

VOTO – VISTA

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:

Trata-se de proposta de Súmula Vinculante formulada pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI a respeito da fixação do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecido o tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06).

O enunciado proposto é o seguinte:

É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP).

É a síntese do necessário.

Diz o art. 103-A, da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

E, no particular, busca-se “fixar interpretação e alcance do art. 93, IX (fundamentação das decisões), art. 5º, XLVI (postulados da individualização da pena), art. 5º, XXXIX (legalidade), art. 5º, incisos III e XLII (humanização da pena), e artigo 5º, LIV (proporcionalidade), todos da Constituição Federal, no âmbito da operação de dosimetria da pena e fixação de regime de execução de condenação pela prática do crime de tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006)”, conforme destacado pelo Ministro EDSON FACHIN.

Delimitada a questão, cumpre registrar, inicialmente, que a incidência da causa especial de redução de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é condicionada ao preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (a) primariedade do agente; (b) bons antecedentes; (c) não se dedicar a atividades criminosas; e (d) não integrar organização criminosa. A

hipótese, portanto, deve retratar quadro de traficância eventual ou de menor gravidade, circunstâncias às quais a minorante em questão é vocacionada. Nesse sentido, precedentes de ambas as Turmas desta SUPREMA CORTE: HC 143577 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; HC 123.430, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 18/11/2014; HC 101.265, Rel. Min. AYRES BRITTO, Relator p/ acórdão, Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 6/8/2012.

Já a fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser norteada pelo *quantum* da pena fixada em conjunto com as circunstâncias judiciais verificadas na primeira etapa da dosimetria (conforme os arts. 59 e 33, §3º, ambos do Código Penal), além das peculiaridades do caso concreto. Esse entendimento, aliás, está cristalizado na Súmula 719/STF (A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea) e replicada em diversos julgados: HC 143.577-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; RHC 134.494-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 9/5/2017; RHC 128.827, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/3/2017; RHC 122.620 Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/8/2014; HC 118.733, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 17/12/2013.

Dadas essas premissas, pode-se afirmar que, reconhecida a primariedade do agente, fixada a pena-base no mínimo legal e aplicada a referida minorante (art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006), resultando a sanção penal igual ou inferior a 4 anos de reclusão, não se justificaria a imposição de regime inicial de cumprimento da reprimenda mais rigoroso (semiaberto ou fechado). Daí por que, nessa específica hipótese, deve ser estabelecido o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Esse tem sido o entendimento por mim adotado em reiterados julgados: HC 225.651/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 15/03/2023; HC 223.597/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 12/01/2023; HC 207.927/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 21/10/2021; HC 201.570/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 10/5/2021; HC 186.242/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 2/6/2020; HC 224.769/MG, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 14/2/2023; HC 204.037/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 7/7/2021; HC 202.770/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 6/8/2021.

Entretanto, ainda que aplicada a redutora do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, se fixada a pena-base acima do mínimo legal e consideradas as peculiaridades do caso concreto, nada impede a fixação de regime prisional mais gravoso, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, desde que apresentada fundamentação idônea (cf. HC 213.016 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 18/4/2022; HC 190.697/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 8/9/2020; RHC 169.979/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 3/5/2019; HC 227.589/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 3/5/2023).

Com essas considerações, reputo adequada a proposta de verbete sumular apresentada pelo Ministro EDSON FACHIN, que condiciona a imposição do regime aberto e a conversão da pena privativa de liberdade à observância dos requisitos previstos nos arts. 33, §2º, “c”, e 44, ambos do Código Penal, cuja redação é a seguinte:

É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), **observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art. 44, ambos do Código Penal.**

Diante do exposto, ACOMPANHO a divergência apresentada pelo Ministro EDSON FACHIN. É como voto.