



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.736 - MS (2009/0202807-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ELIAS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI Nº 6.368/76. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE AUTORIA. REEXAME INVIÁVEL NA VIA ELEITA. DELAÇÃO DE CORRÉU CORROBORADO POR OUTROS ELEMENTOS. LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL EM SUA INTEIREZA. ACÓRDÃO CONSONANTE COM ESSE ENTENDIMENTO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. MAIS DE 5 TONELADAS DE MACONHA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. SANÇÃO DE 12 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste constrangimento ilegal se as instâncias originárias, analisando detidamente as provas produzidas nos autos, concluíram que são suficientes para embasar a condenação por tráfico de drogas e por associação para o tráfico. Ressaltaram o farto conjunto probatório existente, que não se resume à delação do corréu, pois esta foi corroborada por diversos outros depoimentos colhidos na fase extrajudicial e em juízo. Assim, não cabe a esta Corte, na via estreita do *habeas corpus*, proceder ao reexame de tais provas.

2. Devidamente comprovado o vínculo necessário à configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, impossível a pretendida absolvição. Os delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico são autônomos, sendo possível a condenação pelos dois crimes, em concurso material. Tendo sido praticadas várias ações para o cometimento dos delitos, não incide a regra do concurso formal. E não é possível a absorção da associação pelo tráfico de drogas. O vínculo estável da organização indica que ela foi formada para o cometimento de diversos crimes, não apenas do tráfico aqui tratado.

3. A Sexta Turma, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, deliberou aplicar a Lei nº 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto. Afirmou a possibilidade de aplicação da lei mais benéfica ao réu em sua integralidade, mas pela impossibilidade de combinação de leis. Hipótese em que o Tribunal de origem analisou as peculiaridades do caso e concluiu que a lei mais nova, aplicada em sua integralidade, é mais gravosa ao réu.

4. A motivação adotada pelo Juiz *a quo* para fixar a pena-base acima do mínimo legal mostra-se adequada e suficiente. Foi ressaltada a grande



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de entorpecentes apreendida (mais de 5 toneladas de maconha) e o fato de se tratar de associação criada para o tráfico internacional de grande monta de drogas.

5. Tratando-se de condenação à pena de 12 anos de reclusão, inviável a substituição da pena imposta ao paciente, nos termos do art. 44 do Código Penal.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 17 de março de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.736 - MS (2009/0202807-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ELIAS DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ELIAS DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Apelação Criminal nº 2006.60.05.000118-9 - 27886).

Narra a impetração que o paciente foi denunciado pelo suposto cometimento dos crimes tipificados nos artigos 12, *caput*, e 14, em concurso material, c/c o art. 18, I, todos da Lei 6.368/76.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente a ação penal, condenando o paciente à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

O Tribunal *a quo*, em sede de apelação, fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta, mantendo, no mais, a sentença condenatória.

Interposto recurso especial pela defesa do paciente, este foi parcialmente admitido, encontrando-se suspenso por se tratar de tema vinculado a recurso repetitivo (Resp nº 1.117.068/PR).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que o paciente foi condenado tão somente com base em delação de corréu, motivo pelo qual deve ser absolvido, nos termos do art. 386, IV, do Código de Processo Penal.

Sustenta que não há que se falar em crime de associação para o tráfico, já que para configurá-lo é necessário o caráter permanente, “devendo ser demonstrado nos autos tal habitualidade criminosa” (fl. 5).

Aduz que o único indício de que haveria habitualidade criminosa é o depoimento de corréu, que “não possui o condão de demonstrar que a associação para tráfico não foi meramente eventual” (fl. 5), sendo “imperiosa a não aplicação do artigo 14 da lei 6368/76, mas, quando muito, da majorante descrita no artigo 18, III da mesma lei” (fl. 6).

Salienta que, “em sendo acolhida a condenação pelo artigo 12 c/c o artigo 18, III, da lei 6368/76, tal aumento de pena não há que ser aplicado ao caso dos autos, posto que inexistente na nova lei antidrogas, configurando a *abolitio criminis*” (fl. 7).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma que o paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em sua totalidade (2/3), ressaltando o fato de não ter se configurado a associação para o tráfico.

Entende que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, já que a gravidade abstrata do delito e a quantidade e natureza da droga transportada não são fundamentos idôneos para majorá-la.

Argumenta que “faz-se necessária fundamentação suficiente para justificar o *quantum* aplicado, observando-se o princípio da proporcionalidade, bem como as demais circunstâncias pessoais do recorrente (...) o que não ocorreu na espécie” (fl. 14).

Defende que a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos, não sendo aplicável o disposto na Lei nº 11.343/06, uma vez que os fatos foram praticados antes de sua entrada em vigor.

Assinala que, em prevalecendo o entendimento quanto à possibilidade de condenação em relação aos crimes tipificados nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, deve ser reconhecida a absorção do crime de associação pelo tráfico ou, alternativamente, que ambos foram cometidos em concurso formal, não em concurso material.

Requer a concessão da ordem para o fim de absolver o paciente, por falta de provas de autoria. Subsidiariamente, pretende “seja garantida ao paciente a desclassificação do delito de associação para o tráfico, o direito à aplicação dos dispositivos da Lei nº 11.343/06, o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a aplicação do concurso formal de crimes” (fl. 18).

A liminar foi indeferida às fls. 1.501/1.502.

Foram prestadas informações (fls. 1.508/1.552).

O Ministério Público Federal opina pela parcial concessão do *writ* (fls. 1.555/1.563).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.736 - MS (2009/0202807-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI Nº 6.368/76. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE AUTORIA. REEXAME INVIÁVEL NA VIA ELEITA. DELAÇÃO DE CORRÉU CORROBORADO POR OUTROS ELEMENTOS. LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL EM SUA INTEIREZA. ACÓRDÃO CONSONANTE COM ESSE ENTENDIMENTO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. MAIS DE 5 TONELADAS DE MACONHA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. SANÇÃO DE 12 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste constrangimento ilegal se as instâncias originárias, analisando detidamente as provas produzidas nos autos, concluíram que são suficientes para embasar a condenação por tráfico de drogas e por associação para o tráfico. Ressaltaram o farto conjunto probatório existente, que não se resume à delação do corréu, pois esta foi corroborada por diversos outros depoimentos colhidos na fase extrajudicial e em juízo. Assim, não cabe a esta Corte, na via estreita do *habeas corpus*, proceder ao reexame de tais provas.

2. Devidamente comprovado o vínculo necessário à configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, impossível a pretendida absolvição. Os delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico são autônomos, sendo possível a condenação pelos dois crimes, em concurso material. Tendo sido praticadas várias ações para o cometimento dos delitos, não incide a regra do concurso formal. E não é possível a absorção da associação pelo tráfico de drogas. O vínculo estável da organização indica que ela foi formada para o cometimento de diversos crimes, não apenas do tráfico aqui tratado.

3. A Sexta Turma, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, deliberou aplicar a Lei nº 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto. Afirmou a possibilidade de aplicação da lei mais benéfica ao réu em sua integralidade, mas pela impossibilidade de combinação de leis. Hipótese em que o Tribunal de origem analisou as peculiaridades do caso e concluiu que a lei mais nova, aplicada em sua integralidade, é mais gravosa ao réu.

4. A motivação adotada pelo Juiz *a quo* para fixar a pena-base acima do mínimo legal mostra-se adequada e suficiente. Foi ressaltada a grande quantidade de entorpecentes apreendida (mais de 5 toneladas de maconha) e o fato de se tratar de associação criada para o tráfico internacional de grande monta de drogas.

5. Tratando-se de condenação à pena de 12 anos de reclusão, inviável a substituição da pena imposta ao paciente, nos termos do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Sustenta a impetração, em síntese, que:

- a) a condenação, inclusive no tocante à associação, baseou-se apenas no depoimento do corréu, não sendo as provas suficientes para a condenação;
- b) devem ser aplicadas as disposições mais benéficas previstas na Lei nº 11.343/06, inclusive com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo;
- c) a pena-base deve ser fixada no mínimo legal;
- d) é cabível a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

Alternativamente, argumenta que o delito de associação deve ser absorvido pelo de tráfico ou que deve incidir a regra do concurso formal de crimes.

DA ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS

Acerca da tese de falta de provas de autoria, porque não basta a delação do corréu Osmar, o magistrado de primeiro grau assentou (fl. 841):

Desta feita, constata-se que a delação do coautor Osmar em relação aos acusados encontra-se uníssona com as demais provas carreadas para os autos, e, portanto, hábil para embasar, juntamente com os demais elementos probatórios, a condenação dos réus.

Já o Tribunal de origem ressaltou, no que interessa:

Também é indubitosa a **autoria** do crime de tráfico internacional de drogas com relação a todos os apelantes, comprovada de maneira efetiva pelas provas amealhadas pela acusação:

ANÍBAL MAURO ARGUELLO FERNANDEZ:

Segundo consta de cópia de relatório circunstanciado (fls. 111/112 dos autos 200760050000840), uma pessoa de nome Almir Bernardinho de Arruda, que também era alvo de investigações por ser suspeito de compor a quadrilha de Luis Fernando da Costa (“Fernandinho Beira-Mar”), informou à Polícia Federal de Ponta-Porã que uma outra quadrilha de traficantes, composta por pessoas residentes na região de fronteira entre São Paulo e Paraná, estaria preparando o envio de grande quantidade de entorpecentes para São Paulo, e que teria sido convidado para participar da organização, mas se recusou e resolveu delatar os componentes para obter algum benefício.

Almir citou várias pessoas que participavam do “consórcio”, dentre elas uma cujo apelido é “Pardal ou “Tziu”, que, segundo ele, seria o principal articulador das atividades criminosas e proprietário da droga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir dessa informação, iniciou-se uma investigação e, em 18 de janeiro de 2006, foi preso em flagrante Osmar Domingos Langer, motorista do caminhão que carregava os cinco mil quilos e quinhentos e quarenta e quatro gramas de maconha pertencentes à quadrilha composta por ele e outros, dentre eles o apelante Aníbal, à época conhecido apenas pelas alcunhas (Pardal e Tziu).

Osmar, no auto de prisão em flagrante, aceitou obter os benefícios da delação premiada, sendo então lavrado termo de inquirição, quando declarou a existência pelo menos onze comparsas, pessoas residentes no Brasil e no Paraguai e responsáveis não apenas pela carga da maconha apreendida em seu poder, como também pela obtenção do veículo utilizado para o transporte da droga. No que se refere a Aníbal, forneceu seus apelidos, características físicas e informações do trajeto a ser utilizado para se chegar à sua residência. Declarou ainda:

(...)

Foi expedido mandado de prisão preventiva contra ANIBAL MAURO ARGUELLO FERNANDEZ. Após, sobreveio a notícia de que foi preso em flagrante delito no dia 21/12/2006 por estar praticando mais uma vez o crime de tráfico de drogas (fls. 758).

No dia 22 do mesmo mês e ano, Osmar Domingos Langer compareceu à delegacia federal de Ponta-Porã, onde reconheceu, com segurança e presteza, a fotografia do ANÍBAL MAURO ARGUELLO FERNANDEZ (vulgo “Tziu” ou “Pardal”) como sendo a pessoa que organizou o transporte da droga do Paraguai para São Paulo, onde seria o responsável por seu recebimento (fls. 762/766).

A fim de alcançar a absolvição pelos dois crimes, Aníbal alega que a condenação está baseada apenas na delação de Osmar, que não o apontou com segurança como sendo um dos membros da organização criminosa, pois o reconhecimento fotográfico não foi realizado segundo as formalidades previstas na lei, além de não haver provas de que tenha realizado alguma das condutas típicas descritas no artigo 12, *caput*, da Lei 6368, tendo em vista que não tinha condições financeiras para adquirir drogas e não foi preso em flagrante transportando-as. Afirmar, também, que sua conduta se resumiu a ajudar no descarregamento do entorpecente, de forma que, quando muito, poderia ser condenado apenas pelo crime de associação para o tráfico.

Contudo, não se sustentam quaisquer dessas alegações, que se mostram inverossímeis e desprovidas de fundamento em confronto com as provas amealhadas pela acusação durante a instrução criminal, que apontam indubitavelmente para a participação do apelante em ambos os crimes, sendo inviável a pretendida absolvição.

(...)

No que se refere à alegação de que a **DELAÇÃO** foi insuficiente para a comprovação da autoria, inicialmente deve ser observada a verossimilhança entre as delações efetuadas por Almir Bernardinho de Arruda e Osmar Langer, que apontaram as mesmas pessoas envolvidas no presente tráfico, ambos afirmando que ANÍBAL o apelante era o principal articulador das atividades criminosas e proprietário de grande parte da droga.

Conforme bem ressaltado pela acusação, Almir e Osmar são integrantes de organizações criminosas diversas, ambas atuantes na mesma fronteira do Paraguai com o Brasil, sem qualquer ligação, fato que reforça ainda mais a credibilidade das delações que efetuaram.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Note-se que a delação efetuada por Almir Bernardinho, que seria um dos componentes da quadrilha de Fernandinho Beira-Mar, não pôde ser corroborada em Juízo tendo em vista que, no mesmo dia em que ocorreu a apreensão das mais de cinco toneladas de maconha transportada por Osmar Langer, Almir foi assassinado na cidade de Pedro Juan Caballero/Paraguai, conforme cópia de notícia jornalística e relatório circunstanciado (fls. 159/160).

Contudo, Osmar Langer, ao ser interrogado nos autos da ação penal nº 2006.60.05.000118-9, confirmou integralmente a delação anteriormente efetuada:

(...)

Osmar Langer foi ouvido como testemunha de acusação, quando novamente confirmou o teor da delação, fornecendo mais detalhes a respeito do apelante e seu envolvimento nos crimes:

(...)

Some-se o depoimento judicial das outras testemunhas de acusação, que narraram os fatos tais como descritos na denúncia e nos autos de prisão em flagrante de Osmar, confirmando o teor de sua delação. Confirmam-se trechos:

(...)

A delação, no que se refere ao constante envolvimento do apelante Aníbal no tráfico de drogas, bem como à sua participação efetiva na associação criminosa, vem confirmada pela comprovação de sua prisão em flagrante em Campo Grande/MS (local onde era conhecido pela alcunha de MARCOS), por ter sido surpreendido guardando grande quantidade de maconha, conforme comprova a cópia do auto de prisão em flagrante, inquérito policial nº 0568/2006, onde o agente da polícia federal que o conduziu declarou:

(...)

Por fim, a confirmar a credibilidade da delação, há o fato de que representou um grave risco à integridade física do delator, bem como de sua família, fato que vem comprovado pelo ofício de fls. 486, expedido pelo Presídio de Trânsito de Campo Grande em 07 de junho de 2006, dando conta que o delator Osmar Domingos Langer, que ali se encontrava preso, foi transferido para outro estabelecimento penal após a informação de que estava sendo ameaçado naquela unidade pelos delatados, que ali também se encontravam.

Resta, então, analisar as declarações de Aníbal. Após ser preso, foi interrogado, negando as acusações e apresentando a seguinte versão dos fatos (fls. 865/866):

(...)

No entanto, suas assertivas não prosperam. Em primeiro lugar, restou isolada a afirmação das pretensas confusões ocorridas no presídio entre o apelante e uma pessoa parecida, bem como das ameaças de morte.

Como bem observou o representante do “Parquet” Federal, nas contra-razões:

(...)

Por ora, cabe rememorar um fato, já relatado nesta manifestação, que pode justificar as ameaças de morte supostamente sofridas por ANÍBAL dentro da cadeia. Deve-se lembrar que Almir, responsável pelas primeiras informações a respeito do tráfico apurado nestes autos e morto na mesma manhã em que apreendida a carga de maconha internada em território



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nacional pela quadrilha de TSIU ou PARDAL, era componente do bando liderado pelo traficante conhecido pela alcunha “Fernandinho Beira-Mar.”

Logo, é possível (aliás, bem provável) que as ameaças de morte relatadas por ALMIR (leia-se ANIBAL) decorram justamente do fato de seu bando haver assassinado integrante do bando liderado por “Fernandinho Beira-Mar”, na cidade de Pedro Juan Caballero, fato que reforça ainda mais a certeza da identificação do apelante, como um dos chefes da quadrilha responsável pelo carregamento de drogas apurado nesta ação penal.” (fl. 981).

Por outro lado, há o reconhecimento realizado pelo delator Osmar Langer, que se mostrou seguro e eficiente, como já analisado, além de suas declarações no sentido de que mantivera contato com o apelante por cerca de dez vezes, de maneira que não haveria como que fosse confundido com outra pessoa.

Tampouco prosperam as alegações do apelante no sentido de que apenas ajudou no carregamento das drogas, já que aqui não está em discussão o tráfico em razão da apreensão da maconha na zona rural do município de Campo Grande, quando o apelante foi preso, mas sim a sua participação no crime de tráfico das mais de cinco toneladas de maconha transportada por Osmar Langer.

Por outro lado, mesmo que o apelante não possua condições financeiras para adquirir tamanha quantidade de drogas, tal fato se torna irrelevante quando se sabe que, nos crimes de associação para o tráfico, é comum os membros se reunirem em um sistema de consórcio, em que cada qual contribui com determinadas quantias em dinheiro para a compra de drogas e sua distribuição, após o que o lucro ilícito é dividido proporcionalmente entre eles.

No caso, como já analisado, restou comprovado pelo teor da delação e do depoimento das testemunhas de acusação que o apelante Aníbal não era o proprietário da totalidade da droga, mas sim de grande parte dela, tendo em vista que os demais membros da organização contribuíam com quantias em dinheiro para a compra.

Por esses motivos, a negativa de autoria apresentada por Aníbal não pode ser considerada, uma vez que foi infirmada pela prova testemunhal em consonância com a minuciosa delação efetuada.

Portanto, a conduta praticada por esse apelante subsume-se perfeitamente ao crime previsto no artigo 12, caput, da Lei 6368/76, nas modalidades de “importar, remeter, adquirir ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, **devendo, pois ser mantida a condenação de ANÍBAL por esse crime.**

Também restou incontestado a participação dos demais acusados no crime de tráfico internacional de drogas.

Ao contrário do alegado por Daniel, Eder e Elias, a delação efetuada pelo co-réu Osmar Langer, que propiciou suas identificações como componentes da organização criminoso voltada ao tráfico internacional de drogas, é plenamente válida como prova da autoria, e foi corroborada por outras provas.

A propósito, ainda antes dessa delação, conforme já ressaltado, o componente da quadrilha de Fernandinho Beira-Mar, além de Aníbal, citou outras pessoas que participavam do “consórcio”, conhecidas pelos apelidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de “Ramão Veterinário” (traficante que fazia contatos com compradores no estado de São Paulo), “Cabeça Branca” (traficante que oferecia maconha para compor a carga) e “Polenta” (que estaria entrando em contato com presidiários no estado de São Paulo, para que enviassem uma carreta até a região de fronteira para o transporte da droga).

Voltando à delação efetuada por Osmar Langer, verifica-se que, em minucioso depoimento descreveu as características físicas, apelidos, nomes, local da residência de alguns e suas funções na organização criminosa, apontando-os como sendo “TSIU ou PARDAL”, “POLACO” (ou “ALEMÃO”), “VETERINÁRIO”, “CABEÇA BRANCA”, “POLENTA”, um indivíduo de nome desconhecido residente no bairro Andreazza, outro indivíduo posteriormente identificado como DANIEL ELISEO PEREIRA ALVARENGA, EDER (vulgo “CABEÇA”), “BOCA” (posteriormente identificado como ELIAS DOS SANTOS), “GORDO”, “TATA” (posteriormente identificado como EDILEIDE ROBERTO URTADO), e o proprietário de uma casa de material de construção em Pedro Juan Caballero/PY, onde o delator esteve, juntamente com Pardal, para discutir sobre o local do carregamento da droga no caminhão. Declarou, ainda:

(...)

Também como já ressaltado, Osmar Langer, ao ser interrogado em Juízo, confirmou integralmente a delação anteriormente efetuada, descrevendo com detalhes a sua conduta e a dos demais acusados:

(...)

Some-se os depoimentos das testemunhas de acusação, que narraram os fatos tais como descritos na denúncia. Confira-se trechos:

(...)

Ainda na fase inquisitiva, Osmar Domingos Langer efetuou o reconhecimento do apelante Eder (Cabeça)- fls. 101- e de outra pessoa de nome desconhecido, posteriormente identificada como sendo o apelante Daniel, ambos membros da quadrilha. Às fls. 97, reconheceu Leandro (Cabeça Branca).

Também atendendo às formalidades exigidas pelos incisos I, II e IV do artigo 226 do CPP, o reconhecedor Osmar descreveu as pessoas a serem reconhecidas, foram-lhes apresentadas fotografias numeradas, foi lavrado auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pelo reconhecedor e por duas testemunhas presenciais, quando então Osmar respondeu à autoridade:

(...)

Da mesma forma, por ocasião da delação (fl. 97), foram apresentadas a Osmar diversas fotos, solicitando ao mesmo que apontasse qual dentre eles seria Cabeça Branca, quando então apontou com absoluta certeza a foto de Leandro Fernandes de Freitas

Conforme consta do relatório sumário do delegado da polícia federal (fls. 71/74), na data dos fatos, em uma borracharia localizada na Avenida Tiradentes, foi preso em flagrante Eder de Almeida Moraes (que possuía condenação anterior por tráfico de drogas) e foi encontrado em seu poder um aparelho celular, em cuja agenda havia os números de telefones de Polaco e Boca.

Outra equipe de policiais se dirigiu a uma residência na Avenida Tiradentes, bairro Santa Isabel, em Ponta-Porã/MS, onde encontrou e prendeu em flagrante Daniel Eliseo Pereira Alvarenga.

No que se refere à prova testemunhal, destaco que em nosso sistema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processual não há, via de regra, vedação à eficácia probatória do **depoimento dos policiais**, que possuem função pública socialmente relevante, salvo quando se comprovar, por elementos concretos, que incorreram em abuso de poder, o que não se verifica.

Note-se, ainda, que, na grande maioria das vezes, os policiais são as únicas testemunhas de um crime, de maneira que suas declarações tornam-se essenciais para a apuração dos fatos e circunstâncias do delito.

A alegação dos apelantes Edson e Leandro de que os depoimentos dos policiais são inválidos como prova de autoria trata-se de versão que não destoa de tantas outras formuladas pelos acusados em geral, na tentativa de se isentarem da responsabilidade pelos fatos.

A jurisprudência dos tribunais superiores se direciona no sentido de que é idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório, mesmo constituída apenas por depoimentos de policiais que realizaram o flagrante.

(...)

Resta confrontar as provas da acusação, que apontam decisivamente para a autoria dos apelantes no crime de tráfico internacional de drogas, com suas declarações:

(...)

ELIAS DOS SANTOS (BOCA):

A partir das informações do delator, policiais federais acessaram bancos de dados e obtiveram sua qualificação, foram à sua residência e não o encontraram.

Conforme consta da certidão de fls. 190 verso, a esposa de Elias declarou ao oficial de justiça que ele estaria viajando sem data para retornar, apesar de saber que estava sendo procurado para ser citado e ter constituído defensor.

Não prestou nenhum depoimento nos autos.

A defesa tenta demonstrar que a pessoa procurada não se tratava do réu Elias tendo em vista que apenas foi reconhecido pelo apelido (Boca). Afirma ainda que se trata de pessoa humilde e trabalhadora.

Contudo, não demonstrou a razão pela qual o mesmo não compareceu à polícia ou em juízo a fim de se submeter ao reconhecimento pelo delator, quando poderia facilmente desfazer qualquer equívoco que estivesse sendo cometido em relação à sua pessoa.

Por outro lado, consoante bem ressaltado pela acusação à fl. 381:

“... a própria defesa dá ao juízo prova inequívoca da autoria delitiva de ELIAS, ao afirmar que “ se traficante fosse, não estaria trabalhando de sol a sol, conforme se prova pelos documentos, e sim estaria refugiado no país vizinho, haja vista tratar-se de fronteira seca (fl. 195). Ora, adotando-se a tese da defesa, conclui-se que ELIAS, não estando no Brasil, onde foi procurado em vários lugares e não encontrado, mas sim escondido da Polícia e da Justiça, é traficante, fato este que, aliás, é indene de dúvidas nos autos...”

OSMAR DOMINGOS LANGER:

Também não restam dúvidas quanto à sua participação no crime de tráfico internacional de entorpecentes como motorista do caminhão que transportava a droga, já que confessou a prática delitiva tanto na fase inquisitorial quanto em Juízo, consoante se infere de suas declarações já transcritas.

Assim sendo, as negativas de autoria apresentadas pelos apelantes não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem ser consideradas, uma vez que foram infirmadas pela prova testemunhal em consonância com a minuciosa delação efetuada, que comprovaram em todos os aspectos que Osmar, Eder, Daniel, Elias, Edson e Leandro, em conjunto com outras pessoas, dolosamente e cientes da ilicitude das condutas, importaram, remeteram, adquiriram, transportaram, trouxeram consigo e guardaram cinco mil e quinhentos e quarenta e quatro gramas de maconha, **perfazendo o tipo previsto no artigo 12, da Lei nº 6.368/76**, razão pela qual mantenho a condenação de todos por esse crime.

As provas dos autos e circunstâncias da apreensão da droga também permitem afirmar com segurança que, à exceção do apelante Osmar Domingos Langer, os demais, em associação com outros indivíduos, agiam em comunhão, estando presentes todas as elementares exigíveis para o crime de associação para o tráfico (art. 14 da Lei 6368/76). Restou demonstrado que, mediante ajuste prévio, com nítida divisão de tarefas, associaram-se e estruturaram uma verdadeira organização criminosa com vistas ao mercado internacional de tráfico, no sistema de consórcio, com o fim de trazer a substância entorpecente do Paraguai para interná-la no nosso país, bem como a existência de um vínculo estável e permanente entre todos, provado ainda que a vontade de associarem-se para o tráfico não foi ocasional.

O grau de organização e de estabilidade, a divisão de funções e o ajuste prévio para a prática do crime previsto no artigo 12, *caput*, da Lei 6368/76 vêm comprovados pela delação efetuada por Almir Bernardinho de Arruda, que desde o início das investigações apontava a quadrilha formada pelos apelantes como responsável pela importação de toneladas de maconha, bem como pela delação de Osmar Domingos Langer e pelas declarações das testemunhas de acusação já transcritas, pelas quais restou claramente delineada a tarefa de cada um dos envolvidos na associação criminosa.

Eder e Elias contrataram os serviços de Osmar para o transporte da droga; Eder colaborou financeiramente para a compra; Elias transportava Osmar à casa de Alemão; Edson abriu o barracão para a retirada do caminhão apreendido, obteve a nota fiscal apta a camuflar o transporte da maconha oculta sob a carga de milho, ajudou na distribuição da droga e no descarregamento do veículo; Eder, Alemãozinho, Boca, Elias e Leandro eram os donos da droga.

A isso some-se a decisão proferida pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de foz do Iguaçu/PR (fls. 129/131), que deferiu o retardamento da prisão em flagrante dos envolvidos na organização a fim de identificar o maior número de seus integrantes, tendo em vista que a Polícia Federal já vinha investigando os fatos aqui tratados, tendo, inclusive, constatado o caminhão apreendido nestes autos:

Como visto, as instâncias originárias, analisando detidamente as provas produzidas nos autos, concluíram que são suficientes para embasar a condenação por tráfico de drogas e por associação para o tráfico. Ressaltaram o farto conjunto probatório existente, que não se resume à delação do corréu, como alegado na inicial, pois na verdade tal delação foi corroborada por diversos outros depoimentos colhidos na fase extrajudicial e em juízo.

A Corte estadual destacou, ainda, que os réus "agiam em comunhão, estando presentes todas as elementares exigíveis para o crime de associação para o tráfico (art. 14 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 6368/76). Restou demonstrado que, mediante ajuste prévio, com nítida divisão de tarefas, associaram-se e estruturaram uma verdadeira organização criminosa com vistas ao mercado internacional de tráfico, no sistema de consórcio, com o fim de trazer a substância entorpecente do Paraguai para interná-la no nosso país, bem como a existência de um vínculo estável e permanente entre todos, provado ainda que a vontade de associarem-se para o tráfico não foi ocasional".

Assim, os elementos de convicção foram avaliados de forma detalhada e profunda, levando à certeza de autoria dos delitos, não cabendo a esta Corte, na via estreita do *habeas corpus*, proceder ao reexame de tais provas. Sobre o tema, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. PENA CONCRETIZADA: 9 ANOS, 6 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (6,350 KG DE MACONHA). OBEDIÊNCIA AO ART. 42 DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 NA PROPORÇÃO DE 1/6, DEVIDO À QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO POR AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO. INADMISSIBILIDADE. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DAS CONDUTAS DELITUOSAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias na ação de Habeas Corpus, segundo a jurisprudência pacífica desta corte, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade, passível de conhecimento sem maiores digressões sobre aspectos fáticos ou subjetivos.

2. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado em Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo julgador; com efeito, cuidando-se de tráfico de drogas, deve ser considerada, com preponderância sobre as circunstâncias do art. 59 do CPB, a natureza e a quantidade da droga apreendida, conforme determina o art. 42 da Lei 11.343/06. Na hipótese, foram apreendidos 6,350 kg de maconha, a demonstrar o dolo intenso das acusadas.

3. Essa fundamentação é suficiente para manter a redução de 1/6 pela incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06.

4. Se as provas dos autos evidenciam a ocorrência do crime de associação para o tráfico, não há como se revolver matéria fático-probatória pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Habeas Corpus, com a finalidade de absolvição das rés.

5. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(HC 128.257/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. REQUISITOS PARA A CUSTÓDIA ANTECIPADA. PREENCHIMENTO. INOCÊNCIA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO EVIDENTE. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o mandamus, se fazem presentes.

2. A análise acerca da negativa de autoria veiculada na inicial é questão que não pode ser dirimida na via sumária do habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

3. A fuga da paciente do distrito da culpa, após o suposto cometimento do ilícito, é motivação suficiente a embasar a manutenção da custódia cautelar, ordenada para assegurar a aplicação da lei penal e para a conveniência da instrução criminal.

4. Não há falar em constrangimento ilegal quando apontados elementos concretos dos autos que evidenciam a gravidade dos delitos supostamente cometidos e o risco efetivo de reiteração delitiva, haja vista que a paciente ostenta outras passagens policiais por crimes de associação para o tráfico e lavagem de dinheiro, tornando necessária a imposição da medida constritiva para a garantia da ordem pública, diante da real possibilidade de que, solta, volte a delinquir.

5. Ordem denegada.

(HC 171.856/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 06/12/2010)

DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

A inicial sustenta que (fls. 6/7):

(...) restando ausente o requisito essencial à configuração do crime em comento, é imperiosa a não aplicação do artigo 14 da Lei nº 6.368/76, mas, quando muito, da majorante descrita no art. 18, III, da mesma lei.

(...)

Ainda que assim não fosse, urge notar a impossibilidade de aplicação cumulada dos artigos 12 e 14 da Lei 6.368/75, uma vez que a associação, como delito autônomo, só pode ter incidência quando os agentes não incorrem também no tráfico previsto no primeiro artigo elencado. Se assim não fosse, restaria absolutamente inaplicável o aumento de pena previsto no artigo 18, III, da Lei 6.368/76, posto que aplicado cumulativamente com o artigo 14, haveria *bis in idem*.

Conclui-se, dessa forma, que: ou o paciente é condenado à pena prevista no artigo 12 c/c artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76 ou pelo artigo 14 da mesma norma penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse passo, urge mencionar que, não obstante a abordagem acerca da aplicação retroativa da Lei 11.343/06, em sendo acolhida a condenação pelo artigo 12 c/c os artigos 18, III, da Lei 6.368/76, tal aumento de pena não há que ser aplicado ao caso dos autos, posto que inexistente na nova lei antidrogas, configurando a *abolitio criminis*, razão pela qual manter a condenação por associação ao tráfico implica em constrangimento ao paciente.

Todavia, conforme acima demonstrado, ficou devidamente comprovado o vínculo necessário à configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, não havendo que falar em incidência da causa de aumento prevista no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, inclusive já revogada.

De outra parte, esta Corte já assentou o entendimento de que os delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico são autônomos, sendo possível a condenação pelos dois crimes, em concurso material, como na hipótese. Confiram-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A teor da jurisprudência desta Corte, os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são considerados delitos autônomos, admitindo-se, portanto, seja aplicada a regra do concurso material de crimes.

2. Habeas corpus denegado.

(HC 158.664/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 02/08/2010)

HABEAS CORPUS. PENAL. ARTS. 12 E 14 DA LEI N.º 6.368/76. CONCURSO MATERIAL. POSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não há óbice a condenação em concurso material pelos crimes de tráfico e de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, previstos nos arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76, por se tratarem de delitos autônomos.

2. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 116.951/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 24/05/2010)

E, no tocante à pretensão de incidência da regra do concurso formal, tem-se que a tese não foi objeto da apelação e, portanto, não foi examinada expressamente pela Corte estadual. Todavia, aquele Tribunal concluiu que "somadas, as penas de Elias dos Santos totalizam 12 (doze) anos de reclusão", mantendo, portanto, o concurso material adotado na sentença.

Não vejo, contudo, como aplicar o concurso formal. A impetração defende que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"todas as ações do grupo - ainda que dele não faça parte o réu - tinha como objetivo único o tráfico de drogas" (fl. 16) e que "nos autos há descrição de uma única ação (tráfico), ainda que essa se desdobre em diversos atos" (fl. 17).

Ora, a própria impetrante admite a diversidade de condutas praticadas pelo paciente, o que impede a aplicação do disposto no art. 70 do Código Penal, para a qual se exige a prática de dois ou mais crimes mediante uma só ação. Ademais, ficou devidamente demonstrada a execução de diversos atos pelos réus, a configurar a associação organizada para a prática de tráfico internacional de drogas, e a efetiva prática do tráfico, consubstanciada na apreensão de mais de 5 toneladas de maconha.

Não há que falar, igualmente, em absorção do crime de associação pelo de tráfico. O vínculo estável da organização indica que ela foi formada para o cometimento de diversos crimes, não apenas do tráfico aqui tratado. Além disso, é prescindível a formação de uma associação organizada de pessoas para a prática de um delito de tráfico de drogas. Tais crimes são autônomos e independentes. Não fosse assim, seria inócuo o tipo penal previsto no revogado art. 14 da Lei nº 6.368/76, agora elencado no art. 35 da Lei nº 11.343/06.

DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA

No ponto, a impetração sustenta que "qualquer dispositivo legal mais favorável ao réu deve ser imediatamente aplicado - seja ele somente um artigo, parágrafo, inciso ou alínea - não podendo ser admitida a sua restrição somente aos casos em que a lei, em seu todo, tiver caráter mais benéfico" (fl. 8).

Contudo, a Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto.

Entendeu que, mesmo levando em conta o novo preceito primário, cuja pena mínima é maior (5 anos), se puder ser aplicada a minorante, resultando em uma pena final menor, haverá maior benignidade no novo regramento que, então, deverá ser retroativo, na sua inteireza. Definiu-se, assim, pela aplicação da lei mais benéfica ao réu em sua integralidade, mas pela impossibilidade de combinação de leis.

Confira-se, a propósito, a ementa do precedente da Seção:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpada no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006.

Inexiste, assim, constrangimento ilegal a ser reconhecido, pois o acórdão impugnado está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, como se vê:

Por fim, passo à análise da possibilidade de combinação das Leis 6368/76 e 11.343/06 nos dispositivos mais benéficos.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC nº 68.418-DF, ao apreciar a questão do conflito de leis penais no tempo, reafirmou a inadmissibilidade da combinação das regras mais benignas de dois sistemas legislativos diversos:

(...)

Referido julgado decidiu ser impossível o fracionamento da norma para considerar retroativa apenas a parte benéfica, e irretroativa a parte prejudicial ao réu. Há vinculação entre seus institutos, de modo que a comparação do rigor entre as leis deve considerar o conjunto das normas aplicáveis ao fato, acolhendo orientação de Manzini segundo a qual o exame da lei antiga e da lei nova deve se dar em suas respectivas integridades, para então se verificar qual a lei mais favorável ao réu.

Assim, não se pode criar uma terceira lei, jamais editada, combinando dispositivos de duas leis emanadas do Poder Legislativo apenas para conceder uma causa de redução de pena, tendo em vista que não é dado ao Julgador legislar e nem ao réu o direito de viver no melhor de dois mundos.

(...)

Digno de transcrição o douto voto condutor no trecho em que se reporta a julgado anterior do Ministro Cordeiro Guerra, no Recurso Criminal nº 1.381-SP (RTJ 94/501):

(...)

A nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06), em vigor a partir de 08 de outubro de 2006, modificou a política criminal em relação à antiga lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76), porém, nem sempre será mais benéfica para os delitos de tráfico e assemelhados, uma vez que o agente condenado por crime cometido na sua vigência não estará necessariamente em situação melhor do que o réu que praticou o delito na vigência da lei anterior: apesar da causa de aumento de pena da internacionalidade ser eventualmente mais branda e haver previsão de uma causa de diminuição anteriormente inexistente, elas serão aplicadas sobre uma pena base mais grave. Portanto, há que se verificar, caso a caso, se a aplicação retroativa da nova lei em sua integralidade beneficiará o réu, com fundamento no artigo 5º, XL, da Constituição da República e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A esse respeito, oportuna a doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra de Oliveira, ao comentar os dispositivos da novel legislação, citando o posicionamento dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, in “LEI DE DROGAS COMENTADA”, 2ª Edição, p. 198, Editora Revista dos Tribunais:

(...)

Caso fosse aplicada a nova lei na integralidade, as condutas típicas estariam enquadradas nos artigos 33, *caput* e 35, *caput*, que prevêm as penas de pena de cinco a quinze anos de reclusão e pagamento de 500 a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.500 dias-multa e três a dez anos de reclusão e pagamento de 700 a 1.200 dias-multa, respectivamente.

Como já analisado, as penas-base não poderiam ser fixadas no mínimo legal.

Não se poderia aplicar a causa de redução prevista no artigo 33, § 4º da nova lei de tóxicos, pelo não preenchimento dos requisitos, notadamente em razão da grande quantidade de droga e pelo envolvimento dos apelantes em uma grande organização criminosa voltada para o tráfico.

Incidiria, obrigatoriamente a causa de aumento decorrente da transnacionalidade do tráfico (art. 40, I), que, ainda que aplicada no mínimo (1/6), elevaria em muito as penas dos apelantes.

Assim, no caso, a análise dos dispositivos essenciais da Lei 11.343/06 leva à conclusão que sua aplicação integral se trata de lei mais severa.

DA REDUÇÃO DA PENA-BASE

Pretende a impetração seja reduzida a pena-base para o mínimo legal. Alega, em síntese, que o lucro fácil é inerente ao tipo penal e que "não merece prosperar a alegação de que a quantidade e natureza da droga transportada requerem um aumento na cominação da pena". Defende que deve ser observado o princípio da proporcionalidade, tendo em conta as condições pessoais favoráveis do paciente.

O magistrado de primeiro grau fixou a reprimenda do paciente sob os seguintes fundamentos (fls. 863/864):

Do crime de tráfico internacional de drogas

Sua culpabilidade pode ser considerada grave para o tipo penal em questão. É réu primário e sem antecedentes. Não existem elementos a indicar sua conduta social, entretanto, a quantidade de droga apreendida deve ser, neste ponto, considerada para a fixação da pena-base. (...) Diante disso, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

(...)

Do crime de associação para o tráfico internacional de drogas

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, já analisadas no item 18.2 e "evidenciando que a associação para o tráfico de grandes quantidades de entorpecentes (...) é altamente perniciosa à sociedade e afeta a ordem pública" (...), fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão

Como visto, o Juiz *a quo* estabeleceu as penas-bases acima do mínimo legal por considerar desfavoráveis algumas circunstâncias judiciais, especialmente em razão da grande quantidade de entorpecentes apreendida e por se tratar de associação para o tráfico de grande monta de drogas.

Tal motivação mostra-se adequada e suficiente para justificar o acréscimo das reprimendas um pouco acima do mínimo legal, em 5 anos para o tráfico (pena prevista de 3 a 15 anos) e de 4 anos para a associação (pena prevista de 3 a 10 anos). Não há que falar em violação ao princípio da proporcionalidade, ressaltando-se que foram apreendidas mais de 5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toneladas de maconha.

Acerca da matéria, vejam-se os precedentes desta Corte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE DE AUMENTO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. ORDEM CONCEDIDA.

I. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de habeas corpus, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu - hipótese dos autos.

II. Magistrado singular que reputou desfavoráveis a natureza e a quantidade de droga apreendida, bem como a personalidade do réu, que não apresentou arrependimento ou tendência à reabilitação.

III. A valoração negativa da personalidade do agente deve encontrar respaldo em elementos concretos dos autos, sendo insuficientes meras ilações a respeito de tendências criminosas do réu, que tem no tráfico de drogas seu meio de vida.

IV. A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

V. Remanescendo como desfavorável ao agente para fins de dosimetria, apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida, eis que afastada a personalidade do agente, não se apresenta razoável o aumento da pena-base em 2 anos para o tráfico e 1 ano e 6 meses de reclusão para o crime tipificado no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, o que deve ser readequado.

VI. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena imposta ao paciente, a fim de que outra seja procedida, com nova motivação, afastando-se a circunstância relativa à personalidade do agente, mantendo-se, no mais, a condenação.

VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 165.387/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 21/02/2011)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE DE AUMENTO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. ORDEM CONCEDIDA.

I. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de habeas corpus, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu - hipótese dos autos.

II. Magistrado singular que reputou desfavoráveis a natureza e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga apreendida, bem como a personalidade do réu, que não apresentou arrependimento ou tendência à reabilitação.

III. A valoração negativa da personalidade do agente deve encontrar respaldo em elementos concretos dos autos, sendo insuficientes meras ilações a respeito de tendências criminosas do réu, que tem no tráfico de drogas seu meio de vida.

IV. A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

V. Remanescendo como desfavorável ao agente para fins de dosimetria, apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida, eis que afastada a personalidade do agente, não se apresenta razoável o aumento da pena-base em 2 anos para o tráfico e 1 ano e 6 meses de reclusão para o crime tipificado no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, o que deve ser readequado.

VI. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena imposta ao paciente, a fim de que outra seja procedida, com nova motivação, afastando-se a circunstância relativa à personalidade do agente, mantendo-se, no mais, a condenação.

VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 165.387/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 21/02/2011)

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (6 ANOS E 8 MESES). PENA FIXADA: 7 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (734,6 GRAMAS DE MACONHA E 574,8 GRAMAS DE COCAÍNA). REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. VÁRIAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 67 DO CPB. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias na ação de Habeas Corpus, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade, passível de conhecimento sem maiores digressões sobre aspectos fáticos ou subjetivos.

2. No caso dos autos, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi realizada de forma proporcional e suficientemente justificada, em razão do reconhecimento de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, maus antecedentes, quantidade e natureza da droga apreendida (734,6 gramas de maconha e 574,8 gramas de cocaína), inexistindo qualquer ilegalidade na espécie.

3. Não há bis in idem quando existente condenação definitiva anterior suficiente para a caracterização da reincidência e distinta daquelas que serviram de supedâneo para assinalar os maus antecedentes do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes do STJ.

4. A circunstância agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do CPB.

Precedentes da 5a. Turma do STJ.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(HC 163.061/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (17 KG DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Na hipótese, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (17 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade a conduta da Paciente, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que a Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, considerando a dinâmica do fato delituoso, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

4. Ordem denegada.

(HC 181.716/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 01/02/2011)

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Não tendo sido acolhidos os demais pedido da impetrante, não há que falar em substituição da pena imposta ao paciente, nos termos do art. 44 do Código Penal, haja vista que se trata de condenação à pena de 12 anos de reclusão.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, denego o *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0202807-9

HC 150.736 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200660050001189

EM MESA

JULGADO: 17/03/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ELIAS DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.