

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de proposta de súmula vinculante sugerida pelo Ministro Dias Toffoli com fundamento no art. 103-A da Constituição Federal e a seguinte redação:

“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).”

Nos termos do art. 33, § 2º e do art. 44, I do CP, a fixação de regime inicial aberto e a substituição por pena restritiva de direitos são possíveis em condenações a pena igual ou inferior a quatro anos.

A redação proposta mostra-se adequada a tais normas, visto que, uma vez aplicado o redutor do tráfico privilegiado e ausentes circunstâncias judiciais negativas na primeira fase da dosimetria, a minorante acarretará necessariamente a redução de pena em seu patamar máximo (dois terços), resultando em pena-definitiva igual ou inferior a quatro anos.

Como sabido, em sessão realizada em 27.6.2012 (DJe 17.12.2013), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, por maioria, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007. Desse modo, ficou superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.

Contudo, para tentar burlar o entendimento firmado por esta Corte, Tribunais de origem deixaram de utilizar, na fixação do regime, a expressão “hediondez” e passaram a afirmar apenas que, em tráfico de drogas, o único regime adequado é o fechado.

A gravidade em abstrato do crime não é justificativa legítima, especialmente diante de primariedade do paciente, reconhecida com a valoração positiva das circunstâncias judiciais. Nos termos das súmulas deste Supremo Tribunal Federal:

“Súm. 718, STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súm. 719, STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Além disso, este Supremo Tribunal Federal há muito ressaltou a inconstitucionalidade da vedação abstrata à conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”. (ARE 663261 RG, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 6.2.2013)

Contudo, ainda assim, tais precedentes consolidados são descumpridos por juízos inferiores. Conforme pesquisas estatísticas já consolidadas, a falta de motivação concreta para imposição de regime prisional mais gravoso é um dos principais motivos para concessão de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça e neste Supremo Tribunal Federal (AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas corpus nos Tribunais Superiores*. FGV, 2016; VASCONCELLOS, Vinicius; PEDRINA, Gustavo; DUARTE, Áquila; SALLES, Caio. Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2020, no prelo).

Portanto, a Proposta de Súmula Vinculante apresentada está em conformidade com precedentes assentados por este Supremo Tribunal Federal, inclusive em súmulas e teses de repercussão geral, mas, diante da inexplicável desconsideração por certos juízos, mostra-se extremamente relevante.

Diante do exposto, **acompanho o Relator e voto pela aprovação da súmula vinculante** na formulação apresentada: “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 como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/05/2023