

2. DOUTRINA NACIONAL

2.5

LEI 9.714/98 – ASPECTOS PONTUAIS

SIDNEY ELOY DALABRIDA

I – Estabelece o Código Penal, ao tratar dos regimes penitenciários (art. 33 e §§), que a pena de reclusão poderá ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, devendo a sua execução se operar de forma progressiva, segundo o mérito do condenado, ressalvada a necessidade de transferência a regime mais gravoso, tendo, porém, adotado como critério, dentre outros, a obrigatoriedade de sua fixação inicial em regime fechado, em que a execução se opera em estabelecimento de segurança máxima ou média, para os casos de condenação superior a oito anos ou, quando presente a reincidência, à quatro anos.

Visando conter o crescimento vertiginoso da criminalidade violenta no país, por conta de comando constitucional no sentido de que *a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem* (art. 5.º, inc. XLIII), em 25.07.1990 foi editado diploma legal que catalogou os crimes considerados hediondos (Lei 8.072/90), posteriormente ampliado pelas Leis 8.930/94 e 9.695/98, considerando-os, ao lado da prática da tortura, do terrorismo e do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, tendo subordinado naqueles casos à disciplina especial o livramento condicional, a prisão temporária e o apelo em liberdade, além de deter-

minar, em seu art. 2.º, § 1.º: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

Malgrado a intensa investida da doutrina contra o dispositivo legal reproduzido, taxado de inconstitucional por afronta ao princípio da individualização da pena e violador de princípios que orientam o Direito Penal, acabou por medrar o entendimento diverso, considerando inaplicável aos crimes previstos na Lei 8.072/90 o art. 33, § 2.º, *b*, do CP, que possibilita o cumprimento da pena em regime semi-aberto para o condenado, não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito.

Cumprе anotar que, mesmo antes da edição da Lei 8.072/90, consoante a massacrante jurisprudência, inclusive emanada dos Tribunais Superiores, sujeitava-se o condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ao regime prisional fechado.

Do nosso egrégio Tribunal de Justiça, dentre tantos, colhe-se o seguinte julgado: “Se o art. 35 da Lei 6.368/76 obsta o recurso em liberdade dos réus que foram condenados por infração aos arts. 12 e 13 da referida norma, não há motivo para que após a confirmação da sentença sejam os mesmos agraciados com o regime aberto ou semi-aberto, providência esta que, se fosse tomada, incentivaria a prática de um dos crimes que mais vem abalando a nação, levando, principalmente, a nossa juventude ao desprezo por conceitos de ética e moral, introdu-

zindo-a no ócio, na promiscuidade, na marginalidade e no desespero" (in *Jurisprudência Catarinense*, v. 65, p. 370).

O STJ, em acórdão da lavra do emérito Min. Costa Leite, assim decidiu: "Incompatíveis os regimes aberto e semi-aberto, para o início do cumprimento de pena, com a condenação por tráfico de tóxicos. Irrelevância do *quantum* da pena. A periculosidade do traficante é presumida, tanto que não lhe é permitido apelar em liberdade (art. 35, da Lei 6.368/76). Ordem indeferida" (in *Revista do STJ* 3/784, ano 1).

Diante das mudanças promovidas através da Lei 8.072/90, sendo o sujeito condenado por crime considerado hediondo ou submetido à sua disciplina, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, ainda que a pena eventualmente não atingisse o *quantum* que determinaria o cumprimento em regime fechado (art. 33, § 2.º, *a*, do CP), mesmo ausente a reincidência, de rigor seria a fixação do severo regime, ou seja, mesmo que a pena irrogada ao condenado, em tese, permitisse a aplicação do regime semi-aberto ou aberto, obrigatória se apresentava a fixação do regime fechado.

Nesta linha, firme a jurisprudência do Pretório Excelso, consoante se observa do aresto cuja ementa passo a reproduzir: "*Habeas Corpus*. Cumprimento de pena em regime aberto. Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, no qual a lei especial reconhece a presunção de periculosidade, ao impedir possa o condenado apelar em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), infere-se não poder o traficante condenado à pena inferior de quatro anos, cumpri-la desde o início em regime aberto" (in *RTJ* 123/102).

Prescrevia o art. 44 do CP que as penas restritivas de direito eram autônomas e substituíam as privativas de liberdade quando aplicada pena inferior a um ano ou se o crime fosse culposos (inc. II), não

sendo o réu reincidente e desde que circunstâncias pessoais indicassem a suficiência da substituição (inc. III).

A recente Lei 9.714/98 alterou substancialmente o campo de incidência das penas restritivas de direito, estipulando a possibilidade de substituição da privativa de liberdade quando aplicada *pena não superior a quatro anos* e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, sendo culposos, qualquer que seja a pena aplicada, tendo mantido as demais restrições, quais sejam, não ser o réu reincidente em crime doloso e 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 (incs. II e III).

Com a inovadora disciplina das penas restritivas de direito, inspirada no novo paradigma de justiça criminal inaugurado com a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), extremamente significativo passou a ser o elenco de infrações penais que, diante do preceito secundário das respectivas normas penais incriminadoras, passaram a permitir a substituição, até então de modesta incidência.

Oportuno gizar, entretanto, que a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44 do CP, recentemente alterado pela Lei 9.714/98, desde a entrada em vigor da Lei 8.072/90, quando o limite legal para crimes dolosos era de apenas um ano, não mais se aplicava aos crimes referidos pelo § 1.º do art. 2.º, dentre os quais se destaca o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

A razão é óbvia. Se a execução da reprimenda por crime considerado hediondo ou a ele equiparado passou a ser necessariamente efetivada integralmente em regime fechado (art. 1.º, § 1.º, Lei 8.072/90), em estabelecimento de segurança máxima (art. 3.º, da Lei 8.072/90 c/c art. 33, § 1.º, inc. I, do CP) seria um

contra-senso inominável possibilitar sua substituição por restritiva de direitos, como prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana.

Vê-se, portanto, que relativamente aos crimes mencionados no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, contra a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não pendia tão-somente a circunstância objetiva relacionada com o *quantum* da pena imposta (outrora um ano), mas principalmente a previsão expressa de fixação de regime penitenciário incompatível com a medida.

Não fosse assim, imperando posição oposta, mesmo sofrendo o agente condenação pela prática de crime sujeito à disciplina da Lei 8.072/90, ainda assim, poderia se ver beneficiado com a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, já que principalmente em razão dos efeitos da aplicação de causas especiais de diminuição de pena, poderia ela ser fixada abaixo do limite imposto como óbice. A delação premiada, instituída pelo par.ún. do art. 8.º, aplicada sobre a pena de três anos estabelecida para o crime do art. 288 do CP, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, ou a tentativa (art. 14, inc. II, do CP) sobre o crime de tortura, com pena mínima de dois anos, bem exemplificam a hipótese.

A previsão de regime fechado para o cumprimento das reprimendas impostas pela prática de crime hediondo, tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins (art. 2.º, § 1.º), no entanto, inibe a ocorrência de situações como as retratadas, porquanto a natureza do regime penitenciário imposto é completamente incompatível com a substituição prevista pelo art. 44 e seguintes do CP, antes mesmo da modificação efetuada pela Lei 9.714/98.

Acrescentando ao recente texto legal (Lei 9.714/98) como condição impeditiva à substituição proposta a utilização de violência ou grave ameaça na execução do crime, independentemente do seu *quantum*, é possível excluir da sua incidência quase todos os crimes previstos na Lei 8.072/90, mesmo que a pena prevista para algumas hipóteses não exceda quatro anos. Nem todos, porém.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, definido na Lei 6.368/76, não é atingido pela restrição imposta, já que para sua prática dispensável a utilização de violência ou grave ameaça, contando com pena mínima abaixo daquela que impede a substituição.

Questiona-se, assim, se em função da nova Lei 9.714/90, que alterou o *quantum* da pena que permitiria a substituição da pena privativa em restritiva de direitos, possibilitando-a para condenações por até quatro anos, poderia eventualmente ser efetuada a substituição em caso de condenação por crime mencionado pelo art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, desde que respeitado aquele limite.

Tem-se notícia de várias decisões já prolatadas neste sentido, permitindo, por exemplo, ao condenado por crime capitulado no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76, a pena de até quatro anos, vê-la substituída por restritiva de direito, no caso, prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas (art. 46 do CP com a redação dada pela Lei 9.714/98).

Fácil é perceber os gravíssimos reflexos decorrentes da adoção desta praxis.

Ao dispor sobre a lei penal no tempo, o CP, em seu art. 2.º, par.ún., dispõe: "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."

A propósito, a regra legal foi hospedada pelo Texto Fundamental que assim

estabelece: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Disciplinando matéria de natureza penal, por ser mais benigna que a anterior, impõe-se a retroprojeção de seus efeitos sobre os casos pendentes e, inclusive, já julgados, sendo, portanto, de incidência imediata e retroativa, de sorte que, acolhendo-se a postura por alguns adotada, considerável número de apenados por crime de tráfico poderiam ser imediatamente libertados, em face da *novatio legis in melius*, recrudescendo assim, ainda mais o descrédito na Justiça Criminal e, não se pode negar, ferindo os nobres propósitos da mudança.

Em abono à direção seguida, afora outros aspectos, ressuscitam alguns a timentosa discussão em torno da compatibilidade ou não da concessão da suspensão condicional da pena (*sursis*) aos casos de crimes sujeitos à disciplina da Lei 8.072/90.

Prestigiada jurisprudência, a qual aderimos, declara a própria impossibilidade de suspensão condicional da pena nos casos de condenação por crimes sujeitos à disciplina do art. 2.º, § 1.º, da Lei dos Crimes Hediondos, tendo em vista a total incompatibilidade do instituto com a imposição legal de cumprimento integral da reprimenda em regime fechado (STJ, REsp. 60.733, 5.ª T., DJU 12.01.1995, p. 17.637; REsp. 91.852, 6.ª T., DJU 05.05.1997, p. 17.917).

É certo, porém, que respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta justamente o contrário (Alberto Silva Franco. *Crimes hediondos*. 2. ed. RT, 1992, p. 128; *Revista dos Tribunais*, vs. 676, 719 e 739, p. 298, 391 e 572, respectivamente).

O STJ, consoante se verifica do seguinte julgado, assim já se manifestou: "Inexistindo na Lei 8.072/90 norma expressa a vedar a concessão de *sursis*, não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatória para suprimir

o benefício. Não há, também, incompatibilidade lógica entre o *sursis* e a norma do art. 2.º, § 1.º, já que inexistia qualquer relação entre regime de cumprimento de pena e este instituto. O que importa para a suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos legais estabelecidos no CP, independentemente do regime prisional imposto" (in RT 739/572-573).

Não há, todavia, relação alguma entre os temas, de sorte que mesmo as razões que fundamentam a ausência de impedimento para a concessão de *sursis* ao condenado por tráfico de entorpecente após a edição da Lei 8.072/90, não servem para respaldar a solução alvitrada. *Sursis* e pena restritiva de direitos são institutos que não se confundem, tanto que o primeiro somente será cabível na hipótese de não ser possível aplicar-se o segundo (art. 77. inc. III, do CP), tendo em vista ser aquele bem mais gravoso para o réu.

Contudo, afora o impedimento absoluto no início apontado para o acolhimento de pretensão daquela ordem, é inegável que a sua acolhida importaria em franca violação aos objetivos da nova lei que, na esteira do novo panorama que se desenhava a partir da Lei dos Juizados Especiais Criminais, resolveu estabelecer modalidades alternativas de punição para os crimes de reprovabilidade social menos intensa, dado o reconhecido fracasso da pena da prisão para infrações penais desta natureza.

Debruçando-se sobre as penas restritivas de direitos, instituídas com a Reforma Penal/84, preleciona o notável Julio Fabbrini Mirabete, condensando o pacífico pensamento doutrinário sobre o tema: "Diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios da ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento

não é aconselhável. O questionamento a respeito da privação de liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma 'procura mundial' de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade" (in *Manual de Direito Penal*. 6. ed. Atlas, 1991, v. 1, p. 257).

A aplicação do substitutivo penal comentado, sob pena de subversão direta ao sistema em vigor, deve necessariamente limitar-se aos casos de prática de infrações penais que representem uma ofensa pequena ou moderada a bens penalmente protegidos, não podendo incidir nos casos em que a gravidade e larga extensão do mal social causado, tal como ocorre com o tráfico de entorpecentes, exige uma reação estatal mais severa, justificando a imposição da *extrema ratio* ou, segundo o expressivo dizer do brilhante penalista E. Magalhães Noronha, é inaplicável "aos casos graves, aos crimes cuja natureza revele profunda periculosidade por parte do agente" (in *Direito Penal*. 24. ed. Saraiva, 1986, v. 1, p. 233).

Logo, falece razão aos que propugnam pela inclusão dos crimes de tráfico entre aqueles que devam ser alcançados pela nova legislação. As penas alternativas constituem resposta penal unicamente para os crimes de potencialidade lesiva pouco significativa. Jamais, porém, pode ser aplicada a crimes que por sua natureza estejam dotados de alta nocividade social, característica marcante da narcotráfica que, aliás, importou na formulação da cláusula constitucional de inafiançabilidade (art. 5.º, inc. XLIII).

De outro lado, é da essência do sistema punitivo o tratamento díspare para infrações de desigual gravidade. Infrações penais de poder ofensivo maior reclamam resposta estatal diversa daquela a ser destinada aos que, em menor grau, ofendem o bem jurídico protegido. O princípio da

proporcionalidade, variante da legalidade, impede que se confira como contraprestação por ofensa a bem jurídico de pouca relevância uma cominação idêntica àquele de gravidade extrema.

Incabível falar-se, em abono ao entendimento aqui combatido, em revogação do dispositivo da Lei 8.072/90 que obrigava o cumprimento da pena pela prática dos crimes nela regulados em regime fechado, em função da superveniência da Lei 9.714/98 que possibilitou a substituição por pena restritiva de direitos as condenações, a privativa de liberdade até quatro anos inclusive.

Preceitua a LICC que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

Ante o silêncio da lei, não há que falar-se em revogação expressa. Por outro lado, inexistente qualquer incompatibilidade entre os diplomas legais sob cotejo, não tendo recebido a matéria disciplinada pela Lei 8.072/90, de fundo constitucional, nova e integral roupagem pela Lei 9.714/1998. Deve-se notar que, mesmo quando a violência ou grave ameaça não constituía requisito impeditivo para a substituição, a possibilidade de transmutação da pena privativa de liberdade por restritiva de direito já não se aplicava aos crimes hediondos e àqueles sujeitos às regras da Lei 8.072/90, ainda que as penas se enquadrassem nos parâmetros exigidos (não superior a um ano), tendo a eles reservado o legislador ordinário, em face da alta lesividade social, tratamento especial, com estabelecimento de regime fechado para o cumprimento das reprimendas, desconstituição de causas extintivas da punibilidade como a anistia, graça e indulto, impedimento à concessão de liberdade provisória, novo limite temporário para a concessão de livramento condicional e, outrossim, aumento significativo do tempo da prisão temporária.

Para o equacionamento da questão levantada, portanto, não pode o intérprete confinar-se no exame do novo texto legal, ignorando a posição que este ocupa no novo modelo punitivo, corolário do Direito Penal democrático, devendo, ao contrário, observando os passos da interpretação sistemática, parafraseando o notável Carlos Maximiliano, elevar seu olhar dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos, indagando-se, ao obedecer a um, não estará violando outro.

A respeito, anota o jurista em sua festejada obra "Hermenêutica e aplicação do direito": "Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes.

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos" (Forense, 16. ed. 1997, p. 128).

Não bastassem as circunstâncias indicadas, servindo de anteparo legal para afastar-se de vez a conclusão perseguida por alguns, convém gizar que, como condição para a substituição da pena privati-

va de liberdade por restritiva de direitos, ainda figura a necessidade de que os motivos e as circunstâncias permitam extrair um juízo conclusivo de suficiência da medida, diagnosticado a partir da análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do condenado (inc. III, art. 44).

A alta reprovabilidade da conduta típica pertinente ao tráfico de entorpecentes e drogas afins, a natureza altamente nociva da atividade desempenhada pelo réu na sociedade, o perfil psíquico próprio do agente incidente na aludida norma penal incriminadora e ameaça constante que representa para a coletividade, por si só, prestam-se a demonstrar o descabimento da substituição, em decorrência de se revelar medida totalmente insuficiente à repressão da conduta praticada.

II – Ainda voltando ao requisito instituído pela nova lei para que o apenado possa se valer da substituição, relacionado com a ausência de violência ou grave ameaça, pode-se indagar se alguns crimes, dentre eles, por exemplo, o constrangimento ilegal e a lesão corporal leve, não mais integraria o elenco das infrações penais em que a pena restritiva de direito anteriormente se apresentava cabível.

Numa análise insular do dispositivo da nova lei conclui-se pelo incabimento da pena alternativa para aquelas modalidades criminosas. A conclusão, porém, não resiste a uma leitura mais aprofundada, própria da interpretação sistemática.

Referidas infrações penais, tendo em vista o *quantum* máximo para elas estabelecido no respectivo preceito secundário, devem ser consideradas como infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95), para a qual o legislador, transigindo com o princípio da obrigatoriedade, inspirado na CF (art. 98, inc. I), instituiu a possibilidade de composição e transação, devendo esta obrigatoriamente versar sobre pena não restritiva de liberdade.

Deste modo, é preciso conciliar os diplomas legais, tendo sempre presente que foram ditados visando incrementar o sistema alternativo de punição pela prática de infrações penais de gravidade pouco significativa.

Optou o legislador ordinário como critério de identificação da potencialidade lesiva da infração penal o teor da pena para ele prevista. Enquadrando-se a pena cominada a uma determinada infração penal no limite previsto no art. 61 da Lei 9.099/95), podendo assim, pois, ser conceituada como de menor potencial ofensivo, fatores relativos à sua execução (violência ou grave ameaça — art. 44, inc. I, CP) não poderão destitui-la desta natureza, porquanto a nova lei não operou qualquer modificação naquele campo, tendo disposto tão-somente sobre penas restritivas de direitos.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais confere ao Ministério Público o poder-dever de, em caso de infrações penais de menor potencial ofensivo, propor a transação, com a imediata aplicação de pena restritiva de direito ou multa, evitando assim a deflagração de ação penal contra o autor do fato (art. 74).

Os requisitos de admissibilidade para a proposta de transação que, como visto, somente poderá contemplar pena não privativa de liberdade (restritivas de direitos ou multa), encontram-se descritos no § 2.º, incs. I, II e III, da Lei 9.099/95, dentre os quais figura como elemento desabonador a existência de reincidência, a par da necessidade de se apresentar suficiente para a reprovação da infração penal, a ser verificada pelos antecedentes, conduta social e personalidade.

Preenchidos os requisitos legais, goza o autor de infração penal considerada de menor potencial ofensivo do direito de transacionar, obstando a deflagração da *persecutio criminis in iudicio*.

Como se percebe, não constitui elemento valorativo a forma de execução

do delito de menor potencial ofensivo, bastando que a pena se ajuste ao *quantum* legalmente exigido.

A circunstância do novo texto legal haver estabelecido novos requisitos para as penas restritivas de direitos não traz reflexo algum sobre as infrações de potencialidade lesiva menor, visto que à sua aplicação nestes casos os requisitos foram expressamente catalogados na lei específica, não tendo influência alguma sobre eles, a modificação trazida pela Lei 9.714/98. Não militando contra o sujeito qualquer das hipóteses erigidas pela Lei 9.099/95 como obstáculo para a transação e, conseqüentemente, para a imposição imediata de pena restritiva de direitos, perfeitamente cabível a sua aplicação ainda que o novo texto legal tenha estabelecido como fator impeditivo para a substituição a existência de violência ou grave ameaça. Neste ponto, vale invocar a máxima: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* — em toda disposição de direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie — (in *Papiniano, apud* Digesto, liv. 50, título 17).

Ademais, a natureza da pena restritiva de direitos prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), ao contrário do que possa parecer, não se confunde com aquela prevista na Lei 9.714/98, porquanto a aplicação desta depende necessariamente da prévia estipulação da pena privativa de liberdade (Art. 44 — As penas restritivas de direito são autônomas e *substituem* as privativas de liberdade...), não podendo ser aplicada diretamente, ao passo que aquela é efetivamente autônoma, não constituindo produto de qualquer operação de substituição de anterior pena privativa de liberdade, até porque a transação somente poderá versar sobre pena não privativa de liberdade, visto que não visa atender “à doutrina da coação psicológica (Feuerbach, 1775-1833), eixo ideológico do Direito

Penal intimidatório.”, inspirando-se, ao contrário, “na concepção de que o comportamento criminoso não é exclusivamente uma opção do sujeito, mas um fenômeno de causas variadas que a ameaça de castigo pouco inibe”, assim como na “verificação de que o sistema penal é seletivo e estigmatizante, reproduzindo e aprofundando as desigualdades sociais” e, por fim, “na constatação do caráter crimínogeno da prisão, na sua ineficácia como instrumento ressocializador, além do seu alto custo social e financeiro” (Edison Miguel da Silva Jr., in *Boletim IBCCrim*, 64/3-4).

A antinomia existente entre os textos (Leis 9.099/95 e 9.714/98) é apenas aparente. A Lei 9.714/98 reafirma o propósito de se dotar de maior eficácia o sistema punitivo, através da ampliação das hipóteses de admissibilidade da pena restritiva de direito; não pretendeu, é evidente, impedir a incidência do substitutivo penal para os casos em que a Lei 9.099/95, considerando a baixa lesividade da conduta, chegou a possibilitar a quebra do princípio da obrigatoriedade, através da composição e transação, com a desnecessidade de ação penal e aceitação de culpa.

Por oportuno, da obra anteriormente citada, pinço a seguinte lição: “O hermenêutica sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, proteto-

ras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida.

Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para a qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o *fim*.”

Consigna, ao se reportar às regras relativas ao emprego do elemento teleológico, que “Se o fim decorre de uma série de leis, cada uma há de ser, quanto possível, compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultante do conjunto” (Op. cit., p. 152 e 156).

Preso às razões alinhadas, concluo:

a) é inaplicável aos crimes de tráfico de entorpecentes e drogas afins a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, apesar das novas disposições constantes na Lei 9.714/98;

b) enquadrando-se a infração penal nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, ainda que para sua execução haja concorrido o emprego de violência ou grave ameaça, é perfeitamente admissível a aplicação imediata de pena restritiva de direito, em que pese a nova disciplina prevista na Lei 9.714/98.