norma contida no artigo 14 da Lei 6.368/76

Se com o advento da Lei 5.726/71 o art. 288 do Código Penal foi derogado no pertinente a associação para fins de tráfico, com maior razão ainda o art. 14 da Lei 6.368/76 deve ser considerado norma que cuida exclusivamente de preceito relativo ao delito de associação com finalidade de realização do tráfico de entorpecentes. Trata-se de conflito aparente de normas que é solucionado não apenas com a aplicação do princípio *Lex posterior derogat priori*, mas, também, e principalmente, com o princípio da especialidade, atendendo justamente às recomendações contidas na Convenção Única sobre Entorpecentes de reprimir, autonomamente, os crimes de associação para fins de tráfico, com tratamento diferenciado de outras associações delinquentiais.

Ao cuidar do princípio da especialidade, Damásio de Jesus leciona: "Diz-se que uma norma penal incriminadora é especial em relação a outra, geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes, apresentando,

por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade. A norma especial, ou seja, a que acresce elemento próprio à descrição legal do crime previsto na geral, prefere a esta: *lex specialis derogat generali; semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogatur*".⁵

Os elementos especializantes do tipo do crime de associação para fins de tráfico de entorpecentes são: a) a finalidade de realizar qualquer uma das figuras típicas previstas nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76; b) a existência de pelo menos duas pessoas com vínculo associativo e acordo de vontades. Assim, no confronto entre as normas dos arts. 288 e 14, o primeiro do Código Penal e o segundo da Lei de Tóxicos, é perfeitamente aplicável o princípio da especialidade diante da antinomia aparente, porquanto a ordem jurídica é constituída de diversas disposições que se harmonizam e se complementam, havendo regras para resolver o aparente conflito existente.

"É importante observar que a especialidade do crime de associação para fins de tráfico decorre da própria adesão da República Federativa do Brasil a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, documento que insere regra explícita quanto a necessidade de se reprimir, com autonomia, a conduta delituosa, mormente a confabulação, sem se referir ao mínimo de quatro pessoas, buscando fornecer tratamento mais rigoroso voltado para a repressão do narcotráfico.

3. A Lei 8.072/90 e o artigo 8.º

Assim que iniciada a vigência da Lei 8.072/90, conhecida como lei dos crimes hediondos, várias vozes doutrinárias se

⁽⁵⁾ *Direito penal*. 12. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1988. v. I, p. 94-95.

levantaram para tecer severas críticas ao conteúdo do texto legal, não apenas sobre o aspecto material, como também relativamente às questões formais.⁶ “O processo de elaboração desse diploma legal não é muito conhecido. Não se sabe se foi precedido de qualquer discussão ou consultas a entidades da sociedade civil, como, p. ex., a Ordem dos Advogados do Brasil, e a sua aprovação foi a ‘toque de caixa’, mediante o recurso regimental denominado como ‘acordos

de liderança.’”⁷ Não há dúvida acerca do objetivo da lei em questão: reprimir com maior severidade condutas consideradas crimes de maior gravidade, como os hediondos e os a eles equiparados, buscando implementar o comando constitucional contido no art. 5.º, inc. XLIII. “O que principalmente visou a nova lei foi, sem dúvida, punir mais gravemente as infrações penais nela arroladas, evitando que, durante o processo, fique solto o agente preso em flagrante.”⁸ Os dispositivos da Lei 8.072/90, portanto, buscaram recrudescer o combate à criminalidade, de acordo com o contexto histórico e social existente na época da sua promulgação. A *mens legis* foi a de dotar mais eficácia e gravidade aos mecanismos de repressão criminal, com o objetivo de diminuir a criminalidade e portanto não se trata de uma lei abolicionista ou liberal.

Com tal raciocínio, o legislador instituiu a norma contida no art. 8.º da Lei 8.072/90, segundo a qual passou a ser cominada pena de reclusão de três a seis anos na hipótese de bando ou quadrilha (art. 288 do Código Penal), quando se tratar de crimes hediondos ou equiparados, incluindo o *tráfico ilícito de entorpecentes*. Nota-se, claramente, que o legislador de 1990, ao aprovar a lei dos crimes hediondos, buscou, através do art. 288 do Código Penal, instituir pena privativa de liberdade mais grave para aqueles que se associam, em quadrilha ou bando, para cometer crimes hediondos ou equiparados, simplesmente esquecendo que o crime de associação para fins de tráfico já estava tratado no art. 14 da Lei 6.368/76, com pena mais grave, na

(6) Veja o comentário de Júlio Fabbrini Mirabete: “São diversas, também, as imperfeições da Lei 8.072, o que deve gerar discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais quando de sua aplicação” (Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei, *RT*, 663, São Paulo : Ed. RT, jan./1991, p. 269). O mesmo autor observa o descuido do legislador: “Omissões e imperfeições da Lei 8.072 demonstram que foi ela elaborada com afoiteza e sem os cuidados necessários, exigíveis do legislador, especialmente, em matéria penal” (p. 270). O Magistrado Paulo Maurício Pereira se manifestou no mesmo sentido: “A Lei dos Crimes Hediondos, ainda no berço, já vem apresentando defeitos flagrantes, resultado não só do período em que foi gerada e nasceu, de muita violência, mas também e principalmente da volúpia legiferante e da vocação populista dos nossos políticos, que tudo fazem para aparecer, até leis, apesar de saberem que apenas com elas não irão resolver o problema do País, em especial os sociais, raízes da violência” (A Lei dos Crimes Hediondos e a liberdade provisória *RT*, 671, São Paulo : Ed. RT, set./1991, p. 285). Do mesmo modo, o Procurador de Justiça Jaques de Camargo Penteado, ao comentar a lei: “Maquiado, o grupo do ‘prendo e arrebeno’ legisla com o nome de ‘movimento da lei e ordem’. A sofisticação mal encobre a falta de estudo científico sobre as causas da criminalidade. Importam-lhe os efeitos. Sobreleva a discurso intimidativo. Não se realiza um só ato efetivo de política penitenciária” (Pena hedionda, *RT*, 674, São Paulo : Ed. RT, dez./1991, p. 286).

(7) Márcio Bártoli. Crimes hediondos *RT*, 684, São Paulo : Ed. RT, out./1992, p. 295.

(8) Antônio Scarance Fernandes. Considerações sobre a Lei 8.072, de 25.07.1990 — crime hediondos. *RT*, 660, São Paulo : Ed. RT, out./1990, p. 261.

cominação máxima do que a prevista no próprio art. 8.º da Lei 8.072/90.

Colocadas tais premissas, é oportuno traçar o desenvolvimento do assunto nas obras doutrinárias e julgados, desde o advento da Lei 8.072/90, possibilitando a análise mais detida acerca dos argumentos apresentados, visando alcançar conclusão sobre tema deveras interessante e atual.

4. Posições doutrinárias e jurisprudenciais

Após tratar do crime de quadrilha ou bando para a prática de crimes indeterminados (art. 288, *caput*, do Código Penal), Damásio de Jesus anota que se a finalidade da quadrilha se projeta aos delitos mencionados no art. 8.º da Lei 8.072/90, incidirá o disposto no art. 288 do diploma penal, como preceito primário, com o preceito secundário da lei dos crimes hediondos. Ao comentar o art. 8.º, quando se refere ao crime de tráfico de entorpecente, o festejado penalista observa: "O art. 8.º da Lei 8.072/90, também, faz referência ao crime de 'tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins', mencionando o art. 288 do Código Penal e parecendo se esquecer de que o art. 14 da Lei 6.368/76 define o delito de quadrilha ou bando. Há três opções: 1.ª) o art. 14 da Lei 6.368/76 não foi revogado, quer quanto à definição, quer quanto à pena; 2.ª) o art. 14 foi inteiramente revogado, quer quanto ao tipo incriminador, quer quanto à pena, aplicando-se o art. 288 do Código Penal no tocante à definição típica e a pena do art. 8.º da Lei 8.072; 3.ª) o art. 14 foi derogado: quanto ao tipo aplica-se o art. 14; quanto à pena, o art. 8.º da Lei 8.072. (...) Das três possíveis orientações, a menos pior é a terceira, que adotamos. Tratando-se de quadrilha formada para o fim de tráfico de drogas (somente os crimes descritos nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76), não se

aplica o art. 288 do Código Penal (que exige quatro participantes, no mínimo), mas sim o art. 14 da lei especial (que se contenta, no mínimo, com duas pessoas), com a pena do art. 8.º da Lei 8.072: reclusão, de três a seis anos. Entendemos que o art. 14 não foi revogado em sua definição típica pelo art. 8.º, tanto que o art. 10 da Lei 8.072 acrescenta um parágrafo único ao art. 35 da Lei 6.368, com a seguinte redação: 'Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes dos arts. 12, 13 e 14' (grifo nosso). Como se vê, a lei manteve o art. 14, que descreve o delito de quadrilha para fins de drogas. Foi derogado e não revogado. E se está em vigor, só pode impor a pena do art. 8.º da Lei 8.072: reclusão, de três a seis anos. Isso porque é essa a pena cominada, segundo o art. 8.º, para o crime de quadrilha para fins de tráfico de drogas".⁹

A mesma conclusão foi alcançada por Júlio Fabbrini Mirabete: "... a lei prevê, no art. 8.º, que a formação de quadrilha ou bando para esse fim é sancionada com uma pena de três a seis anos de reclusão. Ora, o art. 14 da Lei Antitóxicos previa para o crime de associação criminosa de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de entorpecentes uma pena de três a dez anos de reclusão, além de multa de 50 a 360 dias-multa. Assim, quando se clama por mais rigor na repressão ao tráfico, especialmente quanto ao crime organizado, a lei acabou por diminuir a pena para o crime de quadrilha ou bando destinado a esse fim. Além disso, como efeito da Lei 8.072, o crime de associação criminosa para o tráfico de entorpecentes, que se configura com a

⁽⁹⁾ *Código Penal anotado* 5. ed. ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 764.

existência de, no mínimo, duas pessoas, continua descrito no art. 14 da Lei Antitóxicos, mas sua sanção é prevista agora no seu art. 8.º, que faz referência ao art. 288 do CP".¹⁰

É válida a observação que o mesmo aparente conflito de normas também surge no tocante ao crime de associação delinqüencial para a prática do crime de genocídio (art. 2.º da Lei 2.889, de 1.º.10.1956), atualmente um dos crimes hediondos.¹¹ Ocorre que, na solução de tal conflito, inexistente distinção quanto ao preceito primário entre a quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal) e a associação para fins de prática de crimes de genocídio (art. 2.º da Lei 2.889/56), salvo a especialidade da finalidade da associação (para fins de cometimento de crimes de genocídio). Quanto ao número mínimo de integrantes da associação, o art. 2.º, referido, exige também quatro pessoas. Daí por que o conflito se resolve pelo princípio *lex posterior derogat priori*, razão pela qual houve derrogação do art. 2.º apenas quanto ao preceito secundário, ou seja, a sanção passou a ser reclusão, de três a seis anos.

Valdir Sznick, por sua vez, defende a orientação segundo a qual o art. 8.º, da Lei 8.072/90 não modificou a norma do art. 14 da Lei 6.368/76, nem mesmo quanto à sanção penal: "Há aqui uma impropriedade. A Lei de Entorpecentes prevê a associação no art. 14, a pena é de

3 a 10 anos; o art. 8.º dispõe de 3 a 6 anos. Qual prevalece? A lei especial, que é a mais severa, a de Entorpecentes".¹²

Adotando posição diametralmente oposta, Alberto Silva Franco sustenta a ab-rogação do art. 14 da Lei 6.368/76, tecendo os seguintes comentários: "O art. 8.º da Lei 8.072/90, criou, em verdade, uma segunda modalidade do tipo denominado 'quadrilha ou bando'. Recorrendo aos elementos estruturais do art. 288 do Código Penal, o legislador de 90 efetuou a montagem oblíqua de uma outra figura criminosa, com igual denominação jurídica. (...)

Em linhas gerais, o comando primário contido, de modo implícito, no art. 8.º da Lei 8.072/90 reiterou os termos do art. 288 do Código Penal. Inovou, contudo, na explicitação da finalidade que deve mover os agentes para a associação criminosa. (...) O elemento situado do tipo, representado pelo impulso psicológico para um fim, que está subjetivo além da conduta objetivamente exigida, é diverso no art. 288 do Código Penal e no art. 8.º da Lei 8.072/90: no primeiro caso, a associação criminosa tem por fim o cometimento indiscriminado de crimes (finalidade ampla) ao passo que tal conduta associativa objetiva, no segundo caso, o fim da prática de crimes específicos (finalidade estrita)".¹³

Alberto Silva Franco apresenta os argumentos para sustentar a conclusão acerca da ab-rogação do art. 14: "... o texto do art. 8.º da Lei 8.072/90 é explícito demais para que se possa admitir a subsistência do art. 14 da Lei 6.368/76. Se a lei mais recente aborda a questão da associação criminosa organizada para o fim do tráfico ilícito de entorpecentes e

(10) Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei. cit. p. 271-272.

(11) Antônio Scarance Fernandes observou, com propriedade, que além do conflito entre as normas do art. 8.º da Lei 8.072/90 e do art. 14 da Lei 6.368/76, o conflito aparente de normas entre o art. 8.º da Lei 8.072/90 e o art. 2.º da Lei 2.889/56 também passou a existir (Considerações sobre a Lei 8.072, de 25.07.1990 — crimes hediondos, cit., p. 264).

(12) *Comentários à Lei dos Crimes Hediondos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Leud, 1993. p. 361.

(13) *Crimes hediondos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo : Ed. RT, 1992. p. 227-228.

drogas afins, é óbvio que uma figura criminosa anterior, que versa sobre a mesma matéria, foi, logicamente, revogada. Depois, porque a equivocada referência ao art. 14 da Lei 6.368/76, feita no art. 10 da Lei 8.072/90, não basta para garantir-lhe sobrevida. A regra do art. 10 do novo diploma legal refere-se, com exclusividade, à questão de prazos procedimentais e não é suficiente para ressuscitar, em nível penal, um tipo que o art. 8.º da mesma lei deu por morto. Por fim, porque não tem cabimento a adoção de uma interpretação atentatória à regra de que não podem existir, sobre o mesmo objeto, disposições penais incompatíveis entre si".¹⁴

A posição sustentada por Vicente Greco Filho, também no sentido da abrogação do art. 14 da Lei de Entorpecentes, apresenta outros fundamentos: "Como não se pode, em termos interpretativos, combinar leis para fazer uma terceira, as penas do art. 288 do Código Penal, com os limites da Lei 8.072/90, só poderão ser aplicadas se se entender revogado o artigo comentado. E essa revogação, que em nosso entender ocorreu, se aplica integralmente, inclusive quanto aos elementos do tipo. É estranho, porém, que a mesma Lei 8.072/90, pelo art. 10, ao introduzir parágrafo único ao art. 35 da lei comentada, duplicando os prazos, refere o art. 14, que entendemos tacitamente revogado pelo seu art. 8.º".¹⁵

Ao analisar a Lei 8.072/90, João José Leal expõe que a partir da nova lei o

direito brasileiro passou a ter duas espécies de crimes de quadrilha ou bando: aquela prevista no art. 288, *caput*, do Código Penal, e a prevista na combinação entre os arts. 8.º, da citada lei, e 288, *caput*, do Código Penal, sendo que houve aumento da sanção: "A majoração da pena aqui consubstanciada revela mais uma face dessa cruzada da intolerância institucional, marcada pela exasperação punitiva em todos os sentidos e que, analisada com a necessária acuidade, apresenta-se como uma autêntica opção anti-histórica e como medida legal inócua, quanto a suas conseqüências práticas de prevenção à delinquência".¹⁶ E, mais adiante, o mesmo jurista arremata: "A melhor interpretação jurídica está com a corrente doutrinária que defende a revogação do art. 14 pelo art. 8.º da LCH. Este dispositivo legal, embora não tenha instituído um novo tipo penal, estabelece claramente que será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP, 'quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo'. Mais claro não é preciso. O novo dispositivo refere-se e se encarna ao tipo penal do art. 288 do CP, cominando pena mais grave no caso de crime hediondo, aí incluído expressamente o de tráfico de substâncias entorpecentes".¹⁷

O Supremo Tribunal Federal, através das duas Turmas, decidiu no sentido de que a tipificação prevista no art. 14 da Lei 6.368/76 não foi abrogada, tendo o dispositivo sido revogado, apenas, quanto ao preceito secundário. Em voto da lavra do Min. Moreira Alves, após ser feita a análise dos métodos de interpretação no conflito entre dispositivos de uma mesma Lei (8.072/90), chegou-se à conclusão: "No caso, a interpretação

(14) *Crimes hediondos*. cit. p. 232-233, com citação de trecho de Francisco de Assis Toledo (Crime hediondos – alguns aspectos importantes. *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, 1991, p. 211).

(15) *Tóxicos*. cit. p. 108-109. A despeito da conclusão de Vicente Greco Filho, o próprio autor ressalvou que conservou os comentários feitos a respeito do art. 14 da Lei 6.368/76, muito embora o considerasse revogado.

(16) *Crimes hediondos*. São Paulo : Atlas, 1996. p. 139.

(17) *Crimes hediondos*. cit. p. 141.

corretiva é perfeitamente aplicável. Com efeito, atendendo-se a que o art. 8.º da Lei 8.072/90 se dirige à pena e a que o art. 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como um vigor o tipo delituoso previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação abrogante — que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciliabilidade absoluta — será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade”.¹⁸

O Superior Tribunal de Justiça, do mesmo modo, vem se orientando no sentido da convivência entre o art. 14 da Lei 6.368/76 e o art. 8.º da Lei 8.072/90, com revogação tão-somente do preceito secundário do tipo cuidado na Lei Antitóxicos. O Min. Luiz Vicente Cernicchiaro proferiu voto em caso relacionado ao tema, com os seguintes dizeres: “Meu entendimento, seguindo longo voto do Min. Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, é no sentido da convivência do art. 14 da Lei de Tóxicos e do art. 8.º da Lei 8.072 que acrescentou um parágrafo ao art. 288. Há compatibilidade, porque o art. 12 (*sic*, art. 14) fala em associarem-se duas ou mais pessoas e o 288 em associarem-se três ou mais no caso para o tráfico de entorpecentes. Acrescentou-se também à conclusão da-quele acórdão do Supremo Tribunal Federal, buscando coexistência das normas jurídicas — são certos pormenores esse acórdão que reputo, talvez o mais importante do Supremo Tribunal Federal foi capitaneado por um civilista que é o Min. Moreira Alves —, no sentido de que o

crime mais grave tem que ter pena mais grave do que o menos grave e que o crime menos grave tem que ter pena menos grave em relação à infração mais grave. É evidente, reunião de três ou mais pessoas é mais grave que a de duas ou mais pessoas, dando a possibilidade, pelo menos em tese, de maior sucesso, relativamente à consumação. Ora, ocorreu que o art. 14, originariamente, a pena cominada, reclusão de três a dez anos, e o art. 288, de acordo com a Lei 8.072, de três a seis anos, ou seja, com aquela orientação do Supremo Tribunal Federal, que considero escorreita, foram unificados”.¹⁹

5. Análise crítica da questão

De acordo com as posições doutrinárias e jurisprudenciais acima expostas, a permanência, ou não, da vigência da norma contida no art. 14 da Lei 6.368/76 se baseia em dois aspectos distintos: a) a aparente antinomia entre os arts. 8.º e 10 da Lei 8.072/90; b) a criação de uma

(19) Conforme voto do Relator, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, no julgamento do Recurso Especial 85.965-SP (96.0002582-7), da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, datado de 24.06.1996. No mesmo sentido: Recurso Especial 30.319-PA, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Adhemar Maciel, acórdão publicado no *DJ* de 28.06.1993. O Tribunal Regional Federal da 1.ª Região também vem se orientando no mesmo sentido: Apelação Criminal 0122139-TO, da Terceira Turma, Relator Juiz Tourinho Neto, acórdão publicado no *DJ* de 26.04.1996. No mesmo sentido a orientação do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região: HC 3016118, da Primeira Turma, Relator Sinval Antunes, acórdão publicado no *DJ* de 08.07.1997. Ainda: Tribunal de Justiça de São Paulo (Ag 150.791-3/0, Relator Djalma Lofrano, *RT* 716/417), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ap 694106790, Relator Egon Wilde, *RJTJRS* 168/114).

(18) Acórdão proferido no julgamento do HC 68.793-RJ, publicado no *DJ* de 13.02.1992.

figura típica híbrida, que conjuga o disposto no art. 288 do Código Penal, com a previsão do art. 8.º da Lei 8.072/90, que é incompatível com a continuidade do art. 14 da Lei Antitóxicos. Respeitadas as posições acima elencadas, com argumentos jurídicos bastantes defensáveis, deve-se considerar, no entanto, que os reais fundamentos para a solução da questão não foram abordados, conforme ora se buscará expor.

Inicialmente, deve ser destacado que a Lei 8.072/90 não pode ser considerada um modelo de legislação diante das diversas omissões, incongruências, falhas e equívocos apontados pela doutrina. No entanto, é pacífico o entendimento segundo o qual a finalidade da lei foi a de incrementar mecanismos de recrudescimento ao combate à criminalidade violenta e perigosa. Desse modo, o objetivo da lei não foi o de descriminalizar certas condutas relacionadas aos crimes hediondos e equiparados; muito pelo contrário. Assim, qualquer orientação no sentido oposto estaria na contramão da *mens legis*, porquanto o sistema introduzido pelo texto legal de 1990 se mostrou claro, qual seja, o de agravar sanções, impor regime único de cumprimento de pena, dentre outras medidas de caráter intimidatório e repressivo. É certo que diante da forma como a Lei 8.072/90 foi introduzida no ordenamento jurídico, a despeito do contexto histórico e social, o texto acabou sendo mais benéfico do que o Direito anterior em alguns casos (mas esse, efetivamente, não foi o objetivo da lei), podendo ser citado justamente o novo preceito secundário do art. 14 da Lei 6.368/76, que passou a ser de três a seis anos, de reclusão, suprimindo a cominação anterior de três a dez anos, de reclusão, além de pena pecuniária.²⁰

Assim, em vez invés de ser uma lei descriminalizante, a Lei 8.072/90 se insere em contexto oposto, aí incluído o art. 8.º do texto em questão. É de se lamentar que o legislador tenha omitido a referência ao art. 14 da Lei Antitóxicos, na redação do art. 8.º, lembrando de mencioná-lo quando redigiu a regra contida no art. 10 da mesma lei. Contudo, ainda que não houvesse o art. 10 da Lei 8.072/90, o raciocínio seria o mesmo, não se podendo admitir que tão-somente por uma questão gramatical (ou literal) se resolva a discussão sobre a permanência do crime de associação para fins de tráfico, formado por apenas duas ou três pessoas.

“O processo hermenêutico, em que sobressai a figura do juiz, não se pode realizar sem ampla valorização de todos os dados em questão. A busca do significado, que visa, não se restringe às leis, mas abrange os fatos e as leis.”²¹ O art. 8.º da Lei 8.072/90, de forma coerente com o tratamento que a lei proporcionou, teve o objetivo de tornar mais grave a associação para fins dos crimes hediondos e equiparados (tortura, terrorismo etc.) em relação a associação delituosa para a prática de quaisquer espécies de crimes. Assim, evidentemente, não foi objetivo do dispositivo citado descriminalizar a conduta prevista no art. 14 da

(21) Plauto Faraco de Azevedo. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 67. O mesmo autor acentua: “O trabalho do jurista percorre um longo caminho, situando-se entre a criação (momento inicial) e a aplicação das normas jurídicas (momento final). (...) o trabalho do jurista não consiste (dir-se-ia melhor – não pode consistir) simplesmente em um trabalho de análise formal das normas, visto que reconduz a uma compreensão de fundo dessa mesma realidade social a que o direito vai aplicar-se, bem como à análise das vias de comunicação que se estabelecem entre a norma e a realidade social através dessa aplicação” (p. 30).

(20) A respeito, confira o art. Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei, de Júlio Fabbrini Mirabete, RT 663, cit., p. 271-272.

Lei 6.368/76. A melhor redação do dispositivo, sem sombra de dúvidas, seria a de se referir não somente ao art. 288 do Código Penal, mas também ao art. 14 da Lei 6.368/76. De qualquer modo, diante da falta de técnica legislativa, não se mostra razoável que a interpretação do dispositivo se dê de forma literal, isolada, assistêmica, enfim, fora do contexto histórico-jurídico-social no qual a lei foi elaborada, aprovada e promulgada. Deve-se, pois, entender que, apesar de não expressamente incluída do art. 8.º do texto, o preceito implicitamente se refere ao art. 14 da Lei 6.368/76, e não apenas ao art. 288 do Código Penal.

Assim, a norma do art. 10 da Lei 8.072/90 serve tão-somente como reforço para a conclusão acima, e, ainda que não tivesse sido redigida, não conduziria a outro entendimento que não o acima exposto. Ou seja, a questão não se refere à aparente antinomia entre os preceitos dos arts. 8.º e 10 da Lei 8.072/90, mas sim deve ser visualizada sob outro prisma, o da verdadeira *mens legis*.

Aliás, vale notar que o art. 14 da Lei 6.368/76, diante do princípio da especialidade, não se confunde com o art. 288 do Código Penal, sendo aquele norma especial em relação a este, que é norma geral. O art. 288 citado foi derogado antes da própria edição da Lei 6.368/76, ainda na época da Lei 5.726/71, que deu nova redação ao art. 281 do Código Penal, atendendo às recomendações da Convenção Única sobre Entorpecentes. Portanto, pelo menos desde 1971 o art. 288 do Código Penal deixou de ser aplicável para as associações delituosas dotadas dos requisitos legais e voltadas para o tráfico de entorpecentes. Assim, não é possível a repristinação dos efeitos do referido art. 288 para o tráfico de entorpecentes, mormente diante da Convenção Única sobre Entorpecentes que recomendou tratamento específico sobre o assunto. Mais uma razão, pois, para

considerar que o preceito primário do art. 14 da Lei 6.368/76 não foi revogado.

A norma contida no art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos não pode ser compreendida fora do contexto histórico-social em que ela se insere. “Nas palavras transcritas já está caracterizada a *Occasio legis*: complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanção do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim, o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente.”²² Diante do aumento da criminalidade violenta e organizada, o citado dispositivo teve como escopo apenas agravar o preceito secundário dos crimes de associação para a prática de crimes hediondos e equiparados, daí a previsão expressa da sanção privativa de liberdade consistente na reclusão, de três a seis anos. Diante da equiparação feita entre os crimes hediondos e o tráfico de entorpecentes, buscou-se a uniformização da sanção penal no pertinente a pena privativa de liberdade, ainda que para tanto a norma tenha sido mais benéfica do que a prevista no art. 14 da Lei 6.368/76, que previa cominação máxima em dez anos de reclusão.

Não há incompatibilidade entre os preceitos primários em questão, mor-

(22) Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 148-149.

mente diante da circunstância que desde 1971 a associação para fins de tráfico passou a ser possível com duas pessoas, enquanto a quadrilha ou bando sempre exigiram o mínimo de quatro agentes.

Além de não ter ocorrido a ab-rogação do art. 14 da Lei Antitóxicos, com o advento do art. 8.º da Lei 8.072/90, deve ser considerado, ainda, que o preceito secundário do art. 14 somente foi derogado, permanecendo a cominação de sanção pecuniária de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa, considerando que inexistente incompatibilidade entre a multa cominada na Lei 6.368/76 e a nova pena privativa de liberdade cominada na lei dos crimes hediondos. Tal conclusão decorre da circunstância de que todos os

tipos penais tratados na Lei 6.368/76 têm a sanção pecuniária prevista cumulativamente ou alternativamente com a pena privativa de liberdade, devendo, assim, ser preservado o sistema instituído pela legislação em comento.

Finalizando a abordagem do assunto, faço minhas as palavras de Plauto Faraco de Azevedo: "A consideração do contexto histórico-social, em que se insere e se realiza o processo interpretativo, é indispensável para perceber-se (e eventualmente para modificar-se) o substrato teórico a orientar o raciocínio na aplicação das normas jurídicas, o papel ideológico da formação jurídica, e os efeitos satisfatórios ou insatisfatórios desse processo".²³

⁽²³⁾ *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. cit. p. 15-16.