

ALGUMAS NOTAS SOBRE A ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

I. 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 artigo 14, da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, diante do que dispõe o artigo 8º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 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 Ministro Moreira Alves¹, 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 tráfico², tratado na Lei nº 6.368/76, por força da redação do artigo 8º, da Lei nº 8.072/90³. Vicente Greco Filho observa que a Lei nº 55.267, de 29 de outubro de 1971, ao alterar a redação do § 5º do artigo 281, do Código Penal, veio a atender recomendação

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

² De acordo com a Lei nº 6.368/76, em seu artigo 14, "*associarem-se duas ou mais pessoas 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 artigo 8º, *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.*"

contida na Convenção Única sobre Entorpecente, consignando que: “O § 5º do art. 281 na redação da Lei nº 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, de 1961, promulgada pelo Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, contém a seguinte disposição, em seu artigo 36, 2, a), ii): “serão considerados delitos puníveis, na forma estabelecida no § 1º, 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 nº 6.368/76, no seu artigo 14, cuidado do assunto de forma mais aprimorada.

II. A Natureza da Norma Contida no artigo 14, da Lei nº 6.368/76

Se com o advento da Lei nº 5.726/71, o artigo 288, do Código Penal, foi derogado no pertinente à associação para fins de tráfico, com maior razão ainda o artigo 14, da Lei nº 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 delinqüenciais.

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 derogantur*”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 artigos 12 e 13, da Lei nº 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 artigos 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 à Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, documento que insere regra explícita quanto à 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.

III. A Lei nº 8.072/90 e o Artigo 8º

Assim que iniciada a vigência da Lei nº 8.072/90, conhecida como lei dos crimes hediondos, várias vozes doutrinárias se levantaram para tecer severas críticas ao conteúdo do texto legal, não apenas sobre o aspecto material como também relativamente às questões formais⁶. “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

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, in Revista dos Tribunais, (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, in Revista dos Tribunais, (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 arrebento’ 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 o discurso intimidativo. Não se realiza um só ato efetivo de política penitenciária” (Pena hedionda, in Revista dos Tribunais, (674), São Paulo, Ed. RT, dez. 1991, p. 286).

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

5 In *Direito penal*, v. 1, 12. ed. rev., São Paulo, Ed. Saraiva, 1988, pp. 94/95.

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 artigo 5º, inciso 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 nº 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 artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, segundo a qual passou a ser cominada pena de reclusão de três a seis anos na hipótese de bando ou quadrilha (artigo 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 artigo 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 artigo 14, da Lei nº 6.368/76, com pena mais grave, na cominação máxima do que a prevista no próprio artigo 8º, da Lei nº 8.072/90.

Colocadas tais premissas, é oportuno traçar o desenvolvimento do assunto nas obras doutrinárias e julgados, desde o advento da Lei nº 8.072/90, possibilitando a análise mais detida acerca dos argumentos apresentados, visando alcançar conclusão sobre tema deveras interessante e atual.

III. Posições Doutrinárias e Jurisprudenciais

Após tratar do crime de quadrilha ou bando para a prática de crimes indeterminados (artigo 288, *caput*, do Código Penal), Damásio de Jesus anota que, se a finalidade da quadrilha se projeta aos delitos mencionados no artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, incidirá o disposto no artigo 288, do diploma penal,

⁷ Márcio Bártoli, *Crimes hediondos*, in Revista dos Tribunais, (684), São Paulo, Ed. RT, out. 1992, p. 295.

⁸ Antônio Scarance Fernandes, *Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 — crimes hediondos*, in Revista dos Tribunais, (660), São Paulo, Ed. RT, out. 1990, p. 261.

como preceito primário, com o preceito secundário da lei dos crimes hediondos. Ao comentar o artigo 8º, quando se refere ao crime de tráfico de entorpecente, o festejado penalista observa:

"O art. 8º, da Lei n. 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 n. 6.368/76 define o delito de quadrilha ou bando. Há três opções: 1ª) o art. 14 da Lei n. 6.368/76 não foi revogado, quer quanto à definição quer quanto à pena; 2ª) 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. 8º da Lei n. 8.072; 3ª) o art. 14 foi derogado: quanto ao tipo aplica-se o art. 14; quanto à pena, o art. 8º da Lei n. 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 n. 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. 8º da Lei n. 8.072: reclusão, de três a seis anos. Entendemos que o art. 14 não foi revogado em sua definição típica pelo art. 8º, tanto que o art. 10 da Lei n. 8.072 acrescenta um parágrafo único ao art. 35 da Lei n. 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. 8º da Lei n. 8.072: reclusão, de três a seis anos. Isso porque é essa a pena cominada, segundo o artigo 8º, 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. 8º, 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

⁹ Código Penal anotado, 5. ed. ampl. e atual., São Paulo, Ed. Saraiva, 1995, p. 764.

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 existência de, no mínimo, duas pessoas, continua descrito no art. 14 da Lei Antitóxicos, mas sua sanção é prevista agora no seu art. 8º, 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 (artigo 2º, da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), atualmente um dos crimes hediondos¹¹. Ocorre que, na solução de tal conflito, inexistente distinção quanto ao preceito primário entre a quadrilha ou bando (artigo 288, do Código Penal) e a associação para fins de prática de crimes de genocídio (artigo 2º, da Lei n. 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 artigo 2º, referido, exige também quatro pessoas. Daí por que o conflito se resolve pelo princípio *lex posterior derogat priori*, razão pela qual houve derrogação do artigo 2º 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 artigo 8º, da Lei n. 8.072/90, não modificou a norma do artigo 14, da Lei nº 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. 8º 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 artigo 14, da Lei nº 6.368/76, tecendo os seguintes comentários:

“O art. 8º 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. 8º 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 subjetivo do tipo, representado pelo impulso psicológico para um fim, que está situado além da conduta objetivamente exigida, é diverso no art. 288 do Código Penal e no art. 8º 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 artigo 14: “... o texto do art. 8º 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 drogas afins, é óbvio que uma figura criminosa anterior, que verse sobre a mesma matéria, foi, logicamente, revogada. Depois, porque a equivocada referência ao art. 14 da Lei 6.368/76, feita no artigo 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. 8º 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 ab-rogação do artigo 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 nº. 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 nº. 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. 8º.”¹⁵

¹⁰ Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei, cit., pp. 271/272.

¹¹ Antônio Scarance Fernandes observou, com propriedade, que além do conflito entre as normas do artigo 8º, da Lei n.8.072/90 e artigo 14, da Lei n. 6.368/76, o conflito aparente de normas entre o artigo 8º, da Lei n. 8.072/90, e o artigo 2º, da Lei n. 2.889/56, também passou a existir (*Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 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, pp. 227/228.

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

¹⁵ Tóxicos, cit., pp. 108/109. A despeito da conclusão de Vicente Greco Filho, o próprio autor ressaltou que conservou os comentários feitos a respeito do artigo 14, da Lei n. 6.368/76, muito embora o considerasse revogado.

Ao analisar a Lei nº. 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 artigo 288, *caput*, do Código Penal, e a prevista na combinação entre os artigos 8º, 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. 8º da LCH. Este dispositivo legal, embora não tendo 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 substância entorpecente”¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal, através das duas Turmas, decidiu no sentido de que a tipificação prevista no artigo 14, da Lei n. 6.368/76, não foi ab-rogada, tendo o dispositivo sido revogado, apenas, quanto ao preceito secundário. Em voto da lavra do Ministro Moreira Alves, após ser feita a análise dos métodos de interpretação no conflito entre dispositivos de uma mesma lei (nº 8.072/90), chegou-se à conclusão: “no caso, a interpretação corretiva é perfeitamente aplicável. Com efeito, atendendo-se a que o artigo 8º da Lei nº 8.072/90 se dirige à pena e a que o artigo 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como um vigor o tipo delituoso previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação ab-rogante — 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 artigo 14, da Lei nº 6.368/76, e o artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, com revogação tão-somente do preceito secundário do tipo

cuidado na Lei Antitóxicos. O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro proferiu voto em caso relacionado ao tema, com os seguintes dizeres: “*Meu entendimento, seguindo longo voto do Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, é no sentido da convivência do art. 14 da Lei de Tóxicos e do art. 8º da Lei nº 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 daquele 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 Ministro 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 nº 8.072, de três a seis anos, ou seja, com aquela orientação do Supremo Tribunal Federal, que considero escorreita, foram unificados*”¹⁹.

IV. Análise Crítica da Questão

De acordo com as posições doutrinárias e jurisprudenciais acima expostas, a permanência, ou não, da vigência da norma contida no artigo 14, da Lei nº 6.368/76, se baseia em dois aspectos distintos: a) a aparente antinomia entre os artigos 8º e 10, da Lei nº 8.072/90; b) a criação de uma figura típica híbrida, que conjuga o disposto no artigo 288, do Código Penal, com a previsão do artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, que é incompatível com a continuidade do artigo 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 nº 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

¹⁶ Crimes hediondos, São Paulo, Ed. Atlas, 1996, p. 139.

¹⁷ Crimes hediondos, cit., p. 141.

¹⁸ Acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus nº 68.793-RJ, publicado no D.J. de 13/02/92.

¹⁹ Conforme voto do Relator, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no julgamento do Recurso Especial nº 85.965 SP (96.0002582-7), da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, datado de 24 de junho de 1996.

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 nº 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 artigo 14, da Lei nº 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 pecuniária²⁰.

Assim, ao invés de ser uma lei descriminalizante, a Lei nº 8.072/90 se insere em contexto oposto, aí incluído o artigo 8º, do texto em questão. É de se lamentar que o legislador tenha omitido a referência ao artigo 14, da Lei Antitóxicos, na redação do artigo 8º, lembrando de mencioná-lo quando redigiu a regra contida no artigo 10, da mesma lei. Contudo, ainda que não houvesse o artigo 10, da Lei nº 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 artigo 8º, da Lei nº 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 à associação delituosa para a prática de quaisquer espécies de crimes. Assim, evidentemente, não foi objetivo do dispositivo citado descriminalizar a conduta prevista no artigo 14, da Lei nº 6.368/76. A melhor redação do dispositivo, sem sombra

20 A respeito, confira o artigo *Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei*, de Júlio Fabbrini Mirabete, in *Revista dos Tribunais*, (663), cit., pp. 271/272.

21 Plauto Faraco de Azevedo, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editora, 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).

de dúvida, seria a de se referir não somente ao artigo 288, do Código Penal, mas também ao artigo 14, da Lei nº 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 no texto do artigo 8º, do texto, o preceito implicitamente se refere ao artigo 14, da Lei nº 6.368/76, e não apenas ao artigo 288, do Código Penal.

Assim, a norma do artigo 10, da Lei nº 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 artigos 8º e 10, da Lei nº 8.072/90, mas sim deve ser visualizada sob outro prisma, o da verdadeira *mens legis*.

Aliás, vale notar que o artigo 14, da Lei nº 6.368/76, diante do princípio da especialidade, não se confunde com o artigo 288, do Código Penal, sendo aquele norma especial em relação a este, que é norma geral. O artigo 288, citado, foi derogado antes da própria edição da Lei nº 6.368/76, ainda na época da Lei nº 5.726/71, que deu nova redação ao artigo 281, do Código Penal, atendendo às recomendações da Convenção Única sobre Entorpecentes. Portanto, pelo menos desde 1971 o artigo 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 artigo 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 artigo 14, da Lei nº 6.368/76, não foi revogado.

A norma contida no artigo 8º, 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

22 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, pp. 148/149.

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 à pena privativa de liberdade, ainda que para tanto a norma tenha sido mais benéfica do que a prevista no artigo 14, da Lei nº 6.368/76, que previa cominação máxima em dez anos de reclusão.

Não há incompatibilidade entre os preceitos primários em questão, mormente 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 artigo 14, da Lei Antitóxicos, com o advento do artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, deve ser considerado, ainda, que o preceito secundário do artigo 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 nº 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 nº 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., pp. 15/16.

CÓDIGO CIVIL, OS CHAMADOS MICROSSISTEMAS E A CONSTITUIÇÃO: PREMISSAS PARA UMA REFORMA LEGISLATIVA*

GUSTAVO TEPEDINO

1. O movimento das Codificações e o mito da completude. 2. Princípios constitucionais e princípios gerais de Direito: distinção indispensável. A gradual alteração do papel do Código Civil. 3. Descodificação, microssistemas, normas supranacionais: crise de fontes normativas. 4. A cultura jurídica contemporânea e suas características. Técnicas legislativas e interpretativas para um direito pós-moderno. 5. O Projeto de Código Civil e a (apenas) aparente utilização de cláusulas gerais. Fisionomia atual das cláusulas gerais. 6. A reunificação do Direito Privado na ordem constitucional. Premissas para uma reforma do direito civil.

1. Com o apogeu das codificações, no Século XIX, sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos Textos Constitucionais nas relações de direito privado. Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito.

A Escola da Exegese, reelaborando o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, levou às últimas consequências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações. Assinale-se o *fetichismo*

* Trabalho apresentado no painel *Crise das Codificações*, no âmbito da XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no campus da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999.