

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Presidente):

Com fundamento no art. 103-A da Constituição Federal, que confere ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de editar súmula vinculante após “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, proponho a Vossas Excelências a edição de verbete com efeito vinculante com o seguinte teor:

“O reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 afasta, por si só, a imposição do regime de cumprimento de pena mais severo dentre aqueles que a pena aplicada permitir, salvo se houver fundamentação nas especificidades do caso concreto.”

Vale rememorar que este Supremo Tribunal, ao julgar o HC nº 97.256 /RS, de relatoria do Ministro **Ayres Britto**, DJe de 16/12/10, declarou a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (“vedada a conversão em penas restritivas de direitos”), admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Por sua vez, a Corte também reconheceu que “o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no **caput** e no § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos”, o que reforça ainda mais o constrangimento ilegal da estipulação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, em especial o fechado (**v.g.** HC nº 118.533, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 19/9/16), **quando ausente vetores negativos na primeira fase da dosimetria da pena** .

A partir daí o Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente concedido inúmeros **habeas corpus** para, uma vez reconhecida a figura do tráfico privilegiado, e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria, fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade da paciente por restritiva de direitos.

Conforme já decidido pela Corte,

“a fixação da pena-base (art. 59) no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, e a imposição do **regime** mais gravoso do que aquele abstratamente imposto no art. 33 do Código Penal revela inequívoca situação de descompasso com a legislação penal” (HC nº 117.813/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 6/3/14).

Bem reconheceu a Ministra **Rosa Weber** que,

“considerada a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar de 1/3 (um terço) e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (fixada a pena-base no mínimo legal), possível a fixação de regime prisional mais brando – aberto –, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos” (HC nº 144.934/SP, DJe de 21/11/17).

Verifica-se, assim, que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta o **quantum** da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º) e as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º), estabelecidas na primeira etapa da dosimetria.

Portanto, a fixação da pena-base no mínimo legal, com a incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais **na primeira etapa da dosimetria**, confere ao condenado o direito a cumprir a pena em regime aberto, bem como a ter a pena de privação da liberdade por pena restritiva de direitos, não cabendo negar essa pretensão pela invocação abstrata das causas de aumento de pena, as quais não podem ser consideradas, por si sós, como fundamentos aptos e suficientes para agravar o regime prisional, por não se qualificarem como circunstâncias judiciais do art. 59 (v.g. HC nº 117.813/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 6/3/14).

Nesse sentido, para ilustrar, colaciono julgados colegiados da Corte:

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, VEDADA A SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE. 1. Condenação, por tráfico de entorpecentes, a

um ano e oito meses de reclusão, em regime fechado . Presença dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, bem assim ao regime aberto.

Constrangimento ilegal evidenciado, justificando exceção à Súmula 691 desta Corte. 2. Redução de 1/6 a 2/3 da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, vedada a substituição por outra restritiva de direitos. Situação mais gravosa ao paciente. Inaplicabilidade. Ordem concedida, parcialmente, de ofício, para garantir ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, bem assim para que, caso haja reversão, o início da execução da pena privativa de liberdade se dê em regime inicial aberto” (HC nº 100.590/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 27 /11/09 – grifos nossos).

“ **Habeas corpus** . Penal. Processual penal. Fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. Decisão que não apresentou fundamentação apta a justificar tal medida. Descompasso entre fixação da pena no mínimo legal por serem favoráveis as diretrizes do art. 59 do Código Penal e a fixação do regime de cumprimento mais gravoso. Pleito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Questão não submetida ao Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância não admitida. Precedentes. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido da impossibilidade da fixação de regime prisional mais gravoso quando a sentença condenatória é desprovida de fundamentação. 2. Revela-se um contrassenso ter sido a pena da paciente fixada no patamar mínimo legal, por inexistência de motivos hábeis à sua majoração, e, ao mesmo tempo, assentar-se o regime mais gravoso em torno de proposições não cogitadas na primeira fase da dosimetria. 3. Se foram favoráveis à paciente as diretrizes do art. 59 do Código Penal para a fixação da pena no mínimo legal, não há razão para não favorecê-la também na fixação do regime. 4. O pleito dos impetrantes no sentido de se permitir à paciente que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sua condenação não foi submetido ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de forma originária, neste ensejo, configuraria verdadeira supressão de instância, o que não se admite. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e concedido” (HC nº 99.996, Primeira Turma, de **minha relatoria** , DJe de 22/11/10 – grifos nossos).

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. 1. A diminuição da pena decorrente da causa especial disposta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343 /2006, em patamar mínimo, reclama fundamentação jurídica

adequada, o que não ocorreu no caso. 2. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º) estabelecidas na primeira etapa da dosimetria. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de regime inicial mais grave revela quadro de descompasso com a legislação penal. 3. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido” (RHC nº 125.435, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 20/8/15 – grifos nossos).

“Constitucional e Penal. **Habeas Corpus**. Tráfico de entorpecentes – Art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Pena-base fixada no mínimo legal. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas. Pena totalizada em 1 ano e 8 meses de reclusão. Regime inicial fechado e negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento apenas na hediondez do crime. Óbice declarado inconstitucional no julgamento do HC 97.256. Decisão monocrática do Tribunal a quo. Descabimento do writ. Competência do supremo Tribunal Federal. Matéria de direito estrito. Habeas corpus de ofício. Art. 654, § 4º do CPP. 1. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena tem como balizas o seu quantum (requisito objetivo) e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (requisitos subjetivos). 2. In casu, o paciente foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, pena mínima prevista para o crime tráfico de entorpecentes, por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, emergindo daí o seu direito ao início do cumprimento no regime inicial aberto e à substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...)

4. **Habeas corpus** extinto, mas concedida a ordem, de ofício, para que o paciente inicie o cumprimento de sua pena no regime aberto, bem como para substituí-la por restritiva de direitos, ficando a cargo do juízo processante ou, se for o caso, do juízo da execução penal a fixação das condições que entender necessárias” (HC 120.876, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 12/9/14).

“ **Habeas corpus** . 2. Tráfico de drogas. Apreensão de 15 g de cocaína. Condenação. Fixação do regime inicial semiaberto. Vedada a substituição da pena, nos termos do art. 44 do CP. 3. A quantidade de droga apreendida não configura expressiva quantia a ensejar a imposição de regime mais gravoso, pois não serviu para exasperar a pena-base, bem como não impediu a incidência da causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo . 4. A pena final (1 ano e 8 meses de reclusão) e as circunstâncias da individualização, tal como avaliadas nas instâncias ordinárias, permitem o regime inicial aberto e, também, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ,

diante da inconstitucionalidade das restrições dos artigos 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006 (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, DJe 16.12.2010 e ARE 663.261/SP, rel. Min. Luiz Fux, com repercussão geral, DJe 6.2.2013). 5. Ordem concedida, confirmando a liminar deferida, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais” (HC nº 130.074/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 2/3/16 – grifos nossos).

“PENAL. **HABEAS CORPUS**. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PREVISTO NO ART. 33, § 1º, I, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA -BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I - O paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/2006, à pena à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa. II - A fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena está em desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, uma vez que a fundamentação adotada pelos julgadores limitaram-se a indicar as elementares do delito, revelando, ademais, a respectiva opinião sobre a gravidade do crime. III – O paciente é primário e o quantum da pena permite a imposição de regime inicial mais brando. IV – Esta Suprema Corte vem repelindo imposição do regime inicial fechado quando a pena-base for imposta no mínimo legal. Precedentes. V - Ordem concedida, para assegurar ao paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime inicial semiaberto” (HC nº 138.334, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe 26/6/17).

“ **HABEAS CORPUS**. CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA A NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL MÁXIMO DE 2/3. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. PREJUÍZO DA ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE” (HC nº 134.140/RJ, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 1º/8/17 – grifos nossos).

Destaco, ainda, o HC nº 132.134, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 1º/2/16; HC nº 109.344, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 15/10/12; HC nº 83.509, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 21

/11/03; HC nº 85.108, Relator o Ministro **Eros Grau** , DJ de 8/4/05; e HC nº 97.256, Relator o Ministro **Ayres Britto** , Tribunal Pleno, DJe de 1º/9/10.

Não há dúvidas a respeito das reiteradas decisões da Corte sobre a matéria, que traz em sua essência a envergadura constitucional necessária à proposição do verbete, na medida em que concerne à fundamentação das decisões (CF, art. 93, IX) e aos postulados da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX), da humanização da pena (CF, art. 5º, incisos III e XLII) e da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV).

Como percutientemente apontou o Ministro **Ayres Britto** , a dosimetria, assim como o **regime de cumprimento da pena** , seu conseqüência lógico, “exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das **garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização** do castigo”. Bem realçou Sua Excelência que, “em matéria penal, a **necessidade de fundamentação das decisões judiciais** , penhor de **status** civilizatório dos povos, tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes” (HC nº 96.871/RS, Segunda Turma, DJe de 8/10/10 – grifos nossos).

Do mesmo modo, o Ministro **Celso de Mello** , que, no último dia 17, completou 31 (trinta e um) anos de judicatura junto ao Supremo Tribunal Federal, ressaltou que

“esta Suprema Corte, pronunciando-se sobre esse específico aspecto da questão, já advertiu que ‘ *A exigência de motivação da individualização da pena hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica (...)*’ (RTJ 143/600, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE grifei).

Exige-se, portanto, na operação judicial de dosimetria da pena, notadamente quando o quantum da sanção penal mostra-se em evidente prejuízo ao réu, que o juiz explicita a necessária base empírica eventualmente legitimadora de suas conclusões, referindo, para tal efeito, a existência de dado substancial que justifique a opção mais gravosa em razão de elementos factuais idôneos” (HC nº 177.601, DJe de 17/8/20).

A importância da edição do verbete sumular com efeito vinculante se evidencia não só pelo número expressivo de **habeas corpus** e decisões favoráveis em recursos ordinários prolatados sobre a matéria pelo Supremo Tribunal Federal, como já exemplificado, mas também pela igualmente

expressiva quantidade de impetrações decididas favoravelmente nessas situações pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja missão constitucional outorgada é a de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação.

Os números são alarmantes consoante demonstrou o Ministro **Rogério Schietti** em voto proferido no julgamento do HC nº 500.080, impetrado naquela Corte.

Ao citar estudo dirigido pela Defensoria Pública de São Paulo junto ao núcleo de segunda instância e tribunais superiores, apontou Sua Excelência que,

“em 2019, dos 11.181 habeas corpus impetrados no STJ, a ordem foi concedida em 6.869 feitos, 61,43% das impetrações .

Em outro estudo, também da Defensoria Pública de São Paulo, foram analisadas 165 decisões do **TJSP e do STJ durante a pandemia** (Levantamento do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo), em casos em que condenados por tráfico tiveram pena reduzida ou substituída por medidas restritivas de direitos, porque, flagrados com pouca quantidade de drogas, tinham bons antecedentes e não integravam organização criminosa. **Concluiu-se que, de 64 decisões proferidas em apelações, nas quais se manteve a pena de 1 ano e 8 meses em regime fechado, 53 foram reformadas pelo STJ , ou seja, cerca de 82,80% dos pacientes obtiveram decisão concessiva .** (Fonte: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/durante-a-pandemia-stj-reformou-65-das-decisoes-do-tribunal-de-justica-de-sp-sobre-trafico-privilegiado-aponta-defensoria/>, acesso em 26/7/2020)” (Sexta Turma, Relator o Ministro **Sebastião Reis Júnior** , DJe de 12/8/20).

Ainda em seu voto, mencionou o ilustre Ministro do STJ o estudo direcionado

“aos ‘Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos’ (texto ainda no prelo, a ser publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais) – cujos autores, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, Caio Salles e Áquila Magalhães Duarte assinalam, verbis :

Com relação às espécies de crimes que são objeto de impetrações com maior frequência de concessões, em **2018, das 642 ordens**

concedidas, 317 (49%) tinham por crime objeto o tráfico de drogas e 58 (9%) o furto – j untos apenas estes dois crimes foram responsáveis por 58% das concessões. Em 2019, o resultado foi semelhante: entre as 923 ordens, 492 (53%) diziam respeito a delitos relacionados a entorpecentes e 53 (6%) a furto, mantendo o percentual semelhante, de 59% no total de concessões” (grifos nossos).

Esses apontamentos, uma vez atendidos os requisitos constitucionais pertinentes, reforçam a importância da edição da súmula vinculante para otimizar os efeitos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que ela vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e promoverá a segurança jurídica, coarctando, ademais, a multiplicação de processos, como já constatado.

Por essas razões, proponho a edição do verbete vinculante, ajustando-se a redação original para 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) .”

Penso que essa alteração conjuga o binômio necessário para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vale dizer, o **quantum** da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º) e as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º), **apurados na primeira etapa da dosimetria** .

Isso porque, como já vaticinado pela Corte, estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de regime inicial mais gravoso revela quadro de descompasso com a legislação penal e com os postulados constitucionais da humanização da pena (CF, art. 5º, incisos III e XLII), e da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), entre outros já citados anteriormente.

É como voto.