

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: **1** . Senhor Presidente, rogo vênias para **divergir parcialmente e propor acréscimo** no teor do verbete que vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário, apresentado por Vossa Excelência.

2. Cuida-se de Proposta de Súmula Vinculante para, nos termos do art. 103-A, §1º, da Constituição Federal, 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).

O verbete vinculante 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).

3. Com efeito, observo que os juízes e tribunais brasileiros tem prolatado sentenças com resultados díspares quando reconhecem a prática do tráfico privilegiado. Alguns julgados, ao determinar o regime de execução de pena, mesmo sem que haja qualquer circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria e ausente a reincidência, fixaram o regime diverso do aberto.

Conforme levantamento colacionado por Vossa Excelência, Ministro Dias Toffoli, a controvérsia judicial demonstrada é relevante e cinge-se à aplicação de normas constitucionais que protegem porção vital da liberdade dos indivíduos, aquela alcançada pela persecução penal.

Não há como negar o malferir do princípio constitucional que exige a fundamentação das decisões judiciais, quando, sem qualquer razão, for fixado regime mais gravoso ao réu, como ocorre na hipótese de reconhecimento do tráfico privilegiado, ausente a circunstância da reincidência. Claro que não supre a necessidade fundamentação as

alegações vagas (denotativa – imprecisão em definir a referência), ou ambíguas (conotativas - imprecisão da dimensão semântica de sentido).

Nesta mesma esteira, não passa ilesa a regra da legalidade. Aplicar regime diverso daquele determinado pela legislação representa grave violação do mais caro dos pilares do Estado de Direito, a regra da legalidade. A legislação antidrogas, com objetivo de promover punição mais adequada (longe ainda de alcançar tal desiderato), estabeleceu distinção entre aquele exerce a traficância no âmbito de um empreendimento estruturado, inserido no processo de macrocriminalidade, daquele que contribui com mero apoio material.

Ao negar aplicação à referida norma, com elementos que tornam a condição de cumprimento da pena mais gravosa, a regra da legalidade sofre inquestionável violação, juntamente com aquela que determina a individualização da pena.

Não admitir, de forma abstrata ou com fundamentação duvidosa, a aplicação do regime aberto na hipótese acima mencionada, representa desprezo para com o mandamento constitucional de que a pena deve ser individualizada, considerando as circunstâncias do fato e as condições do autor. Trata-se de uma conquista civilizatória responsabilizar o indivíduo na exata medida da repercussão da sua conduta.

Por fim, diante da já longamente reconhecida desumanidade do sistema prisional brasileiro, inclusive por esta Corte na ocisão do julgamento da ADPF nº 347, promover o encarceramento ilícito compromete a missão da Constituição de proteger a dignidade das pessoas contra todas as formas de violações, especialmente quando aprisionadas e despidas de todas as forças físicas, jurídicas e políticas. As condições de tratamento dispensada pelo Estado brasileiro aos seus encarcerados é um autêntico processo de animalização do sujeito.

Por essas razões, estabelecer o alcance da aplicação das citadas normas constitucionais, de forma vinculante, se faz necessário diante do contexto delineado, como forma de restaurar a segurança jurídica e a higidez constitucional.

4. Dessume-se da significação dos programas normativos constitucionais aqui tratados que se reconheceu o tráfico privilegiado e se tratar das hipóteses de ausência de circunstância desfavorável na primeira fase da operação de dosagem da pena e a de não ser o réu reincidente, o regime aberto deve ser fixado e a pena privativa de liberdade substituída

por restritiva de direitos. Neste último caso, admite a reincidência desde que não específica.

Com esta conclusão, divirjo parcialmente do Ministro Relator, Presidente Dias Toffoli, tendo em vista não constar da proposta o fator da reincidência para desobrigar a fixação do regime aberto, pois segundo o art. 33, §2º, alínea c, do Código Penal, o regime aberto será fixado em caso de pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos, se o réu não for reincidente. Para a hipótese de substituição da pena, o impedimento para a concessão do benefício é mais restrito, apenas se verificada a reincidência específica.

Poderia parecer preciosismo a insistência na questão da reincidência, uma vez que mesmo presente, não sendo específica, a substituição por restritiva de direitos será impositiva. Ocorre que não podemos deixar nos ater ao fato de que em havendo descumprimento das condições fixadas ao substituir a sanção (art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal), a conversão para pena privativa de liberdade exigirá a observação do regime fixado nos termos do art. 33, §2º, do Código Penal, para prosseguir com a execução da reprimenda.

Diante destas peculiaridades, a redação do verbete requer ajustes para melhor compreensão e aplicação, o que o faço nos seguintes termos:

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.**

Com o acréscimo, delimita-se a aplicação da legislação antidrogas e da norma penal no que se refere ao regime de execução das sanções decorrentes daquela, nos contornos das normas constitucionais.

É como voto.