



**APELAÇÃO PENAL**

PROCESSO Nº 0010584-98.2010.8.14.0006

COMARCA DE ORIGEM: Ananindeua (3ª Vara Penal)

APELANTE: Dilma do Socorro Moraes da Silva (Def. Púb. Luciana dos Anjos Mesquita)

APELADA: A Justiça Pública

PROCURADOR DE JUSTIÇA: Sérgio Tibúrcio dos Santos Silva

RELATORA: Des. Vania Fortes Bitar

APELAÇÃO PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 – PRELIMINAR SUSCITADA PELA APELANTE: 1) NULIDADE PROCESSUAL EM VIRTUDE DO INGRESSO DOMICILIAR FORÇADO PELA POLÍCIA SEM MANDADO JUDICIAL. REJEITADA Em se tratando de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, cujo estado de flagrância é permanente, já que sua consumação se prolonga no tempo, a eventual entrada de policiais sem a devida autorização na residência onde foi presa a apelante não acarreta em nulidade ou na ilicitude da prova coletada, e conseqüentemente do processo, pois a mesma encontrava-se em estado de flagrância. Precedente STF RE 603616 RO. Preliminar rejeitada. MÉRITO: 2) INSUFICIÊNCIA DE PROVAS APTAS A ENSEJAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – INOCORRÊNCIA. Materialidade e autoria delitiva sobejamente comprovadas pelo conjunto probatório que exsurge dos autos, de onde se extrai o Auto de Apresentação e Apreensão da droga, o Laudo Toxicológico definitivo, e a confissão extrajudicial da apelante, corroborados pelos depoimentos testemunhais em juízo, os quais afirmaram terem recebido denúncia anônima de que a casa da acusada funcionava como ponto de venda de drogas, tendo sido a mesma flagrada guardando substância entorpecente em sua residência, não merecendo acolhida o pleito de absolvição. 3) REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL – INVIABILIDADE. Sanção basilar fixada em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses de reclusão e 640 (seiscentos e quarenta) dias-multa que se justifica em face da natureza da substância entorpecente apreendida, cocaína, de alto poder deletério, a qual revela ser altamente reprovável a culpabilidade da apelante. Presente a atenuante da confissão, a reprimenda foi reduzida em 02 (dois) meses e 40 (quarenta) dias-multa, totalizando 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. 4) INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §4º, ART. 33, DA LEI N.º 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE. A quantidade de drogas e as circunstâncias da prisão em flagrante da acusada, decorrente da notícia de seu efetivo envolvimento na atividade criminosa, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência, assim como a forma acondicionamento das aludidas substâncias entorpecentes (87 petecas de cocaína), são aptas a evidenciar que a acusada se dedicava a atividades criminosas, inviabilizando o pretendido reconhecimento do tráfico privilegiado. Penas que restou mantida em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. 5) MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. PROCEDÊNCIA. Declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do §1º, art. 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, a fixação do regime inicial fechado não restou motivada idoneamente pelo magistrado sentenciante, razão pela qual deve ser o mesmo readequado para o semiaberto, tendo em vista a quantidade de pena, 06 (seis) anos de reclusão, e as



circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, conforme previsto no art. 33, § 2º, b, c/c art. 59, ambos do CP. 6) PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE CADA DISPOSITIVO LEGAL. Para fins de prequestionamento, basta ao julgador demonstrar os motivos de seu convencimento e fundamentar o seu posicionamento acerca das matérias ventiladas no pleito defensivo. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA READEQUAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO À APELANTE PARA O SEMIABERTO.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, para readequar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e sete dias do mês de agosto de 2019.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes.

Belém/PA, 27 de agosto de 2019.

Desa. VANIA FORTES BITAR  
Relatora

#### RELATÓRIO

Tratam os autos de apelação interposta por DILMA DO SOCORRO MORAES DA SILVA, inconformada com a sentença do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Penal da Comarca de Ananindeua que a condenou à pena de 06 (seis) anos de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

Em razões recursais, a apelante suscita a preliminar de nulidade do processo, sob alegação de que sua prisão em flagrante foi ilegal, decorrente de ingresso domiciliar sem mandado judicial. No mérito, alega que as provas constantes no caderno processual não são aptas a sustentar o édito condenatório, motivo pelo qual requer seja absolvida. Subsidiariamente, postula a redução da pena-base a si fixada para o mínimo legal e a incidência da minorante referente ao tráfico privilegiado, bem como a modificação do regime inicial de cumprimento de pena a si imposto. Por fim, requereu o prequestionamento das questões suscitadas, visando a eventual interposição de recursos aos Tribunais Superiores.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo, sendo que nesta Superior Instância, o Procurador de Justiça Sérgio Tibúrcio dos Santos Silva manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para que seja redimensionada a pena imposta à ré e aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06.

É o relatório.



**VOTO**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

**PRELIMINAR SUSCITADA PELA APELANTE:**

**ILICITUDE DAS PROVAS DECORRENTES DA PRISÃO EM FLAGRANTE  
PRECEDIDA DE INGRESSO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL:**

A tese preliminar defendida no apelo não merece provimento, sendo patente a regularidade da prova carreada aos autos, não havendo qualquer desrespeito à garantia constante no art.5º, XI, da Lei Maior, uma vez que, de fato, houve ingresso no domicílio da ré sem mandado judicial determinando a diligência, contudo tal ocorreu com respaldo no permissivo constante no próprio texto constitucional, o qual ressalva a possibilidade de mitigação da referida inviolabilidade domiciliar nos casos de flagrante delito.

No caso, os depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas em juízo apontam de forma coerente que a apreensão da acusada se deu em estado de flagrância, uma vez que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, tendo sido encontrada no interior da residência da referida apelante a substância entorpecente descrita no laudo toxicológico de fls. 57, merecendo destaque o fato de que a droga estava escondida embaixo de uma mesa, configurando a prática da conduta guardar prevista no tipo do artigo 33 da Lei de Drogas, declinando ainda as testemunhas Paulo Henrique dos Anjos e Bruno Carlos Almeida Patroca, ambos policiais militares, às fls. 48/52, que após receberem denúncias anônimas de que na residência da ré ocorria a prática de comércio de drogas, se deslocaram para lá e ficaram observando o movimento nas imediações, tendo sido constatada considerável circulação de pessoas na casa da acusada, pelo que restava configurada justa causa para invasão domiciliar, a partir de elementos coletados anteriormente ao ingresso no domicílio.

Sobre o assunto, reconhecendo a repercussão geral da matéria, decidiu o Supremo Tribunal de Federal acerca da licitude das provas obtidas a partir da entrada forçada policial em domicílio sem mandado judicial, quando amparada em fundadas razões, consolidando o entendimento sobre a questão no leading case RE nº 603616 (STF / Tema 280 - Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão):

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a



inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

(STF. / RO – RONDÔNIA. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 05/11/2015. pub.: 10/05/2016)

(Grifo nosso)

No caso em análise, restou demonstrada na instrução a existência de justa causa para o ingresso forçado em domicílio, a partir de elementos prévios que indicavam a ocorrência de flagrante delito, de forma que a licitude da diligência de busca e apreensão domiciliar realizada pela força policial desacompanhada de mandado judicial restou respaldada pelo permissivo constitucional que relativiza a inviolabilidade domiciliar nos casos de flagrante delito, que, no caso de crimes permanentes como o tráfico de entorpecentes, se mantem enquanto não cessar a prática delitativa, pelo que não se vislumbra mácula nas provas assim obtidas, a partir da referida diligência, pelo que a preliminar suscitada resta rejeitada.

#### MÉRITO:

Narra a denúncia, que no dia 20 de novembro de 2010, policiais militares receberam denúncia anônima informando que a residência da ré, ora apelante, DILMA DO SOCORRO MORAES DA SILVA era utilizada para venda de drogas.

Em seguida, os policiais militares fizeram campana nas imediações da residência da recorrente, sendo que, após verificar a movimentação de pessoas pelo local, adentraram na casa e, ao realizarem revista, encontraram uma vasilha de plástico contendo 69,70g (sessenta e nove gramas e setenta centigramas) de cocaína, distribuídas em 87 (oitenta e sete) petecas e o valor de R\$ 43,00 (quarenta e três), tendo sido a apelante incurso nas sanções punitivas previstas no art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Alega a referida recorrente, que as provas constantes no caderno processual não são aptas a sustentar o édito condenatório, motivo pelo qual requer seja absolvida. Subsidiariamente, postula a redução da pena-base a si fixada para o mínimo legal



e a incidência da minorante referente ao tráfico privilegiado, bem como a modificação do regime inicial de cumprimento de pena a si imposto. Por fim, requereu o prequestionamento das questões suscitadas, visando a eventual interposição de recursos aos Tribunais Superiores.

Insurgem dos autos estarem comprovadas tanto a materialidade, quanto a autoria delitiva imputada à ré pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, muito embora em juízo ela o tenha negado, senão vejamos:

Às fls. 16, consta o Auto de Apresentação e Apreensão elencando a substância entorpecente encontrada na residência da apelante, a qual informou, na fase inquisitiva, às fls. 08, que já comercializava droga há três meses em sua casa.

Em juízo, às fls. 48/50, o policial militar PAULO HENRIQUE DOS ANJOS, que participou da diligência que resultou na prisão da apelante, aduziu, verbis: (...) teve conhecimento de uma denúncia anônima, de que ocorria tráfico de drogas na residência da acusada, que após a ordem, o depoente, acompanhado de dois soldados, Leonardo Cesário e Bruno Almeida, dirigiram-se até o local, ficando um de campana, ocasião em que viram uma movimentação intensa, que após uma hora, o depoente e seus colegas adentraram na casa da acusada por volta de meia noite, momento no qual a mesma tentou fugir pelos fundos, sendo detida pelos policiais que fizeram uma revista no local, encontrando um pote marrom debaixo da mesa, contendo em seu interior aproximadamente 100 (cem) pedras de cocaína e uma certa quantidade de dinheiro que não se recorda. Que nessa ocasião a acusada confessou que traficava cocaína (...)

Ratificando o depoimento supratranscrito, tem-se o relato dos também policiais BRUNO CARLOS ALMEIDA PATRIOCA e LEONARDO CEZÁRIO DA SILVA, prestados às fls. 50/52 e 60/61.

Logo, extrai-se dos depoimentos acima mencionados, que a apelante confessou perante a Autoridade Policial, que estava traficando drogas há 03 (três) meses, sendo que os policiais militares supramencionados ratificaram, perante o magistrado a quo, as informações colhidas na fase inquisitorial, inclusive a confissão extrajudicial da acusada, relatando que receberam denúncia anônima informando que na residência da mesma ocorria venda de entorpecentes, quando se dirigiram para lá e realizaram campana, verificando ampla movimentação no local, ocasião em que adentraram na casa da referida apelante e realizaram buscas, tendo sido localizado um vasilhame de plástico que continha substância entorpecente, vulgarmente conhecida como cocaína, e estava sob sua guarda, razão pela qual os policiais levaram a ré até a delegacia, quando ela confessou a prática delituosa.

Ressalta-se que para a comprovação do delito de tráfico de entorpecente não é indispensável que o agente seja surpreendido comercializando a droga, posto que o citado delito, classificado como crime de ação múltipla, de conteúdo variado ou alternativo, consuma-se com a prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal descrito no art. 33, da Lei nº 11.343/06, tais como guardar substância entorpecente, como ocorreu in casu, o que afasta a alegação da apelante de que deve ser absolvida por ausência de provas.

Assim, resta claro que a ação da recorrente se subsume a de guardar, 69,70g (sessenta e nove gramas e setenta centigramas) da substância entorpecente conhecida como cocaína, na forma pastosa, distribuídas em 87 (oitenta e sete) petecas, acondicionada em um vasilhame de plástico, tendo sido ainda encontrado



R\$ 43,00 (quarenta e três reais) em espécie, conforme lhes imputou a denúncia, estando suas condutas incluídas no tipo penal descrito no art. 33, da Lei n.º 11.343/06, delito esse de ação múltipla, a qual se concretizou no momento em que ambos foram presos em flagrante.

No que se refere ao pleito de redução da pena-base, observa-se que embora o juízo a quo tenha valorado negativamente a culpabilidade da agente, bem como os motivos e as consequências do crime com base em elementos ínsitos ao tipo penal em comento, os quais não podem ser utilizados para exasperar a sanção base, a natureza da substância entorpecente conhecida como cocaína, denotam a culpabilidade altamente reprovável da apelante, apta a justificar a pena fixada em 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 640 (seiscentos e quarenta) dias-multa.

Tendo em vista a presença da atenuante da confissão, a reprimenda foi reduzida em 02 (dois) meses e 40 (quarenta) dias-multa, totalizando 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Quanto a causa de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, embora o magistrado de piso não tenha justificado a não incidência da aludida minorante, acertadamente não aplicou tal benefício, pois a considerável quantidade da droga, totalizando 69,70g (sessenta e nove gramas e setenta centigramas) apreendida, bem como as circunstâncias da prisão em flagrante da acusada, tendo sido ela detida a partir de denúncias anônimas de que utilizava sua casa como ponto de venda de entorpecentes, e a forma de acondicionamento das drogas com ela encontradas, 87 (oitenta e sete) petecas, todas contendo cocaína, embasam o afastamento da minorante do tráfico privilegiado, pois permitem concluir que a agente se dedica a atividades criminosas, inviabilizando a aplicação da referida causa de diminuição de pena, que se mantém em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Nesse sentido, verbis:

STJ: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO CONTIDA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DA BENESSE. REGIME FECHADO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUSPENSÃO OU SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. DESCABIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 44 E 77, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante



ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes. III - Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes.

IV - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas "circunstâncias da prisão em flagrante e pela forma de acondicionamento das drogas variadas restou claro a prática de atividade criminosa, um dos requisitos impeditivos do pretendido redutor da pena", onde as instâncias ordinárias se convenceram de que a paciente se dedicava às atividades criminosas. Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

V - Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, a condenação anterior existente, ainda que alcançada pelo período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não seja apta a caracterizar a agravante da reincidência, configura maus antecedentes, razão pela qual fica impedida a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, diante da ausência do preenchimento dos requisitos legais.

VI - As anotações configuradoras de maus antecedentes foram consideradas já na primeira fase da dosimetria para aumentar a pena-base. Desse modo, fixada a pena acima de 4 anos e existindo circunstância judicial desfavorável, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do Código Penal.

VII - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de suspensão ou substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos nos arts. 44 e 77, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 446.042/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 29/05/2018)

STJ: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AFASTAMENTO DA MINORANTE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL



DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DIREITOS. PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

V - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado por parte das instâncias ordinárias, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas apreendidas (138 porções de maconha, 90 pedras de crack e 119 pinos de cocaína, além de uma balança de precisão e mais 113 pinos vazios), bem como na "notícia do seu efetivo envolvimento na atividade espúria, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência (fl. 43), o que justificam o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

VI - Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

VII - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o bis in idem quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VIII - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem.

IX - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

X - A pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e variedade da droga apreendida, qual seja, 138 porções de maconha, 90 pedras de crack e 119 pinos de cocaína, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/06. Por outro lado, houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas, mas também nas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão dos entorpecentes, ou seja, a forma acondicionamento, apetrechos como balança de precisão e pinos vazios, além de notícia do efetivo envolvimento na atividade criminosa, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência, tudo evidenciando que o acusado se dedicava a atividades criminosas.

XI - A majoração da pena-base está fundada na quantidade e variedade de drogas apreendidas, ao passo que a negativa de minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.

XII - Na hipótese, infere-se que o v. acórdão impugnado fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ou seja, o fechado, com base em elementos concretos, que estabeleceram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ensejando uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

XIII - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos



de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 420.837/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017)

No que se refere ao regime de cumprimento da reprimenda privativa de liberdade, verifico que o juiz a quo não motivou idoneamente a imposição do regime fechado, o que não poderia ter sido feito, de modo que o regime deve ser fixado com base nas diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal.

Assim, considerando a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do §1º, art. 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, a quantidade de pena corporal, 06 (seis) anos de reclusão, e ainda, as circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, readéqua-se o regime de cumprimento da reprimenda corporal imposta à apelante para o semiaberto, conforme previsto no art. 33, § 2º, b, c/c art. 59, ambos do CP, por mostrar-se justo e adequado à prevenção e repressão do crime em espécie. Por derradeiro, quanto ao prequestionamento da matéria trazida à lume para eventual interposição de recursos de impugnação extraordinária, cumpre ressaltar que na hipótese, toda a questão suscitada foi devidamente analisada, possibilitando eventual interposição de recursos extraordinário e especial, pois, consoante entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o requisito do prequestionamento resta atendido quando emitido juízo de valor sobre a questão constitucional ou federal suscitada, sendo desnecessário o pronunciamento expresso sobre todos dispositivos de lei tidos por violados.

Por todo o exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para readequar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, mantendo nos demais termos a sentença vergastada.

É como voto.

Belém/PA, 27 de agosto de 2019.

Desa. VANIA FORTES BITAR  
Relatora