

2. DOCTRINA NACIONAL

2.4

LEI 9.714/98 – PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: APLICAÇÃO AOS CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES

LEONARDO LUIZ DE FIGUEIREDO COSTA

“Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza, priva de funções, inverte a natureza, gera cínicos ou hipócritas. A prisão, fábrica e escola de reincidência, habitualidade, profissionalidade, produz e reproduz criminoso.” (Roberto Lyra).

SUMÁRIO: 1. Apresentação – 2. Alternativas penais na moderna criminologia – 3. Modificações introduzidas pela Lei 9.714/98 – 4. Aplicação de pena restritiva de direito aos crimes de tráfico de entorpecentes – 5. Da aplicação da Lei 9.714/98 no tempo – 6. Competência para aplicação da nova lei: 6.1 Se a condenação já transitou em julgado; 6.2 Antes do trânsito em julgado – 7. Conclusão.

Resumo: Um estudo sobre a nova Lei 9.714/98, que alterou vários dispositivos da parte geral do Código Penal, discorrendo sobre a sua integração no ordenamento jurídico, sua relação com os modernos princípios que norteiam o Direito Penal mundialmente e as principais modificações introduzidas. Criou-se, com a nova lei, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos delitos de tráfico de droga, possibilitando ao julgador, aplicando os princípios da individualização e da finalidade da pena, distinguir o pequeno traficante, de menor periculosidade, daquele perigoso, sobre o qual deve recair o maior rigor da Lei.

Palavras-chave: Lei 9.714/98; Alterações no Código Penal; Generalidades; Principais modificações; Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos delitos de tráficos de drogas.

1. Apresentação

As novas determinações sobre penas restritivas de direitos, introduzidas no CP

pela Lei 9.714/98, alteram os limites temporais admitindo a substituição da pena privativa de liberdade de até quatro anos. Cria-se a possibilidade de aplicação do instituto aos crimes de tráfico de drogas, quando o condenado demonstrar menor periculosidade, por ausência de vedação legal, pois estes delitos, por si só, não afastam os requisitos legais exigidos, conciliando-se com a moderna criminologia e os princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena. Norma penal mais benéfica terá aplicação retroativa, sendo competente o juízo de execução para os casos em que houver sentença transitada em julgado, e nos processos em curso, o juízo ou tribunal com quem o processo estiver.

2. Alternativas penais na moderna criminologia

Entrou em vigor no dia 26.11.1998, data de sua publicação, a Lei 9.714/98, que

alterou os dispositivos do CP pertinentes às penas restritivas de direitos, associando-se às mais modernas escolas de Direito Penal e visando afastar a aplicação da pena privativa de liberdade nos casos em que esta não se revele necessária, porque inadequada à reintegração do condenado ao convívio social, como demonstram os estudos e os especialistas da área.

A reforma de 1984 criou de maneira pioneira no Código Penal, as penas restritivas de direitos como solução genérica de substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, autônomas, capazes de evitar a segregação do criminoso de menor periculosidade, mas ao mesmo tempo, de lhe impor uma resposta penal, de censura da sociedade, atendendo aos ditames e objetivos do direito criminal.

As idéias modernas de um Direito Penal distanciado da vindita privada, preocupado com a ressocialização do delinquente e com a reparação do dano à vítima, atento à proteção dos bens jurídicos, ganham força no ordenamento pátrio, tendo como exemplos recentes a reforma da parte geral do CP em 1984 e a Lei 9.099/95, trilhando uma nova estrada por onde, certamente, seguirá o Direito Penal.

O ente jurídico criminal não mais se resume ao criminoso; a este se acrescem o ofendido, o Estado e a inserção social do ato criminoso e da sanção a este imposta.

Neste sentido, é a exposição de motivos da nova parte geral do CP. Há de se limitar a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, pois este tratamento penal revela-se pernicioso, de conseqüências maléficas para pequenos infratores, pois desagrega a personalidade humana em um ambiente indigno, onde as sevícias, a corrupção e o convívio com marginais de elevada periculosidade deturpam o seu sentido, tornando o detento um marginal irrecuperável, perdendo sua aptidão para o trabalho e construindo vín-

culos com a verdadeira marginalidade, numa espécie de escola do crime. (itens 26 a 29 da exposição de motivos da nova parte geral).

Dotada deste espírito, a Lei 9.714/98 veio ampliar a experiência pioneira do legislador de 1984, aumentando as hipóteses de penas alternativas, visando reduzir as hipóteses de aplicação de penas privativas de liberdade que superlotam presídios e multiplicam marginais.

Atende-se, assim, ao princípio do interesse público, da finalidade da pena, inerentes à individualização da pena, de previsão constitucional, que já está incorporado ao nosso direito positivo: "O CP, no art. 59, pela primeira vez assinalou a finalidade da pena: necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A prevenção entendida no sentido de inculcar no condenado a idéia de não retornar à prática criminosa.

A pena aplicada reprova o delinquente e, na execução será utilizada para impedir a volta à criminalidade." (Luiz Vicente Cernicchiaro. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. p. 126).

3. Modificações introduzidas pela Lei 9.714/98

As principais modificações trazidas pela nova lei:

1 – Criação das modalidades de penas restritivas de direitos consistentes em:

a) Prestação pecuniária: diferente da multa prevista no art. 49 do CP, será fixada pelo juiz, a ser paga à vítima, aos seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, em valor não inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 salários mínimos, deduzíveis do montante de condenação em ação civil de reparação de dano.

b) Perda de bens e valores em favor do Fundo Penitenciário Nacional, cujo teto

será o prejuízo causado pelo crime ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro pela prática criminosa (o que for maior).

Estas duas modalidades não são propriamente penas restritivas de direitos; embora tenham caráter punitivo, são obviamente de cunho patrimonial. E não dependiam de nova expressão legal, pois já eram previstas no art. 91 do CP, como efeitos genéricos (automáticos) da sentença. Deixarão de ser efeitos civis, para serem dispositivo da sentença penal, que lhes fixará o valor desde logo.

2 – A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao reincidente, quando a medida for socialmente recomendável, salvo o caso de reincidência específica (Art. 44, § 3.º, CP, com a nova redação).

3 – A resolução da divergência quanto ao cômputo do tempo de cumprimento da pena restritiva, em caso de conversão em pena privativa de liberdade, afirmando que haverá dedução do tempo daquela no cumprimento desta (Art. 44, § 4.º, CP, com a nova redação).

4 – Ampliação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por multa para quando aquela for cominada em período igual ou inferior a um ano (Art. 44, § 2.º, CP, com a nova redação).

5 – Criação de mais uma hipótese de *sursis*, modificando a redação do art. 77, § 2.º do CP, que regula o chamado *sursis etário* (concedido ao maior de 70 anos), ampliando sua aplicação aos casos em que razões de saúde justifiquem a suspensão. Ou seja, admitindo o *sursis* para penas de até quatro anos para quem tem menos de 70 anos por razões de saúde. Seria o *sursis humanitário*.

Mas a maior modificação refere-se à ampliação das hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos:

6 – Ampliação de um ano para quatro anos em relação à pena privativa de liberdade aplicada em crime doloso, passível de substituição, se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ficam excluídos, a princípio, portanto: os crimes de roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, entre outros.

Infelicidade não haver o legislador distinguindo os crimes cometidos com violência ou grave ameaça, cuja pena seja inferior a um ano, pois de acordo com a redação anterior do art. 44, I, do CP era possível a substituição, *v.g.* o crime de Constrangimento Ilegal (art. 146, CP). De acordo com a *mens legis*, sob pena de criar-se um contra-senso, de desproporcionalidade de bens jurídicos, aos crimes que for aplicada pena inferior a um ano, continuará sendo possível a substituição, pois o espírito da lei foi o de ampliar e não restringir a aplicação do benefício. Ademais, os crimes praticados anteriormente continuaram sob a égide da redação legal anterior e, caso não seja cabível a substituição, continua possível o *sursis*.

Essa violência ou grave ameaça é aquela utilizada como meio para a consecução do delito, e não aquela na qual se cinge o delito, como no crime de lesão corporal, em que há violência à pessoa. Este crime continua sendo passível de substituição, pois não é cometido com violência. O crime é a violência, aliás, a própria escala penal já demonstra a menor reprovabilidade que esse crime denota. Ademais, a Lei 9.099/95 já admite a substituição da pena privativa de liberdade.

Estabelece a Lei 9.714/98 a seguinte redação ao CP, *in verbis*: “Art. 44. As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, quando:

I – 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 culposos.”

4. Aplicação de pena restritiva de direito aos crimes de tráfico de entorpecentes

Questão salutar é a aplicação da nova lei aos crimes de tráfico de entorpecentes previstos na Lei 6.368/76, pois as penas restritivas de direitos, assim como o *sursis*, são alternativas penais à pena privativa de liberdade, aplicáveis a todos os delitos, quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos e os critérios norteadores de sua aplicação.

A possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos como alternativa à pena privativa de liberdade, na sanção ao indivíduo incurso nas penas dos art. 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76, traz um alívio ao magistrado e à sociedade, pois possibilita, dentro do espírito da lei brasileira, o tratamento diferenciado entre o grande traficante, o capitalista do tráfico, daqueles que são seu instrumento, suas vítimas, os “aviões”, as pessoas humildes, os moradores de favelas, os desempregados, que, pressionados pelo traficante ou pela própria miséria, são presos com quantidades irrisórias de substâncias entorpecentes, que destinavam à venda, com o fim de subsistir ou mesmo de alimentar o próprio vício.

A estes casos que a lei penal reservava, no mínimo, três anos de reclusão em regime fechado, criou-se a alternativa pela qual a sociedade tanto esperou. Em vez de segregados juntos a marginais de altíssima periculosidade, nas escolas do crime em que se tornaram os presídios, poderão ser reintegrados de maneira inteligente à sociedade, através da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Não há que se falar em incompatibilidade entre a Lei 8.072/90 e a Lei 9.714/98, pois a Lei 8.072/90 não veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, assim como não veda a aplicação do *sursis*. Neste

sentido, já decidiu o STJ: “I – O estupro, tentado ou consumado, em qualquer de suas modalidades, é crime hediondo.

II – A pena privativa de liberdade, quando de sua execução, deve obedecer o disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90.

III – Desde que preenchidos os seus requisitos, o *sursis* pode ser aplicado a ilícito penal qualificado de hediondo” (STJ, REsp. 160.264/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 17.03.1998, DJ 11.05.1998, p. 144, 5.ª T., unânime).

Assim o é, porque a Lei 8.072/90 estabelece o regime integralmente fechado para a “pena privativa de liberdade”, e o *sursis*, como modo alternativo de execução da pena, é um substituto penal, durante o qual a pena privativa de liberdade fica suspensa e o condenado fica sujeito a condições como a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana, que, assim como a pena restritiva de direitos, não se confunde com a pena privativa de liberdade.

Entretanto, no próprio STJ há entendimento anterior resistente a essa idéia: “O regime prisional fechado integral é incompatível com o instituto da suspensão da pena” (STJ, REsp. 91.852, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 05.05.1997, p. 17.139).

Data vênia, a razão está na posição oposta, pois nem a Lei 8.072/90, nem o CP fixam restrições à concessão da alternativa penal do *sursis* aos crimes ditos hediondos ou assemelhados, de forma que não é possível a interpretação extensiva da norma repressiva em desfavor do réu. A concessão ou não do *sursis* fica condicionada ao preenchimento de seus requisitos legais.

“Penal. Lei 8.072/90. Tentativa de estupro. Crime hediondo. *sursis*. Possibilidade de concessão. Inexistência de incompatibilidade com a norma que determina o cumprimento integral da pena em regime fechado.

1 – Inexistindo na Lei 8.072/90, norma expressa a vedar a concessão de *sursis*,

não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatária para suprimir o benefício.

2 – Não há, também, incompatibilidade lógica entre o *sursis* e a norma do art. 2.º, § 1.º, já que inexistente qualquer relação entre o regime de cumprimento de pena e este instituto.

3 – O que importa para a suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos legais estabelecidos no CP, independentemente do regime prisional imposto” (STJ, REsp. 91.851/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 10.12.1996, DJ 24.02.1997, p. 3.356, 5.ª T., unânime).

“A suspensão condicional da pena, desde que satisfeitos os requisitos do art. 77, do CP, pode ser deferida ao réu que praticou crime considerado hediondo, a falta de expressa vedação legal” (STJ, REsp. 151.769/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 02.06.1998, DJ 29.06.1998, p. 264, 5.ª T., unânime).

No sentido de que a concessão do *sursis* independe do regime prisional: “Suspensão condicional da pena: compatibilidade do exame de ser o caso de concedê-lo, com a determinação de regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena, acaso concedido o *sursis* porque atendido seus pressupostos, a medida substitui a execução da pena, que suspende condicionalmente, seja qual for o regime estabelecido para a sua execução suspensa” (STF, HC 70998/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, por maioria, DJ 15.04.1994, p. 80.048).

Tanto o *sursis* quanto a pena restritiva de direitos substitutiva, são independentes da pena privativa de liberdade, embora prevejam a quantidade desta como um dos requisitos para o seu cabimento. “São institutos autônomos”, desvinculados, benefícios atribuídos pela lei àqueles que preenchem as condições legais, como substitutos penais à pena privativa de liberdade, constituindo-se em direito subjetivo do condenado.

Saliente-se, ainda, a possibilidade que o ordenamento já prevê da concessão de livramento condicional ao condenado por crime hediondo, ou seja, “a concessão de uma medida penal alternativa à privação da liberdade, e harmônica com o diploma repressor da Lei 8.072/90”, (Art. 83, V, CP, acrescentado pela Lei 8.072/90).

“Os delitos compreendidos na Lei 8.072/90 e praticados a partir de 26.07.1990, não admitirão outro regime penitenciário que não seja o fechado (...). Isto não obsta, contudo, que superado o marco de dois terços de execução da pena, não possa o condenado ser submetido a uma medida penal alternativa, autônoma, que nada tem a ver com o regime penitenciário que lhe era até então imposto” (Alberto Silva Franco, comentários ao inc. V do art. 83 do CP, in *Crimes hediondos*, 3. ed. RT, p. 253-257).

A substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos não encontra vedação quanto à natureza do delito praticado, nem quanto ao regime fixado para cumprimento da pena privativa de liberdade, exceto aquela disposta no art. 44, I, do CP, segundo a redação dada pela Lei 9.714/98, ou seja: crimes cometidos com grave ameaça ou violência contra a pessoa.

Não dispendo nem a Lei 9.714/98, nem a Lei 8.072/90 sobre vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos crimes de tráfico, a sua concessão fica condicionada aos requisitos legais, ou seja:

1 – Pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos.

2 – Não ser o réu reincidente em crime doloso, salvo se a medida for socialmente recomendada e não for caso de reincidência específica (mesmo tipo penal).

3 – A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Aos demais crimes da Lei 8.072/90, a princípio, não será possível a substituição, em virtude da natureza do crime (praticados com grave ameaça ou violência contra a pessoa) ou da escala penal, de forma que se inviabiliza a concessão do benefício.

A aplicação do benefício ao condenado por infringência dos arts. 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76, mesmo com eventual acréscimo por qualificadoras do art. 18 da mesma lei, fica condicionada ao preenchimento dos requisitos legais, que deverão ser cuidadosamente apreciados pelo magistrado, tendo em vista a gravidade abstrata do delito de tráfico, infame à sociedade.

Como se tratam de delitos que, em regra, não são cometidos com violência, nem grave ameaça à pessoa, quando a pena for inferior a quatro anos, deverá, se os requisitos subjetivos forem atendidos, haver a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

A nova lei, imbuída do espírito moderno da lei penal, possibilita ao juiz, junto aos operadores do direito, em face da averiguação da menor periculosidade, evitar a maior contaminação do pequeno traficante, propiciando seu retorno à sociedade e manifestando-lhe a censura penal através da pena restritiva de direitos.

O direito à substituição é subjetivo do condenado que preenche seus requisitos legais, quanto à quantidade de pena e ao tipo de crime (requisitos objetivos) e quanto à reincidência e às condições pessoais do art. 59 do CP (requisitos subjetivos): "Torna-se obrigatória a substituição de penas privativas de liberdade por uma das restritivas de direito, quando o juiz reconhece na sentença as circunstâncias favoráveis do art. 59, bem como as condições dos incs. II e III do art. 44 c/c o seu par.ún., todos do CP, caracterizando o direito subjetivo do réu" (STJ, REsp.

67.570/SC, Rel. Min. Adhemar Maciel, 6.^a T., DJ 26.08.1996, p. 29.730).

"Estabelecida pena privativa de liberdade inferior a um ano ou sendo o crime culposos, incumbe ao juízo o exame de ofício, dos demais pressupostos autorizadores da substituição pela restritiva de direitos — art. 44 do CP" (STF, HC 72.842/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 2.^a T., DJ 22.03.1996, p. 8.207).

Dessa forma, se o réu for condenado por pena igual ou inferior a quatro anos, por crime que não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que seja crime da Lei 6.368/76, não sendo reincidente em crime doloso, e sua culpabilidade, os seus antecedentes, sua conduta social e personalidade, e os motivos e circunstâncias indicarem que a substituição será suficiente, terá direito subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Trata-se, ademais, de aplicação do princípio da individualização da pena, previsto pela CF no art. 5.^o, XLVI, que distingue a pena privativa de liberdade (alínea *a*) da prestação social alternativa (alínea *d*) e da suspensão ou interdição de direitos (alínea *e*), consistente em adaptar a pena ao condenado, consideradas as características do agente e do delito.

"A prestação social alternativa, substancialmente, corresponde às penas restritivas de direitos, autônomas e substitutivas das penas privativas de liberdade (CP, art. 44)" (Luiz Vicente Cernicchiaro, Direito penal na Constituição, 3. ed. p. 117).

Sendo a pena proporcional ao delito, como valoração negativa deste, da proporcionalidade da repulsa em relação ao crime de menor gravidade, ao agente de reduzida periculosidade, urge a diferenciação do tratamento penal a este fornecida, adequado ao interesse público e à sua ressocialização. Então, será a pena restritiva de direitos o grande instrumento a ser utilizado pelo Direito Penal.

5. Da aplicação da Lei 9.714/98 no tempo

Tratando-se de *novatio legis in mellius*, a nova lei retroagirá, alcançando, inclusive, as decisões com trânsito em julgado, nos termos do art. 5.º, XL, CF e art. 2.º, par.ún. do Código Penal.

A lei nova que beneficia o réu sempre retroage, a fim de aplicar-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, aplicando-se mesmo em fase de execução. (Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. Vol. I, 7. ed., p. 62).

Dispõe o art. 2.º, no seu par.ún., do CP, que a lei posterior *que de qualquer modo favorecer o agente* se aplica aos fatos anteriores, mesmo que sob a égide da coisa julgada.

A lei que permite a aplicação de uma pena mais branda, em qualidade, como ocorre no caso, é sem dúvida exemplo de lei posterior mais favorável.

“Pode-se, entretanto, afirmar que, de um modo geral, salvo excepcional demonstração em contrário, reputa-se mais benigna a lei na qual:

a) a pena cominada for mais branda, por sua natureza, quantidade, critérios de aplicação e dosimetria ou modo de execução;” (Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de Direito Penal*. Saraiva, 5. ed. p. 35-36).

“Ainda que se esteja procedendo à execução de sentença, aplica-se a lei nova, quer comine pena menos rigorosa, quer favoreça o agente de outra forma”(J. F. Mirabete, op. cit., p. 62).

Assim, exceto na hipótese de crime cometido com violência ou grave ameaça com aplicação de pena igual ou inferior a um ano, posto que neste caso é mais gravosa a nova redação, ressalvado o entendimento sobre sua aplicação, conforme já exposto, retroagirá a lei a fim de ser substituída a pena privativa de

liberdade por restritiva de direitos quando atendidos os pressupostos legais de sua aplicação.

6. Competência para aplicação da nova lei

6.1 Se a condenação já transitou em julgado

A aplicação da lei posterior, após a formação da coisa julgada, compete ao juízo de execução penal, nos termos do art. 66, I da LEP, do art. 13 da Lei de Introdução ao CPP e da Súm. 611 do STF, sendo o recurso cabível o agravo em execução (art. 197, LEP).

Entretanto, existe uma corrente minoritária que entende ser a revisão criminal, meio hábil para a aplicação da lei nova mais benigna, apesar de a corrente majoritária entender que, além de violação do direito positivo, tal configuraria supressão de instância.

Quanto à utilização de *Habeas Corpus*, a jurisprudência majoritária entende que o meio sumário e estreito do *writ* não é adequado para a apreciação da *lex mitior*, além de haver a supressão de instância.

Apesar de ser competente o juízo de execução penal para a aplicação da lei nova mais benéfica, devido a sua natureza, não pode o *Habeas Corpus* ser afastado, de plano, por tratar-se de via heróica constitucional, destinado à salvaguarda do direito de liberdade de locomoção. Em determinados casos concretos, pode ser imperativa a sua utilização.

6.2 Antes do trânsito em julgado

Nos processos em andamento, a lei posterior mais benéfica passa a incidir imediatamente, nos termos da Constituição Federal e do CP, sendo o órgão competente, aquele que se encontra apreciando a causa.

Nos casos em que a instrução criminal não se iniciou, ou já se iniciou, mas não houve sentença, será o juiz de primeira instância que aplicará a lei nova, como direito vigente, retroagindo aos fatos anteriores.

Quando já houver sentença, sem trânsito em julgado, será competente para apreciar a aplicação da *novatio legis*, o órgão competente para o julgamento do recurso, mesmo que seja exclusivo do Ministério Público ou do querelante, em face do princípio do *favor rei*, que permite a ampla apreciação do recurso em favor do acusado.

7. Conclusão

A edição da Lei 9.714/98 é um marco no Direito Penal brasileiro. Por suas inovações, ampliando a experiência pioneira do legislador de 1984, modernizando o sistema legal brasileiro, preparando-o para os desafios do novo século e consolidando, no Brasil, a tendência mundial de abolição da pena privativa de liberdade, que cada vez mais ocupa o lugar de extrema medida do Direito Penal.

A possibilidade de distinção do tratamento penal fornecido ao pequeno traficante, que na realidade são vítimas, e não algozes da sociedade, possibilita alcançar-se um patamar de Justiça material, adequada à finalidade social da pena, sem que haja prejuízo da proteção à saúde pública. A apenação fundamentada na gravidade abstrata do delito, cede espaço a um parâmetro equilibrado, em que a gravidade do delito, a periculosidade do

agente e o cabimento da substituição serão aferidos em cada caso concreto, em benefício da sociedade.

Afastar-se, a priori, a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao traficante de droga, com base unicamente na gravidade abstrata do delito, contraria os princípios de interpretação da norma, seja pelo aspecto histórico, gramatical ou teleológico. Violaria, ainda, aos princípios constitucionais da individualização e da finalidade da pena.

A ressocialização do pequeno delinquente e a diminuição da taxa de reincidência, objetivos da lei, será alcançada com êxito, com a aplicação da pena restritiva de direitos, reprovando sua conduta e tratando-o com uma maior participação na comunidade, sem segregá-lo desnecessariamente. Ao passo que a prevenção ao delito em nada perderá, posto que o traficante de maior periculosidade não será beneficiado com a alternativa penal, pois será a gravidade concreta do fato que permitirá, ou não a aplicação do benefício.

Espera-se, pois, com a aplicação de penas restritivas de direitos ao pequeno traficante, destituído de periculosidade, a redução dos índices de criminalidade, de reincidência, dos gastos com o sistema penitenciário e, junto das demais hipóteses de aplicação da lei, uma redução na atual lastimável situação degradante de superlotação e rebeliões que ocorrem nos estabelecimentos penais. O maior beneficiado com a medida, na realidade, não será o pequeno traficante, o pequeno delinquente, será a sociedade brasileira.