

PROPOSTA DE TESE

Nome: Mariana Borgheresi Duarte, Raphael Camarão Trevizan e Douglas Schauerhuber Nunes.

Área de atividade: Execução Criminal

Unidade/Regional (DPE-SP): NESC, Tupã/Marília e Limeira/Campinas.

Endereços: Av. Libero Badaró, nº 616 - 3º andar, Centro, CEP 01008-000, São Paulo/SP (NESC); Rua João Tavares do Couto nº 15, Vila das Indústrias, CEP: 17604-231, Tupã/SP; e Avenida Maria Buzolin, 622, Jardim Piratininga, CEP 13484-318, Limeira/SP.

Telefone: (11) 3105-0919, ramais 314/315/316/317/324 (NESC); (14) 3441-6793 (Tupã); e (19) 2113-5757 (Limeira).

E-mails: mduarte@defensoria.sp.def.br; rtrevizan@defensoria.sp.def.br; dsnunes@defensoria.sp.def.br

Súmula: *Na execução da pena imposta pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, (i) deve ser fixado o regime aberto e substituída a pena aplicada por restritiva de direitos, em atendimento à Súmula Vinculante 59, que retroage aos casos transitados em julgado anteriormente à sua edição, bem como (ii) deve haver a suspensão da pena alternativa ainda que anteriormente unificada com privativa de liberdade, que agora passará a ser superveniente.*

Assunto: Tráfico de drogas privilegiado (art. 33, §4º da Lei 11.343/06). Súmula Vinculante 59 do STF. Retroatividade do entendimento favorável ao sentenciado. Vedação da unificação automática das penas. Tema 1106 do STJ.

Item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do

Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção dos direitos humanos, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. Por essa razão, tem como objetivo institucional a primazia da dignidade da pessoa humana, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos, nos termos do art. 3º-A da Lei Complementar 80/94. No âmbito da execução penal, o art. 61, III, da Lei de Execução Penal classifica a instituição como órgão da execução penal e o art. 81-A prevê que a Defensoria Pública deve velar pela regular execução da pena, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias.

Meta do plano de atuação: Reduzir o superencarceramento pelo delito de tráfico de drogas, reduzindo o tempo de encarceramento de pessoas que atualmente cumprem penas privativas de liberdade unificadas com a de tráfico privilegiado.

Fundamentação jurídica:

A Súmula Vinculante 59 assim dispõe em seu exato teor:

É impositiva a fixação de 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.

O princípio da legalidade estrita determina que em direito penal a lei penal apenas pode retroagir para beneficiar o réu. Pela mesma razão, **a nova Súmula Vinculante retroagirá inclusive aos casos transitados em julgados anteriormente à sua edição**, como já aconteceu em julgamentos anteriores do próprio STF sobre a Lei de Drogas com a fixação de entendimentos favoráveis aos réus, como o caso julgado no HC 118.533/MS, em que a Corte Suprema estabeleceu que o tráfico privilegiado não consubstanciava crime equiparado a hediondo. Esse entendimento teve aplicação a todos os casos em curso no país, mesmo em sentenças definitivas e em fase de execução. Posteriormente, o entendimento retromencionado virou lei, sendo inserido no art. 112, § 5º, da Lei de Execuções Penais.

Destaca-se que a Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, tem aplicação a todos os órgãos do Poder Judiciário, envolvendo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, tendo eficácia semelhante a uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, ou ainda, uma Medida Provisória expedida pelo Presidente da República.

Pelos seus efeitos e na sua intersecção com o princípio da legalidade no direito penal é que deve retroagir. Fosse entendimento mais gravoso, não retroagiria. Assim, a referida Súmula tem potencial de evitar novas prisões ao se aplicar a casos novos e, ainda, de possibilitar a soltura de pessoas que atualmente cumprem pena, por se aplicar mesmo a casos com trânsito em julgado.

Ainda neste tema, é importante destacar que apesar de retroagir a casos transitados em julgado, por se tratar de interpretação penal mais benéfica, a Súmula Vinculante 59 constitui nova situação jurídica às pessoas que atualmente cumprem pena, a partir da data de edição da Súmula. Cria-se uma pena nova (regime aberto substituída por restritiva de direitos), a partir da sua aplicação no caso concreto, desde a data de edição da Súmula Vinculante.

Sendo assim, há uma necessária relação entre a SV 59 e o Tema 1106 do STJ. Referido tema prevê:

Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.

Assim, como constitui nova pena a todas as condenações por tráfico privilegiado em que seu entendimento não foi aplicado, a Súmula Vinculante 59 pode ser aplicada mesmo no caso de penas unificadas com o crime de tráfico privilegiado.

Portanto, nos casos de condenação provisória ou definitiva pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, impõe-se a fixação de regime aberto e substituição da pena aplicada por restritiva de direitos, em atendimento à SV 59,

bem como a suspensão da pena alternativa quando unificada com privativa de liberdade, que agora passará a ser superveniente, nos termos do Tema 1106 do STJ.

Fundamentação fática: Segundo o último relatório de informações penais, referente ao primeiro semestre de 2023, há 158.589 pessoas presas por tráfico no Brasil¹, dentre as quais 148.010 são homens e 10.579 são mulheres. No Estado de São Paulo, estão presos por tráfico 70.250 homens e 4.286 mulheres, de modo que a tese aqui proposta impactará na antecipação de soltura de pessoas que atualmente cumprem pena por tráfico privilegiado unificadas com penas privativas de liberdade.

A tese apresentada tem maior impacto no superencarceramento feminino no Estado de São Paulo, certo que dados do mesmo relatório apresentado indicam que no mesmo período havia 8.520 mulheres presas no Estado. É dizer, mais de metade das mulheres presas no Estado de São Paulo cumprem pena por tráfico de drogas.

Sugestão de operacionalização: Na execução penal provisória ou definitiva decorrente de condenação pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, sugere-se que seja pleiteada a aplicação da Súmula Vinculante 59, com a fixação de regime aberto e substituição da pena aplicada por restritiva de direitos, bem como a suspensão da pena alternativa, que agora passará a ser superveniente, nos termos do Tema 1106 do STJ. Nos casos de indeferimento do pedido, sugere-se a interposição de agravo em execução penal. Ainda, em caso de descumprimento da Súmula Vinculante 59, sugere-se a propositura de reclamação constitucional. Por fim, em caso de descumprimento do Tema 1106 do STJ, sugere-se a impetração de *habeas corpus* com pedido liminar ou de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Manifestação processual pré-formatada:

¹ BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Relatório de Informações Penais. 1º semestre de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1- semestre-de-2023.pdf>. Acessado em 06 de outubro de 2023. p.110

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA
EXECUÇÃO CRIMINAL**

Autos nº **XXXXXXXXXXXX**

XXXXXXXXXXXX, já qualificado nos autos em epígrafe, assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por seu órgão de execução subscritor, no uso das prerrogativas e atribuições conferidas pelas LC nº 80/1994 e LCE nº 988/2006, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que segue.

O caso concreto permite a aplicação da Súmula Vinculante 59, que assim dispõe em seu exato teor:

É impositiva a fixação de 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.

O princípio da legalidade estrita determina que em direito penal a lei penal apenas pode retroagir para beneficiar o réu. Pela mesma razão, **a nova Súmula Vinculante retroagirá inclusive aos casos transitados em julgados anteriormente à sua edição**, como já aconteceu em julgamentos anteriores do próprio STF sobre a Lei de Drogas com a fixação de entendimentos favoráveis aos réus, como o caso julgado no HC 118.533/MS, em que a Corte Suprema fixou que o tráfico privilegiado não consubstanciava crime equiparado a hediondo. Esse entendimento teve aplicação a todos os casos em curso no país, mesmo em sentenças definitivas e em fase de execução. Posteriormente, o entendimento

retromencionado virou lei, sendo inserido no art. 112, § 5º, da Lei de Execuções Penais.

Destaca-se que a Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, tem aplicação a todos os órgãos do Poder Judiciário, envolvendo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, tendo eficácia semelhante a uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, ou ainda, uma Medida Provisória expedida pelo Presidente da República.

Pelos seus efeitos e na sua intersecção com o princípio da legalidade no direito penal é que deve retroagir. Fosse entendimento mais gravoso, não retroagiria. Assim, a referida Súmula tem potencial de evitar novas prisões ao se aplicar a casos novos e, ainda, de possibilitar a soltura de pessoas que atualmente cumprem pena, por se aplicar mesmo a casos com trânsito em julgado.

Ainda neste tema, é importante destacar que apesar de retroagir a casos transitados em julgado, por se tratar de interpretação penal mais benéfica, a Súmula Vinculante 59 constitui nova situação jurídica às pessoas que atualmente cumprem pena, a partir da data de edição da Súmula. Cria-se uma pena nova (regime aberto substituída por restritiva de direitos), a partir da sua aplicação no caso concreto, desde a data de edição da Súmula Vinculante.

Sendo assim, há uma necessária relação entre a SV 59 e o Tema 1106 do STJ. Referido tema prevê:

Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.

Assim, como constitui nova pena a todas as condenações por tráfico privilegiado em que seu entendimento não foi aplicado, a Súmula Vinculante 59 pode ser aplicada mesmo no caso de penas unificadas com o crime de tráfico privilegiado, o que acontece no presente caso concreto.

Portanto, requer-se a aplicação da SV 59, fixando-se regime aberto e substituindo-se a pena aplicada por restritiva de direitos, determinando-se a

suspensão da pena alternativa quando unificada com privativa de liberdade, que agora passará a ser superveniente, nos termos do Tema 1106 do STJ.

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

NOME

DEFENSOR/A PÚBLICO/A

Órgão de atuação