HABEAS CORPUS Nº 502.980 - SC (2019/0098342-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	ENIVALDO NUNES DA CONCEICAO JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. *BIS IN IDEM*. UTILIZAÇÃO DE QUANTIDADE DE DROGAS EM MAIS DE UMA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEBATE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ART. 33, § 2º, *B*, E § 3º, DO CP. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS EM DIFERENTES FASES DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.
Writ indeferido liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Enivaldo Nunes da Conceição Junior** contra ato coator proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que negou provimento ao seu apelo (Apelação criminal n. 0000059-91.2018.8.24.0008), mantendo o paciente submetido à pena de 3 anos, 4 meses e 25 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 340 dias-multa, à razão mínima, pela prática de conduta descrita no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Alega-se, em síntese, que o mesmo motivo (natureza e quantidade de drogas) foi utilizado para não reduzir a pena no patamar máximo na terceira fase da dosimetria, aumentar a pena-base, impor regime mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de direitos. Afirma-se que o paciente foi quadruplamente prejudicado pela mesma circunstância fática.

Sustenta-se que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas já foi considerada

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer-se a concessão de liminar no sentido de que se expeça alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, pede-se a diminuição da pena-base, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 3/9).

É o relatório.

De imediato, não vislumbro, de plano, ilegalidade apta à concessão da ordem neste *writ*.

Ao apreciar a apelação, o Tribunal local a julgou aos seguintes fundamentos, no tocante à dosimetria (fls. 403/407):

> Dosimetria
> Do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e da substituição por restritivas de direitos
> A defesa pugna pela fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto a quantidade da pena enseja o acolhimento da sua pretensão.
> Sem razão.
> Após a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, devem ser analisados os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, III, do Código Penal, os verbetes 718 e 719, ambos da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e o verbete 440 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim como a natureza, a diversidade e a quantidade de droga apreendida para a fixação do regime inicial. Cita-se o teor dos referidos verbetes:
> [...]
> Veja-se que a fundamentação lançada na sentença não destoa do entendimento desta Primeira Câmara Criminal, sendo possível a adoção de regime de cumprimento mais severo do que aquele alcançado por meio do montante da pena mediante a aplicação do art. 33 do Código Penal.
> Neste sentido, cita-se:
> [...]
> No caso, vale ressaltar que os policiais já possuíam informações de que, no local da abordagem, acontecia a mercancia de entorpecentes. Em campana, visualizaram o recorrente e um adolescente negociando algo com um motoqueiro, motivo pelo qual os abordaram e descobriu-se quantidade considerável de material entorpecente de alta nocividade, conforme já destacado.
> Todas essas circunstâncias guardam não só maior reprovabilidade, como demonstram maior intimidade com a atividade ilícita, não sendo possível a fixação do regime aberto para cumprimento da pena.
> Convém ressaltar que a natureza e a diversidade das drogas, sem olvidar do alto grau de reprovabilidade do delito em questão, impõe uma severa repressão, o que não seria alcançado com a fixação do regime aberto.
> No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de

> direitos, o apelante, diante da prática do crime de tráfico ilícito de drogas, não merece sua aplicação em decorrência de não ser socialmente recomendável.
>
> Assim, deve-se considerar se o indivíduo em questão preenche os requisitos subjetivos do art. 44 do Código Penal em razão das circunstâncias do crime.
>
> Nesse sentido:
>
> [...]
>
> Por último, destaca-se que, ao fixar o regime semiaberto, o Estado reconhece que o agente delituoso, pela sua maior periculosidade, demanda submissão a sistema prisional mais severo, com restrição de sua liberdade a fim de evitar a reiteração da prática delituosa.
>
> A doutrina, estabelece que a gravidade do delito: por si só não basta para determinar a imposição do regime inicial fechado, sendo imprescindível verificar o conjunto das circunstancias de natureza objetiva e subjetiva previstas no art. 59 do CP, tais como grau de culpabilidade, personalidade, conduta social, antecedentes etc., salvo se devido a quantidade da pena for obrigatório aquele regime. Nesse sentido e o teor da Sumula 718 do 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" (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, v. 1, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 382.).
>
> Nesse contexto, forçoso concluir também que a concessão do benefício previsto no art. 44 do Código Penal mostra-se em descompasso com o regime semiaberto. Afinal, como reconhecer que o condenado não possui condições de iniciar o cumprimento da pena no regime mais brando e, no entanto, conferir-lhe a possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, hipótese legal em que o senso de responsabilidade deve ser maior em razão da menor presença fiscalizatória do poder repressivo estatal.
>
> Não se nega a existência de exceções pontuais e extremamente limitadas. Porém, jamais em hipóteses em que as circunstâncias do crime praticado, como no caso em tela, revelam que a exasperação da reprimenda corporal constitui único instrumento disponível a frenar a continuidade do crime praticado.
>
> Portanto, inviável a substituição da pena privativa de liberdade.

Inicialmente, verifica-se que, em relação à dosimetria da pena, não foi possível confirmar a análise do Tribunal local sobre a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, tampouco sobre a utilização concomitante dessa vetorial para fins de modulação da pena-base, motivo pelo qual fica inviabilizada, neste momento, tal análise, sob pena de indevida supressão de instância.

Assim, considerando que a pena foi fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão e a existência de circunstância judicial negativa, legal a fixação do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.

Ademais, não há falar em *bis in idem* na utilização de um mesmo vetor em diferentes fases da individualização da reprimenda, como, por exemplo, a dosimetria da pena, a fixação do regime e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

direitos (AgRg no AREsp n. 1.358.292/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018).

Ante o exposto, **indefiro liminarmente** o *writ*.

Publique-se.

Brasília, 05 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator