



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 115.351 - RJ (2008/0200867-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : EDWIN OBI NWAFOR (PRESO)
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6368/76. PENA BASE. DOSIMETRIA. EXTRAÇÃO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVO E CONSEQUÊNCIA DO CRIME. ESSÊNCIA DO TIPO PENAL. REDIMENSIONAMENTO. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO PREVISTO NA LEI 11.343/06. ART. 40, I. TRAFICÂNCIA TRANSNACIONAL. INVIABILIDADE DE CONJUGAÇÃO DE LEIS.

A “ganância” e o lucro fácil, assim como a difusão da droga pelo mundo na hipótese da traficância internacional, fazem parte da essência do tipo penal e não podem, por isso, servir de base para o acréscimo da pena base.

Extraídas duas circunstâncias das quatro consideradas desfavoráveis, correta a redução de metade do acréscimo idealizado na fixação da pena base.

Consoante entendimento firmado na Suprema Corte e neste Tribunal, afigura-se inviável a conjugação de leis penais benéficas, dado que tal implicaria espécie de criação de terceira norma, com a violação do primado da separação dos poderes.

Por isso, incogitável a aplicação de parte da Lei 6.368/76 com parte da Lei 11.343/06, com o objetivo de ditar situação mais vantajosa ao réu, ainda que em face da nova previsão do art. 40, I, desta última norma, a previsão de acréscimo mínimo de 1/6 pela traficância internacional seja mais benéfico.

CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA BASE. AUMENTO DE UM ANO. EXASPERAÇÃO DENTRO DOS PARÂMETROS DA CONDUTA. JUSTA REPREENSÃO QUE NÃO PODE SER ANALISADA EM SEDE DE HABEAS CORPUS.

A fixação da pena base acima do mínimo, ao motivar-se de forma objetiva no caso concreto, compreende a justa repreensão ao delito cometido, não sendo o caso de rever a decisão condenatória, senão em sede de cognição probatória.

Ordem concedida em parte para redimensionar a pena do tráfico de drogas para **6 anos de reclusão, mantida a pena de 4 anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico.**

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu parcialmente 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, 26 de abril de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 115.351 - RJ (2008/0200867-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : EDWIN OBI NWAFOR (PRESO)
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de EDWIN OBI NWAFOR, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Apelação Criminal n.º 1998.51.01.048728-2).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo juízo da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, nos autos da ação penal n.º 9800487280, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, pela prática dos delitos descritos nos arts. 12 (c/c art. 18, I) e art. 14, todos da Lei n.º 6.368/76, na forma do art. 69 do Código Penal. Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou provimento ao recurso em acórdão assim sumariado (fl. 37/38):

“PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRAFICÂNCIA. ART. 12, C/C ART. 18, I, E ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E HABITUAL. PROVA INDICIÁRIA. CONDENAÇÃO. LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA E ANTECEDENTES. SITUAÇÃO ECONÔMICA. VALOR DO DIA-MULTA.

I – Comprovadas nos autos as autorias e materialidades dos crimes previstos nos art. 12, c/c art. 18, I, e art. 14 da Lei nº 6.368/76.

II - O que importa para a configuração do crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76 é a convergência de vontades para a prática de narcotráfico, constituindo-se em uma sociedade criminosa estável.

III - Doutrina e jurisprudência compartilham o entendimento de que indícios são também provas capazes, por si só, de autorizarem a prolação de decreto condenatório. Assim, reconhece-se o poder do magistrado de proferir decisão condenatória baseada única e exclusivamente em prova indiciária, com respaldo na norma processual contida no art. 239 do CPP, que permite a utilização de determinada circunstância, conhecida e provada, como indício para, “por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Mas, deve o magistrado preocupar-se em avaliar a prova indiciária *cum granus salis*, ou seja, em cotejo com o contexto fático que se demonstre efetivamente provado nos autos para, então, conduzir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma ilação bastante razoável e convincente das outras circunstâncias que delas se pretende inferir para autorizar o decreto condenatório.

IV - Não podem ser desqualificados genericamente os depoimentos extraídos de outros inquéritos se encerram com clareza, coerência e lógica a mesma dinâmica dos fatos criminosos em análise, havendo nítida congruência entre as circunstâncias, *modus operandi* e co-autorias intelectuais entre as diversas empreitadas criminosas.

V – Se há indícios suficientes a indicar que ambos os Apelantes se dedicavam a atividades criminosas, não lhes aproveita a aplicação da Lei nº 11.343/06 a fatos pretéritos (art. 2º do CP), em razão do não atendimento dos requisitos previstos no § 4º, do art. 33, daquele novo diploma. Hipótese em que a Nova Lei de Drogas assume o caráter de norma mais prejudicial se comparada com a Lei nº 6.368/76.

VI - Escorreita a exacerbação da pena se fundamentada com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Acusado, grau de culpabilidade, personalidade do acusado, motivos do crime e consequências do crime.

VII – A posição de liderança do agente autoriza a fixação da pena prevista no art. 16 da Lei nº 6.364/76 um pouco acima do mínimo legal.

VIII – A situação econômica da ré autoriza a redução do valor do dia-multa para o mínimo legal, segundo o art. 49, §1º do CP.

IX - Apelações providas parcialmente.”

Com este *writ*, o impetrante sustenta a nulidade do acórdão impugnado que, sem a devida fundamentação e negando aplicação retroativa de lei mais benéfica, manteve acima do mínimo legal a pena fixada ao paciente.

Em relação à pena aplicada pela prática do delito descrito no art. 14 da Lei nº 6.368/76, sustenta que foi fixada acima do mínimo legal sem ter sido reconhecida qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente.

Quanto à majorante prevista no art. 18, I, da Lei nº 6.368/76, aduz que o tribunal *a quo* deveria tê-la reajustado ao novo patamar mínimo previsto no art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

Relativamente à pena aplicada pela prática do delito descrito no art. 12 da Lei nº 6.368/76, destaca que o juízo de primeiro grau reconheceu, em desfavor do paciente, as consequências do crime, a culpabilidade, a personalidade e os motivos do crime.

Quanto às consequências, afirma que "o fato de o tráfico praticado se destinar à exportação já foi considerado no reconhecimento da agravante da internacionalidade do delito", ressaltando, ainda, que "o aumento de oferta de drogas no mundo é elemento essencial do tipo".

No que toca à culpabilidade, salienta que o juízo de primeiro grau se limitou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dizer que o paciente "agiu com extrema reprovabilidade ante a sua conduta desencadeada por dolo intenso", sem fundamento em qualquer elemento concreto.

No que tange à personalidade, alega que o réu é primário e que ostenta bons antecedentes, enquanto que, em relação aos motivos do crime, destaca que o juízo de primeiro grau considerou que o paciente agiu com ganância, a qual, entretanto, seria elemento essencial da traficância.

Requer a concessão da ordem para declarar a nulidade do acórdão impugnado, refazendo-se a dosimetria da pena, de acordo com as considerações feitas na impetração.

Sem liminar, foram solicitadas informações à autoridade coatoar e, após, encaminhados os autos para parecer do *parquet* federal.

Em seu pronunciamento na condição de custos legis, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, conforme se comprova da ementa da manifestação de fls. 89/94, verbis:

“Habeas Corpus. Crimes previstos nos artigos 12,14 e 18,I, da Lei 6364/76. Sentença mantida pelo tribunal *a quo*, quanto à fixação da pena-base. Observância dos artigos 59 e 68 do CP. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Vedação à combinação de leis. Parecer pela denegação da ordem.”

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 115.351 - RJ (2008/0200867-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6368/76. PENA BASE. DOSIMETRIA. EXTRAÇÃO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVO E CONSEQUÊNCIA DO CRIME. ESSÊNCIA DO TIPO PENAL. REDIMENSIONAMENTO. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO PREVISTO NA LEI 11.343/06. ART. 40, I. TRAFICÂNCIA TRANSNACIONAL. INVIABILIDADE DE CONJUGAÇÃO DE LEIS.

A “ganância” e o lucro fácil, assim como a difusão da droga pelo mundo na hipótese da traficância internacional, fazem parte da essência do tipo penal e não podem, por isso, servir de base para o acréscimo da pena base.

Extraídas duas circunstâncias das quatro consideradas desfavoráveis, correta a redução de metade do acréscimo idealizado na fixação da pena base.

Consoante entendimento firmado na Suprema Corte e neste Tribunal, afigura-se inviável a conjugação de leis penais benéficas, dado que tal implicaria espécie de criação de terceira norma, com a violação do primado da separação dos poderes.

Por isso, incogitável a aplicação de parte da Lei 6.368/76 com parte da Lei 11.343/06, com o objetivo de ditar situação mais vantajosa ao réu, ainda que em face da nova previsão do art. 40, I, desta última norma, a previsão de acréscimo mínimo de 1/6 pela traficância internacional seja mais benéfico.

CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA BASE. AUMENTO DE UM ANO. EXASPERAÇÃO DENTRO DOS PARÂMETROS DA CONDUTA. JUSTA REPREENSÃO QUE NÃO PODE SER ANALISADA EM SEDE DE HABEAS CORPUS.

A fixação da pena base acima do mínimo, ao motivar-se de forma objetiva no caso concreto, compreende a justa repreensão ao delito cometido, não sendo o caso de rever a decisão condenatória, senão em sede de cognição probatória.

Ordem concedida em parte para redimensionar a pena do tráfico de drogas para **6 anos de reclusão, mantida a pena de 4 anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico.**

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Buscando alinhar os pedidos da impetração, tem-se como primeira análise a questão da dosimetria da pena base no crime de tráfico, no qual foi o Paciente apenado com **8 anos de reclusão.**

No ponto, veja-se o que foi anotado no aresto da Corte de origem:

“Passo à análise das penas dos Apelantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preliminarmente, considerando a vigência atual da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, novo diploma que revogou expressamente as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02, verifico não favorecer aos Apelantes a sua aplicação na forma do art. 2º do CP, pois há indícios suficientes a indicar que ambos se dedicavam a atividades criminosas (EDWIN foi condenado em definitivo por tráfico relacionado a fatos posteriores aos apreciados nestes autos, enquanto que SILVIA foi citada em mais dois procedimentos policiais como co-autora também em crimes de tráfico). Não atendem, portanto, aos requisitos do § 4º do art. 33 do novo diploma, o que lhes permitiria uma redução de pena de 1/6 a 2/3 aplicável somente ao crime de tráfico. *In casu*, urge reconhecer que a Lei nº 11.343/06 assume um caráter de norma mais prejudicial se comparada em sua integralidade com a Lei nº 6.368/76.

Passo, portanto, à dosimetria da pena segundo o critério trifásico previsto no art. 68 do CP.

A despeito de haver certa discricionariedade do magistrado na aferição das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, deve fazê-lo objetivamente, respeitando os critérios da individualização da pena e da proporcionalidade entre o aumento implementado e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

No que tange o pleito defensivo de redução de pena do Apelante EDWIN em face de sua primariedade, a reprimenda foi escorreitamente fixada pelo juiz monocrático.

Na questão em apreço, o MM. Juiz *a quo*, ao fixar a pena base, observou as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, e levou em consideração, o grau de culpabilidade - “agiu com extrema reprovabilidade ante a sua conduta desencadeada por dolo intenso” e “ocupava posição de destaque na organização criminosa” - “a personalidade do Acusado voltada para o crime”; os motivos do crime, “ganância”; conseqüências do crime - “trazendo conseqüências sociais graves em decorrência da inevitável contribuição para o aumento da oferta de drogas no mundo”. Vê-se que todas as circunstâncias assinaladas são desfavoráveis ao Apelante, suficientes a exasperar a pena-base do Apelante EDWIN ao patamar de 6 anos de reclusão.

Consigne, ainda, que o Juiz *a quo* ao estabelecer a reprimenda penal considerou os requisitos dos arts. 59 e 68 do CP, necessários e suficientes para a reprovação e prevenção do crime, conforme se pode observar da fundamentação constante de fls. 749/750.

Insta asseverar, ainda no tópico pena, que o regime inicial de cumprimento de pena, a pena pecuniária e o valor do dia-multa foram fixados com correção pelo magistrado sentenciante.

Nessa conformidade, conclui-se que pela inviabilidade do pleito defensivo, porque a resposta penal dado ao fato está amplamente justificada pela prova carreada no curso da instrução criminal, devendo ser mantida a sentença monocrática no que diz respeito ao Apelante EDWIN OBI NWAFOR em seu inteiro teor.”



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao ensejo da leitura das referidas passagens, tem-se que a decisão condenatória considerou, dentre as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, quatro delas desfavoráveis, a saber: culpabilidade: dolo intenso; personalidade: voltada para o crime; motivo: a ganância; consequências: o aumento da droga no mundo.

Com essas apurações, entendeu a instância de origem que a pena base teria de ser fixada em **6 anos de reclusão**, ou seja, no dobro da pena mínima prevista no antigo tipo do art. 12 da Lei 6368/76.

Considerando que a previsão máxima para o delito de tráfico poderia alcançar 15 anos de reclusão, não vejo, de pronto, exasperação desmedida.

No entanto, ao se considerar o aumento pela fundamentação específica das circunstâncias judiciais, é de se ter como impróprias ao menos as considerações acerca do motivo e das circunstâncias do crime.

De fato, a considerar a essência do comércio ilegal de drogas, com certeza, o lucro fácil é que o movimenta e dá contornos de atenção a essa prática criminosa reconhecidamente lucrativa.

Assim, não faz sentido dispor que a “ganância” pudesse acrescer à prática da traficância algo de inovador a ponto de justificar o aumento da pena base, porquanto faz parte da essência do tipo penal a atividade voltada para o ganho fácil.

Outra conclusão inoportuna diz-se sobre as consequências do crime.

Segundo o Juiz sentenciante, o fato de o Paciente ajudar a difundir e aumentar a droga no mundo seria o mote para o aumento da pena base.

A inconveniência de tal proposição está no fato de que a difusão internacional já está contida na causa de aumento do art. 18, I, da referida lei, que leva em conta a traficância transnacional.

Então, idealizar o aumento pela internacionalização da droga é aplicar igual parâmetro de verificação tanto na primeira etapa da dosimetria, no estabelecimento da pena base, quanto na terceira etapa, que trata das causas de aumento da pena; o que não se mostra possível em virtude do princípio do *ne bis in eadem*.

Dessa maneira, tomando-se por correspondência a operação da instância local, que consignou aumento de três anos da pena base por considerar presentes quatro circunstâncias desfavoráveis, é de se aguardar que, uma vez afastadas duas dessas circunstâncias, o aumento deva ser reduzido em metade, o que resulta no acréscimo à pena mínima de um ano e seis meses de reclusão.

Portanto, a pena base pelo crime do art. 12 da antiga Lei de Drogas deve ficar em **4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

É momento para tratar da causa de aumento prevista no art. 18, I, da Lei 6368/76, o qual dispôs um acréscimo de 1/3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta o Impetrante que tal patamar deve ser reduzido para 1/6, tendo em vista a nova previsão do art. 40, I, da Lei 11.343/06, que reza:

“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
(...)”

Sobre a discussão trazida pelo Impetrante, conquanto se reconheça na lei nova a hipótese de aumento menor, no caso, de 1/6, não se pode decotar esta parte específica da tipificação para o fim de beneficiar o réu, sem considerar as demais configurações incriminadoras; sem dúvida, mais gravosas.

Com efeito, o recente entendimento desta Corte, orienta-se no sentido de ser inviável a combinação de leis penais, de cuja síntese resultaria como que numa terceira norma. Tal hibrismo representa, segundo penso, verdadeira usurpação, pelo Poder Judiciário, de atribuição que somente pode ser empolgada, com legitimidade, pelo Poder Legislativo.

A propósito, confira-se a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

"Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso hipoteticamente conforme uma e outra lei, comparando-se em seguida as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. Nessa tarefa devem-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei inexistente criada unicamente pelo intérprete." (Manual de Direito Penal brasileiro, 2ª ed rev. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 228 e 229).

Lembre-se, ainda, a orientação acolhida pelo Pretório Excelso:

Habeas Corpus . 2. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Circunstâncias desfavoráveis. Decisão fundamentada. 3. Aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 à pena cominada nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76. Combinação de leis. Impossibilidade. 4. Demora no julgamento do HC n. 149.220 no STJ. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem parcialmente deferida.
(HC 103833, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-243 DIVULG 13-12-2010 PUBLIC 14-12-2010 EMENT VOL-02450-01 PP-00114)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. I - É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II - Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da reserva legal e da separação de poderes. Precedentes. III - A questão relativa à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi apreciada nas instâncias inferiores. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria dupla supressão de instância. Precedentes. IV - Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem. (HC 94687, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-02 PP-00350)

Tragam-se à colação os seguintes julgados desta Corte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DELITO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. IMPOSSIBILIDADE DE CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA NOVEL LEI DE TÓXICOS. CABIMENTO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO MAIS BENÉFICO EM SUA INTEGRALIDADE A SER ANALISADO PELO JUÍZO SINGULAR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/06 INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE CONVERSÃO A SER REALIZADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. REGIME PRISIONAL. CRIME COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI 11.464/07. IRRETROATIVIDADE IN PEJUS. ORDEM CONCEDIDA.

I. Não pode ser admitida a combinação de leis, vez que a minorante insculpida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 é regra relativa ao caput do mesmo artigo, não cabendo ao magistrado cindir o dispositivo legal, aplicando uma parte do retrocitado artigo, em combinação com o artigo 12 da Lei 6.368/76, criando uma nova norma, sob pena de ver usurpada a competência do legislador.

II. Considerando-se a impossibilidade de aplicação parcial do art.

33 da Lei de Tóxicos, deve ser auferida qual das normas é a mais favorável ao réu, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

III. Sem a análise detida das circunstâncias pessoais e do crime, não se mostra possível inferir se a incidência da referida causa de redução de pena resultará mais benéfica ao apenado, devendo a análise ser determinada ao Colegiado de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. Superado o óbice à conversão da pena corporal por restritiva de direitos, mostra-se possível a conversão da pena corporal por restritiva de direito, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

V. Tratando-se de crime de tráfico cometido antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007, em observância ao princípio da irretroatividade in pejus, faz-se mister reconhecer a impossibilidade de fixação do regime prisional mais gravoso.

VI. Deve ser concedida a ordem para reformar o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, determinando que o juízo de primeiro grau avalie o eventual preenchimento dos requisitos necessários à concessão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/200, que deverá ser aplicado, em sua integralidade, caso se revele mais benéfico para o paciente.

VII. Afastado o óbice previsto no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, determina-se ao juízo singular que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como para o desconto da pena em regime menos gravoso, mantendo-se, no mais, a condenação.

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

(HC 156.403/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga lei de drogas).

2. Frise-se que não fica afastada, no caso concreto, a possibilidade de incidência da referida minorante à pena cominada no art. 33 da Lei nº 11.343/06, desde que tal operação seja mais favorável ao réu. Dessa maneira, conferir-se-ia aplicabilidade ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL) sem malferir-se o princípio da separação dos poderes, que veda ao Judiciário o exercício da função legiferante típica.

3. Considerando que o crime foi cometido na vigência da Lei 6.368/76, a quantidade de droga apreendida (doze gramas e nove decigramas de maconha), a pena aplicada (três anos de reclusão), bem como a primariedade do paciente e os seus bons antecedentes, entendo ser possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal e viável a substituição por restritivas de direitos.

4. Ordem parcialmente concedida para de um lado, cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau e, de outro, para determinar que o Juiz das Execuções verifique, no caso concreto, e desde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que mais favorável ao paciente, a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, observadas as balizas contidas no preceito secundário do referido artigo.

(HC 175.763/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 06/12/2010)

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 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 inculpada 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, incorrendo, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

(EREsp 1094499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 18/08/2010)

Assim, diante da impossibilidade de se promover a conjugação de trechos de uma lei a parcelas de outra, seguindo o entendimento consagrado pelas Cortes Superiores, verifico de antemão não ser mais vantajoso ao réu aplicar-se os parâmetros da lei nova em sua integralidade, incluindo aí, o patamar inicial mínimo de cinco anos de reclusão; devendo-se manter o aumento de 1/3 da antiga norma, mais favorável ao réu com o patamar mínimo da pena por ela previsto.

Assim, inócurre o alegado constrangimento ilegal na hipótese, devendo ser a pena redimensionada para 4 anos e 6 meses de reclusão receber o acréscimo de 1/3, o que dá, para a hipótese do tipo do art. 12 da Lei 6368/76, a reprimenda definitiva de **6 anos de reclusão**.

Por fim, tem-se a consagração da pena pelo crime de associação ao tráfico, conforme a anterior previsão do art. 14 da Lei 6368/76.

Diz o impetrante que também nesta passagem houve com erro a Corte de origem.

Observando, contudo, o contexto da apenação, tenho que a pretensão não merece guarida.

Com efeito, em relação às condutas imputadas ao Paciente, noto que os fatos mostram-se abrangentes a ambas as acusações, sobretudo no que diz respeito à intensidade do dolo e, no caso da associação, sem embargo, à questão de ter ele destaque na organização criminosa, legitimando, por isso, o aumento da pena base, ainda mais dentro de padrões aceitáveis da justa repressão.

Por sinal, este Tribunal tem sempre entendido:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DOSIMETRIA DE PENA.

FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. QUANTUM RAZOÁVEL PARA AS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE FOI PRATICADO O CRIME. DECISÃO MANTIDA. ORDEM DENEGADA.

Inexiste ilegalidade, a ensejar a concessão do writ, no acórdão confirmatório de sentença que, fundamentadamente, e tendo em vista as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal, serem desfavoráveis, mantém, em patamar razoável, acima do mínimo legal, a pena-base para o delito praticado.

A intensidade do dolo é circunstância a ser valorada na fixação da pena-base, porquanto diz com o juízo de reprovação ou censura da conduta, que deve ser graduada no momento da individualização da reprimenda.

Habeas Corpus DENEGADO.” (HC 42.301/RJ, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2006, DJ 01/08/2006 p. 550)

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. ORDEM DENEGADA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

3. No caso, observa-se que a sentença encontra-se adequadamente fundamentada no dado concreto de que o paciente praticou o delito na condição de agente público, detentor de cargo de policial civil, mostrando-se altamente reprovável a conduta praticada.

4. Não há falar, portanto, em ausência de fundamentação idônea a respaldar o aumento da pena-base. Destarte, sua fixação acima do mínimo legal mostra-se proporcional à necessária reprovação e prevenção do crime.

5. Ordem denegada.” (HC 83.478/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008)

Portanto, do conjunto das apreensões dos delitos praticados, o aumento de 1 (um) ano da pena do crime de associação não se afigura desmedido, inexistindo nos autos elementos firmes para decotá-lo; razão de se manter a pena por este crime em **4 anos de reclusão**.

Ante o exposto, concedo em parte a ordem para redimensionar a pena do tráfico de drogas para 6 anos de reclusão, a qual, somada à pena da associação, resulta em reprimenda de 10 anos de reclusão.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0200867-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 115.351 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 199851010487282 9800487280

EM MESA

JULGADO: 26/04/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : EDWIN OBI NWAFOR (PRESO)

ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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, concedeu parcialmente 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.