

Súmula do STF estipula regime aberto para tráfico privilegiado

14/05/2023

Quando o tráfico privilegiado é reconhecido e não há circunstâncias judiciais negativas, deve ser fixado o regime aberto, desde que o réu não seja reincidente. Além disso, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por medidas restritivas de direitos, desde que o réu não seja reincidente específico.

fongbeerredhot/freepik



Súmula evita regime fechado em certas condenações por tráfico de drogas
fongbeerredhot/freepik

Esse é o enunciado de uma nova súmula vinculante aprovada pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal, em sessão virtual encerrada na última sexta-feira (12/5).

O tráfico privilegiado é uma causa de diminuição de pena prevista na [Lei de Drogas](#). Ele se aplica quando o agente é primário, tem bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

Justificativa

Boa parte do enunciado foi baseado na fundamentação do ministro Dias Toffoli, que propôs a súmula em 2019, quando ainda era presidente da corte. Em seu voto, ele ressaltou que a determinação do regime inicial deve levar em conta a quantidade da pena imposta e as condições pessoais do condenado.

Quando o tráfico privilegiado é reconhecido e a pena-base é fixada no seu mínimo legal, todas as circunstâncias judiciais são favoráveis. Assim, para o magistrado, surge o direito ao regime aberto e à substituição da pena por medidas restritivas de direitos.

Na visão do ministro, causas de aumento de pena não são suficientes para se adotar o regime de cumprimento mais severo, pois não constituem circunstâncias judiciais (que são descritas no artigo 59 do Código Penal).

Toffoli ainda destacou que o STF vem concedendo diversos Habeas Corpus para fixar o regime aberto e substituir a pena por medidas restritivas de direitos em casos do tipo. Além disso, há uma quantidade expressiva de decisões semelhantes no Superior Tribunal de Justiça.

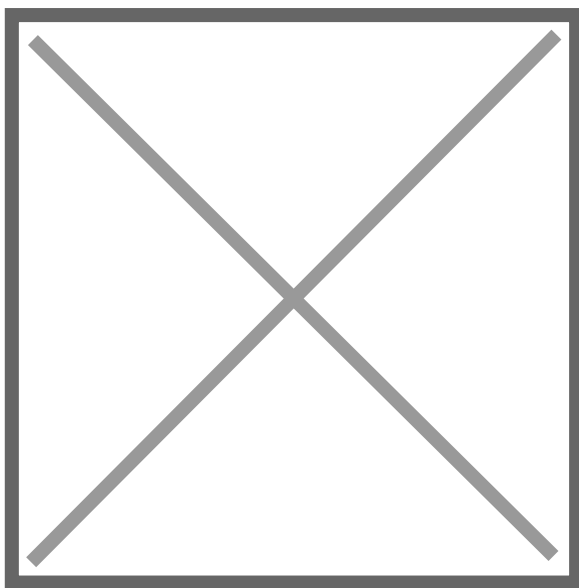
O ministro lembrou de precedente no qual o STF reconheceu que o tráfico privilegiado não tem natureza hedionda. Segundo ele, isso "reforça ainda mais o constrangimento ilegal da estipulação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, em especial o fechado, quando ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria da pena".

Contexto

Em seu voto, que acompanhou o entendimento de Toffoli, Gilmar Mendes explicou que o Código Penal autoriza o regime aberto e a substituição da pena em condenações iguais ou inferiores a quatro anos. Essa é a duração de uma sanção quando o tráfico privilegiado é reconhecido e não existem circunstâncias judiciais negativas.

O ministro lembrou que o Supremo já declarou inconstitucional a obrigatoriedade da fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente de condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111.840).

Carlos Moura/SCO/STF



Edson Fachin proferiu o voto vencedor
no julgamento em sessão virtual^{Carlos Moura/SCO/STF}

Para burlar tal entendimento, tribunais deixaram de usar a expressão "hediondez" e passaram a dizer apenas que o único regime adequado ao tráfico de drogas é o fechado.

Porém, para o magistrado, "a gravidade em abstrato do crime não é justificativa legítima, especialmente diante de primariedade do paciente, reconhecida com a valoração positiva das circunstâncias judiciais".

Ele destacou a [Súmula 718](#) da corte, segundo a qual a opinião do juiz sobre a gravidade do crime não justifica a aplicação de regime mais severo do que o permitido segundo a pena, e a [Súmula 719](#), que exige motivação idônea nessas circunstâncias. Além disso, a corte já [validou](#) a conversão da pena em medida restritiva de direitos em casos de crimes hediondos ou equiparados.

Ainda assim, juízos inferiores descumprem tais precedentes. Conforme pesquisas trazidas aos autos, um dos principais motivos para concessão de HCs no STF e no STJ é a falta de motivação concreta para a imposição de regime prisional mais gravoso.

Reincidência

Embora dez ministros tenham concordado com a necessidade de fixação do regime aberto e aplicação de medidas restritivas quando reconhecido o tráfico privilegiado, prevaleceu a divergência inaugurada por Edson Fachin, que acrescentou ao enunciado a questão da reincidência.

Segundo a alínea "c" do §2º do artigo 33 do Código Penal, o regime aberto deve ser fixado em caso de pena inferior a quatro anos se o réu não for reincidente. Para a substituição da pena, o impedimento ocorre se o réu não for reincidente pela prática do mesmo crime.

Fachin considerou necessário ressaltar tais regras na súmula. Ele foi acompanhado pelas ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber (presidente da corte) e pelos ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, que formaram maioria. Toffoli, Gilmar, Kassio Nunes Marques e o recentemente aposentado Ricardo Lewandowski ficaram vencidos, com o enunciado que não abordava a reincidência.

Voto isolado

Já o ministro Marco Aurélio, que se aposentou em 2021, votou contra a edição da súmula. Como ele participou do julgamento antes da aposentadoria, seu sucessor, André Mendonça, não apresentou voto.

Marco Aurélio não verificou decisões suficientes da corte a ponto de formar uma jurisprudência sobre o tema. Para ele, tal medida, no campo penal, "há de ocorrer com a maior segurança possível".

Além disso, o magistrado considerou que o tráfico privilegiado "não repercute, diretamente, no regime de cumprimento". De acordo com ele, se a pena-base é estabelecida acima do mínimo previsto, devido a circunstâncias judiciais negativas, é viável o regime mais severo, mesmo que seja aplicada a minorante.

Clique [aqui](#) para ler o voto de Toffoli

Clique [aqui](#) para ler o voto de Gilmar

Clique [aqui](#) para ler o voto de Fachin

Clique [aqui](#) para ler o voto de Alexandre

Clique [aqui](#) para ler o voto de Marco Aurélio

PSV 139

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mai-14/sumula-stf-estipula-regime-aberto-trafico-privilegiado/>