

## RELATÓRIO

### O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. JOSÉ IVO DE OLIVEIRA, brasileiro, casado, filho de José de Oliveira e Maria de Lourdes Vicente Oliveira, nascido em 19 de maio de 1952, portador da Cédula de Identidade 0287222 SSP/AC, domiciliado na Rua Pedro Álvares Cabral, 31, Bairro Estação Experimental, nesta Capital, atualmente recolhido no complexo penitenciário “Dr. Francisco D’Oliveira Conde” e JOSÉ PERUANO foram denunciados por praticarem os delitos tipificados nos artigos 12 e 14, da Lei 6.368/76, em concurso material e de agente, incorrendo, também, na causa especial de aumento de pena constante no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/76, e, ainda, incorrido nas circunstâncias agravantes do art. 62, IV, do Código Penal para o denunciado José Ivo de Oliveira, e art. 62, I, do mesmo código para José Peruano, pelas razões expostas a seguir (fls. 02):

*No dia 14 de agosto de 2003, por volta das 15 h, o denunciado José Ivo de Oliveira foi preso em flagrante por transportar, na carreta de placa MZP 1936 que conduzia, 38,305 kg (trinta e oito quilos e trezentos e cinco gramas) de substância entorpecente denominada cocaína, que se encontrava acondicionada em 36 (trinta e seis) garrafas plásticas e (doze) pacotes plásticos, postas embaixo da caçamba de placa AEG 2673, presa àquela carreta.*

2. O MM. Juiz Federal do Estado do Acre, Jair Araújo Facundes, julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando José Ivo de Oliveira como incurso nas sanções do artigo 12, combinado com o artigo 18, inciso I (tráfico internacional de drogas em associação eventual), da Lei nº 6.368/76, às penas de: a) cinco anos e quatro meses de reclusão a ser cumprida integralmente no regime fechado; b) multa de 60 (sessenta) dias-multa à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos para cada dia multa (fls. 100/110).

3. Apela o acusado, José Ivo, sustentando, em síntese, que a sentença merece reforma por faltar conteúdo probatório mínimo a ensejar a sua condenação. Alega, ainda, que a dosagem da pena se apresenta excessiva, porque não está caracterizado o aumento previsto no art. 18, inciso I, da citada lei, por não se tratar de “tráfico de entorpecente com o exterior”. Diz que a condenação fora baseada nesse inciso e artigo por presunção por parte do magistrado sentenciante, mas que este não se ateu à veracidade dos fatos.

Afirma que era motorista e, por isto, não restou provado que ele fazia uso da profissão para praticar delitos e, ainda, que os policiais efetuaram a apreensão da substância entorpecente na altura do Km 25, da BR 364, presumindo que a droga seria oriunda do Peru, o que, segundo ele, não ficou provado e nem alegado em juízo pelo sentenciado (128/134).

4. O Ministério Público Federal, em suas contra-razões, disse que a condenação do réu pelo juiz sentenciante não foi baseada no fato de que a Bolívia é um país com forte tradição no plantio de coca nem porque atribuiu nacionalidade ao sr. “José Peruano” em razão de sua alcinha, mas, sim, porque no ato da prisão, o próprio réu afirmou que a droga era oriunda do Peru. Pugna pela improcedência da apelação e pela manutenção da sentença por entender que ela se encontra em consonância com os requisitos e as normas aplicáveis à espécie (139/142).

5. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Antônio Carneiro Sobrinho, opina pelo não provimento do apelo e pela manutenção da sentença monocrática (fls. 147/152).

6. Por ocasião da análise do apelo do acusado, em 21/09/2004, esta Turma manteve a sentença *in totum*, negando provimento ao recurso interposto, por entender que praticou a conduta descrita no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/76 (fls. 159/161).

7. A Defensoria Pública da União requereu que fosse o feito re-julgado, tendo em vista a falta de intimação pessoal do Defensor Público, para comparecer à sessão (fls. 177).

APELAÇÃO CRIMINAL 200330000019230/AC

8. A republicação (fls. 213) do acórdão proferido por esta Turma, em razão da falta de intimação da defensoria pública, ocorreu no Diário da Justiça, em 01/06/2007, quando, só então, voltou a ser computado o prazo recursal.

9. Foram opostos embargos declaratórios, em 14 de junho de 2007, requerendo que fossem aplicadas ao acusado as benesses trazidas pela Lei 11.343/2006 (fls. 214/225). Embargos rejeitados à unanimidade, por esta Turma, em 26/07/2007 (fls. 238).

10. Novos embargos declaratórios foram opostos, em 08 de agosto de 2007, com o mesmo objetivo do anterior, ou seja, que fosse aplicada, retroativamente, a Lei 11.343/2006, em razão de ser mais benéfica ao acusado (fls. 241/244). Novamente, à unanimidade, foram rejeitados os embargos declaratórios por esta Turma, em 28/08/2007 (fls. 260).

11. A Defensoria Pública da União interpôs Recurso Extraordinário, alegando omissão no acórdão proferido por este Tribunal. Disse que a matéria versada, nos embargos declaratórios seria utilizada para efeito de prequestionamento perante o STJ, em recurso especial ou extraordinário. Nesse recurso, invoca, ainda, o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, alegando que a lei nova mais benéfica (Lei 11.343/06) deve alcançar o réu.

Disse, ainda, que o acórdão proferido no HC n. 41046/STJ, determinou que se afastasse o trânsito em julgado da apelação (conforme certidão de fls. 211) e, assim sendo, o TRF-1ª Região tornou-se competente para aplicar a lei penal mais benéfica.

Requer sejam aplicados os artigos 42, 40 e § 3º do art. 33, todos da Lei 11.343/2006 (fls. 263/273).

12. A Defensoria também interpôs Recurso Especial alegando que houve violação ao art. 2º, parágrafo único do Código Penal; arts 33, § 4º, 40 e 42 da Lei 11.343/2006 e art. 619 do Código de Processo Penal (fls. 275/285).

13. O Ministério Público Federal juntou contra-razões ao Recurso Extraordinário, às fls. 288/293, e contra-razões ao Recurso Especial às fls. 295/306.

14. Tanto o Recurso Especial quanto o Recurso Extraordinário não foram admitidos por este Tribunal, respectivamente, às fls. 306/307 e fls. 308/309.

15. O Superior Tribunal de Justiça comunicou este TRF-1, via fax (fls. 311), a respeito do acórdão proferido do HC n. 92905/AC, publicado no DJE, em 24/10/2008, que concedeu, parcialmente, a ordem, determinando que este Tribunal se manifestasse sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, devendo, ainda, considerar como sendo de 1/6 (um sexto) a majorante relativa à transacionalidade do tráfico, nos termos do artigo 40, I, do mesmo diploma legal.

16. Em decisão de fls. 339/340, o Superior Tribunal de Justiça ordenou que se desse cumprimento à determinação contida no acórdão proferido no HC 92.905/AC e julgou prejudicado o recurso especial.

17. Estes autos foram conclusos ao Relator em 16 de abril de 2010.

18. É o relatório.

19. À eminente Relatora em 03/05/2010.

## VOTO

### O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que, ao serem analisadas as razões de recurso do acusado José Ivo de Oliveira, em 21/09/2004, estava vigente tão-somente a Lei 6.368/76. Em razão de não ter sido a Defensoria Pública intimada do acórdão prolatado por esta Turma, que negou provimento ao apelo do réu, houve a republicação do acórdão no Diário da Justiça, em 01/06/2007, de modo que se deu início a novo prazo para interposição de recurso.

Quando do julgamento dos embargos declaratórios, interpostos pela defesa, em 26/07/2007 (fls. 238) e em 28/08/2007 (fls. 260), entendeu esta Turma que, embora já estivesse em vigor a Nova Lei de Drogas, de n. 11.343/2006, não seria ela aplicada ao caso em concreto, haja vista o acórdão ter sido proferido antes de sua vigência, ou seja, em 21/09/2004.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 92.905/AC, entendeu pela aplicabilidade da mencionada legislação, tendo em vista que o julgamento dos embargos declaratórios ocorreu já na vigência da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e que, portanto, deve ser aplicada retroativamente em benefício do réu.

Eis o teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do HC 92905/AC:

*1 - A Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, incidindo, desse modo, sobre a sanção cominada na Lei 6.368/1976.*

*2 - No caso, o tema não foi objeto de exame pelo Tribunal de origem, muito embora devesse fazê-lo, visto que os embargos de declaração opostos contra o acórdão da apelação foram julgados em 27 de julho de 2007, quando já estava em vigor o aludido dispositivo, cuja observância é obrigatória, evidenciado, assim, o constrangimento ilegal.*

*3 - O novo coeficiente mínimo, de 1/6, estabelecido no artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006, para as hipóteses - como a presente - de transnacionalidade do delito de tráfico de entorpecentes, igualmente norma de caráter material, deve incidir na espécie, já que mais benéfico ao agente, afastando-se, portanto, a majoração de 1/3 aplicada pelas instâncias ordinárias com base na legislação anterior.*

*4 - Inexiste constrangimento ilegal na alegada inobservância ao artigo 42, da nova Lei de Drogas, já que em nada favorece a situação do paciente.*

*5 - Ordem deferida parcialmente para determinar que o Tribunal Federal da 1ª Região se manifeste sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, devendo, ainda, considerar como sendo de 1/6 o percentual da majorante relativa à transnacionalidade do tráfico, nos termos do artigo 40, I, do mesmo diploma.*

*(HC 92905/AC, DJE EM 24/10/2008, 6ª Turma, Min. PAULO GALLOTTI)*

Desse modo, ressalto que não está em exame a autoria e materialidade delitivas, mas, somente, a aplicação retroativa, onde couber, da Lei 11.343/2006, e desde que estejam presentes os requisitos requeridos por esta legislação, para aplicabilidade de suas benesses.

APELAÇÃO CRIMINAL 200330000019230/AC

2. Ao julgar o recurso de apelação interposto por José Ivo de Oliveira, esta Turma ratificou todos os termos da sentença proferida pelo juiz sentenciante. A fim de esclarecimento, transcrevo trecho da sentença referente à dosimetria da pena, *in verbis* (fls. 103):

*Enfatizo que o réu tinha plena consciência do caráter criminoso de seu ato e que inclusive já teve envolvimento e prisão por droga. Não era inexperiente e recuso o estado de necessidade invocado em face do emprego honesto que o réu possuía ao tempo do crime, não justificando a tentativa de obter mais dinheiro a pretexto de querer tratar da doença de sua esposa e de sustentar sua família às custas da miséria alheia e comércio nefasto. Atento à consciência do réu e a sua própria referência de envolvimento anterior com tóxico, fixo-lhe a pena-base de 48 (quarenta e oito) meses de reclusão. Não considero a agravante em razão da atenuante de confissão, que ora reconheço. Aumento aquela pena em 1/3 na forma do artigo 18, I, da Lei 6.368/76, tornando-a concreta e definitiva em cinco anos e quatro meses de reclusão a serem cumpridos integralmente no regime fechado. Aplico-lhe multa de 60 (sessenta) dias-multa à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos para cada dia-multa. Com estas razões, JULGO PROCEDENTE PARCIALMENTE A DENÚNCIA e CONDENO o réu JOSÉ IVO DE OLIVEIRA, por incurso nas sanções do art. 12, caput, c/c o art. 18, inciso I, ambos da Lei 6.368/76, às penas de: i) cinco anos e quatro meses de reclusão a ser cumprida integralmente no regime fechado; ii) multa de 60 (sessenta) dias-multa à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos para cada dia multa.*

2.1. Antes de tudo, entendo necessário fazer uma breve consideração sobre a determinação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de este Tribunal manifestar-se a respeito da possibilidade da aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. O mencionado dispositivo diz o seguinte:

*§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Como se vê, para que a redução prevista no mencionado dispositivo possa ser aplicada, é imprescindível que o acusado satisfaça os quatro requisitos subjetivos nele exigidos, quais sejam: ser primário, ter bons antecedentes, não dedicar-se à atividade criminosa nem integrar organização criminosa.

No caso, o acusado é tecnicamente primário, possui bons antecedentes e, à primeira vista, não integra organização criminosa. No entanto, ao consultar as fls. de n. 29/30, verifico que já nos anos de 1986 e 2003 havia dois inquéritos contra o acusado, o primeiro como incurso no art. 213 do Código Penal (estupro) e o segundo como incurso nos arts. 12, 14 e 18, da Lei 6.368/76 (Lei de Drogas). Além do mais, por ocasião de seu interrogatório, tanto em sede inquisitorial quanto em juízo, o próprio acusado confessou que já houvera praticado outros delitos idênticos ao que estava sendo processado nestes autos. Portanto, concluo que há dedicação do acusado às atividades criminosas. Assim, pelos motivos expostos, afasto a aplicação da redução de 1/6 (um sexto) prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

2.2. Como se viu, a pena-base aplicada foi de 48 (quarenta e oito) meses. O juiz sentenciante, pelo sistema de compensação, deixou de aplicar a agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal, em razão da atenuante de confissão que fora reconhecida.

Majorou a pena em 1/3 (um terço), tendo em vista tratar-se de tráfico com o exterior, conforme previsão do art. 18, I, da Lei 6.368/76. Entretanto, conforme determinação do Superior Tribunal de Justiça, no acórdão do HC 92.905/AC, reduzo o aumento, em razão da

APELAÇÃO CRIMINAL 200330000019230/AC

transnacionalidade, para a fração mínima de 1/6 (um sexto), conforme prevê o art. 40, I, da Lei 11.343/2006, de modo que a pena ficará, ao final, em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

3. Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo do acusado para reduzir de 1/3 para 1/6 a majorante em razão da transnacionalidade do tráfico, de acordo com o art. 40, I, Lei 11.343/2006, ficando a pena num total de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

4. É o voto.