



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.719 - SC (2011/0245772-9)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : LUIZ FLÁVIO ALBECHE PEREIRA
RECORRIDO : RAUL JESUS FERNANDES
ADVOGADO : SOLANGE MARIA FAVERO ZANELLA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MACONHA E **CRACK**. VALORAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA NA PENA-BASE E NA FIXAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE. DISTÂNCIA PERCORRIDA PARA PRÁTICA CRIMINOSA. ELEMENTO UTILIZADO PARA JUSTIFICAR A MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC V. DA LEI N. 11.343/2006. **BIS IN IDEM**. OCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A diretriz imposta pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do **ne bis in idem**, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

2. A valoração da distância percorrida pelos recorridos – 500 quilômetros –, tanto na fixação da pena-base quanto para aplicação da causa de aumento da interestadualidade, caracteriza dupla punição de circunstância única, procedimento vedado pelo princípio do **ne bis in idem**.

3. Caracterizado o tráfico entre Estados da Federação, nos termos do art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/2006, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras superadas pelo agente, poderiam lastrear, apenas, a fração do aumento resultante da interestadualidade do delito.

4. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.719 - SC (2011/0245772-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado.

Consta dos autos que os recorridos foram condenados pela prática de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, conforme sentença de fls. 323/338. Tendo em vista que a controvérsia dos autos está delimitada na dosimetria da pena, transcrevo o essencial da sentença:

Passo à dosimetria da sanção penal.

Em relação a Luis Flávio Albeche Pereira, analisando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, principalmente, aquelas estabelecidas no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, tenho que a natureza da substância apreendida com o réu (crack e maconha), cujo poder destrutivo é de conhecimento público e notório, pesa em seu desfavor, porquanto revela maior grau de reprovabilidade da sua conduta.

Nessa altura, razão assiste ao Douto representante do *parquet*, ao citar que a grande quantidade de droga apreendida deve ser levada em conta na fixação das penas-base, devendo esta ser elevada significativamente.

O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem assim decidido:

(...)

Da mesma forma já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tenho por bem considerar a culpabilidade em desfavor do réu, diante do alto grau de reprovabilidade de sua conduta e da plena consciência que possuía da ilicitude de seus atos. Ele não registra antecedentes criminais. A motivação do crime é a busca pelo lucro em razão da venda de substância ilícita, porém inerente ao próprio tipo penal. Não há indicativo concreto acerca da conduta social e da personalidade do acusado. Reputo negativas as circunstâncias do crime em razão da distância percorrida pelo acusado para perpetrar o delito (mais de 500 km), além do tipo de drogas (crack) e da grande quantidade apreendida (mais 6 kg de drogas e 50 cartuchos de pistola .380). Conseqüências normais à espécie.

Assim, considerando um ano para cada aspecto negativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(culpabilidade, circunstâncias, tipo de droga e quantidade), fixo a pena base em 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias multa para o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas e, em 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias multa, para o delito previsto no art.

14, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Não vejo presentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase de aplicação da pena, reconheço como causa de especial aumento da pena o fato de o tráfico ilícito de entorpecentes ter ocorrido entre Estados da Federação, conforme dispõe o art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, e aumento a reprimenda em 1/6 (um sexto), ou seja, 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, para o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Igualmente se faz presente a causa de redução especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista que o denunciado não ostenta antecedentes criminais e não integra organização criminosa. Reduzo, em consequência, a reprimenda em 1/6, retomando ao patamar da primeira fase, qual seja, 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.

Torno, pois, definitiva a aplicação, ao réu, pelos fatos descritos na denúncia que deu origem à presente ação penal, de 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa, para o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006; e, em 3 (três) anos de reclusão e 30 dias-multa, para o crime do art. 14 da Lei 10.826/2003.

(...)

No tocante ao réu Raul Jesus Fernandes, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tenho por bem considerar a culpabilidade em desfavor do réu diante do alto grau de reprovabilidade de sua conduta e da plena consciência que possuía da ilicitude de seus atos. Ele registra antecedentes criminais (fl. 139). A motivação do crime é a busca do lucro pela venda de substância ilícita, porém inerente ao próprio tipo penal. Não há indicativo concreto acerca da conduta social e da personalidade do acusado. Reputo negativas as circunstâncias do crime em razão da distância percorrida pelo acusado para perpetrar o delito, além do tipo de drogas (crack) e da grande quantidade apreendida (mais 6 kg) e de munição (50 cartuchos de pistola .380). Consequências normais à espécie.

Assim, considerando um ano para cada aspecto negativo (culpabilidade, antecedentes, circunstâncias, tipo de droga e quantidade), fixo a pena base em 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (mil) dias multa para o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas e, em 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias multa, para o delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Não vejo presentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase de aplicação da pena, reconheço como causa de especial aumento da pena o fato de o tráfico ilícito de entorpecentes ter ocorrido entre Estados da Federação, conforme dispõe o art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, e aumento a reprimenda em 1/6 (um sexto), ou seja, 1 (um) ano e 8 (oito) meses e 180 (cento e oitenta) dias-multa, para o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Igualmente se faz presente a causa de redução especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista que o denunciado não integra organização criminosa. No caso do autos, ainda que o réu possua antecedentes criminais, tendo em vista o princípio da proporcionalidade e considerando a quantidade de pena base arbitrada, entendo por bem promover a aplicação da causa de redução especial no seu mínimo legal. Reduzo, em consequência, a reprimenda em 1/6, retomando ao patamar da primeira fase, qual seja, 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (mil) dias-multa.

Torno, pois, definitiva a aplicação, ao réu, pelos fatos descritos na denúncia que deu origem à presente ação penal, de 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (mil) dias-multa, para o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006; e, em 3 (três) anos de reclusão e 30 dias-multa, para o crime do art. 14 da Lei 10.826/2003.

Irresignada, a defesa do recorrido Luis Flávio Albeche Pereira interpôs apelação pleiteando a absolvição ou, subsidiariamente, a redução da pena. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso para, reconhecendo a existência de erro na dosimetria da pena, reduzir a pena do recorrido Luis Flávio. Em ato contínuo, a Corte estadual adequou, de ofício, a reprimenda do corréu Raul Jesus Fernandes.

Confira-se a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06) E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO (ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/03) - MATERIALIDADE E AUTORIA AMPLAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL - RECURSO DESPROVIDO. DOSIMETRIA - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO DELITO DE TRÁFICO (NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA - ART. 42) PARA MAJORAR A PENA-BASE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - ACUSADO QUE FAZ JUS À CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA, PREVISTA § 4º DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DO ART. 42 POSTERGADAS PARA ESTA FASE, SOB PENA DE INCORRER EM *BIS IN IDEM* - PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS NESSE SENTIDO - NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA QUE SERVEM PARA BALIZAR O PATAMAR DE REDUÇÃO, DE MODO A IMPEDIR A APLICAÇÃO NO SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3) - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DOSIMETRIA - CORRÉU - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO DELITO DE TRÁFICO (NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA - ART. 42) PARA MAJORAR A PENA-BASE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - ACUSADO QUE FAZ JUS À CAUSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA, PREVISTA § 4º DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DO ART. 42 POSTERGADAS PARA ESTA FASE, SOB PENA DE INCORRER EM *BIS IN IDEM* - PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDÊNCIAIS NESSE SENTIDO - NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA QUE SERVEM PARA BALIZAR O PATAMAR DE REDUÇÃO, DE MODO A IMPEDIR A APLICAÇÃO NO SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3) - REDUÇÃO DA PENA EX OFFICIO (fl. 448/449).

Nas razões do especial, sustenta o recorrente que não há **bis in idem** na valoração da quantidade e qualidade da droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na determinação da fração de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Ressalta, ainda, que "a distância de mais de 500 Km percorrida pelo réu para perpetrar o delito não se confunde com a causa especial de aumento de pena, utilizada na terceira fase da dosimetria, qual seja, ter ocorrido entre três Estados da Federação" (fl. 474).

Pretende, assim, a reforma do acórdão recorrido para restabelecer a dosimetria fixada na sentença.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 521/526, opinou pelo provimento parcial do recurso.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.719 - SC (2011/0245772-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O recurso merece prosperar parcialmente.

Insta ressaltar, de início, que a diretriz imposta pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, não deve ser observada somente na fixação da pena-base, mas também na aplicação da referida causa de diminuição, exatamente como sustentado pelo recorrente.

Não se trata, de fato, de violação ao princípio do **ne bis in idem**, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

A propósito:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. **BIS IN IDEM.** NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o **quantum** mínimo da minorante.

2. Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à quantidade e à diversidade das drogas apreendidas (aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade).

3. Não configura **bis in idem** a utilização da quantidade e variedade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.

4. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, verifica-se que não se mostra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razoável a concessão de tais benesses.

5. É que a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas atraem a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/06, no sentido de que o juiz 'na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'.

6. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à variedade das drogas apreendidas.

7. Condenado o paciente à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses de reclusão, por tráfico de 450 g de maconha e 100 g de cocaína, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

8. Ordem denegada. (HC nº 228.592/MG, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 7/5/2012.)

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE), EM DECORRÊNCIA DE DUAS MAJORANTES DO ART. 40 DA LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). MINORANTE APLICADA EM GRAU INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E ALTO PODER VICIANTE DA DROGA (COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, e 525 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, c.c. o art. 40, incisos III e VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 13/06/2008, com 32 invólucros de cocaína, além de R\$ 200,00 e uma nota de dez dólares. Na ocasião, foi apreendido um adolescente, que detinha R\$ 192,00 e traficava com o Apenado.

2. 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.

(...).

7. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 04 (quatro) anos e 01 (um) meses de reclusão. (HC nº 156.060/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 2/12/2011.)

C - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (METADE) JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.
2. Não há ilegalidade na escolha do redutor no patamar de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza, quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente.
3. Não há **bis in idem** na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.
- (...).
4. Ordem denegada. (HC nº 213.401/ES, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 7/12/2011.)

Dessa forma, impossível não reconhecer, no ponto, o acerto do Magistrado singular. Confira-se a fundamentação da sentença:

Em relação a Luis Flávio Albeche Pereira...

(...)

Das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tenho por bem considerar a culpabilidade em desfavor do réu, diante do alto grau de reprovabilidade de sua conduta e da plena consciência que possuía da ilicitude de seus atos. Ele não registra antecedentes criminais. A motivação do crime é a busca pelo lucro em razão da venda de substância ilícita, porém inerente ao próprio tipo penal. Não há indicativo concreto acerca da conduta social e da personalidade do acusado. **Reputo negativas as circunstâncias do crime em razão da distância percorrida pelo acusado para perpetrar o delito (mais de 500 km), além do tipo de drogas (crack) e da grande quantidade apreendida (mais 6 kg de drogas e 50 cartuchos de pistola .380). Consequências normais à espécie.**

(...)

Igualmente se faz presente a causa de redução especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista que o denunciado não ostenta antecedentes criminais e não integra organização criminosa. Reduzo, em consequência, a reprimenda em 1/6, retomando ao patamar da primeira fase, qual seja, 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.

(...)

No tocante ao réu Raul Jesus Fernandes, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tenho por bem considerar a culpabilidade em desfavor do réu diante do alto grau de reprovabilidade de sua conduta e da plena consciência que possuía



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da ilicitude de seus atos. Ele registra antecedentes criminais (fl. 139). A motivação do crime é a busca do lucro pela venda de substância ilícita, porém inerente ao próprio tipo penal. Não há indicativo concreto acerca da conduta social e da personalidade do acusado. **Reputo negativas as circunstâncias** do crime em razão da distância percorrida pelo acusado para perpetrar o delito, **além do tipo de drogas (crack) e da grande quantidade apreendida (mais 6 kg)** e de munição (50 cartuchos de pistola .380). Consequências normais à espécie.

(...)

Igualmente se faz presente a causa de redução especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista que o denunciado não integra organização criminosa. No caso do autos, ainda que o réu possua antecedentes criminais, tendo em vista o princípio da proporcionalidade e considerando a quantidade de pena base arbitrada, entendo por bem promover a aplicação da causa de redução especial no seu mínimo legal. Reduzo, em consequência, a reprimenda em 1/6, retomando ao patamar da primeira fase, qual seja, 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (mil) dias-multa.

Noutro plano, contudo, reside o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, ao julgar o recurso de apelação, afastou o critério de quantidade e variedade da droga da primeira fase da dosimetria da pena, conforme infere-se do seguinte excerto:

Verifica-se que, quando da dosimetria da pena, ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o Magistrado considerou desfavoráveis a "culpabilidade" do réu, as "circunstâncias do crime" e o "tipo de droga e a quantidade" apreendida, fixando a pena-base em 9 (nove) anos de reclusão, além de 900 (novecentos) dias-multa.

Contudo, a fixação da pena-base em 4 (quatro) anos acima do mínimo legal, não merece prevalecer. Primeiro, porque a culpabilidade, entendida como grau de reprovabilidade da conduta, é normal à espécie, e não tem o condão de elevar a pena-base na primeira fase da dosimetria; segundo, porque a circunstância do crime considerada pelo Magistrado (distância de mais de 500 Km percorrida pelo réu para perpetrar o delito) se confunde com a causa especial de aumento de pena, utilizada na terceira fase da dosimetria, qual seja, ter ocorrido entre três Estados da Federação (da cidade de Foz do Iguaçu no Estado do Paraná, com destino à cidade de Sapiiranga no Estado do Rio Grande do Sul); e terceiro, porque a qualidade e a quantidade de droga apreendida também foram utilizadas pelo Magistrado para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no mínimo legal (1/6), situação esta que caracteriza *bis in idem*. (fl. 459)

Na hipótese, portanto, levando em conta o disposto no artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006, que impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, entendo que merece reparo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão, no tocante à fixação da pena-base, que deverá ser mensurada sopesando a quantidade e variedade da droga, como bem delineado na sentença.

Outra sorte, entretanto, assiste ao recorrente quanto à segunda tese – não reconhecimento de **bis in idem** na valoração da distância percorrida pelos recorridos (500 quilômetros) – tanto na fixação da pena-base quanto para aplicação da causa de aumento da interestadualidade.

De fato, o verbo "transportar" é um dos núcleos do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, sendo, assim, a distância percorrida e a complexidade da operação de transporte – circunstâncias a serem consideradas na fixação da pena-base –, são elementos acidentais não participantes do próprio tipo.

Isso porque não se pode equiparar o acusado que transporta entorpecentes entre pequenas distâncias, em empreitadas rápidas, ao grande difusor que se expõe à longas e demoradas viagens. Por certo, outro proceder, violaria os princípios constitucionais da individualização das penas, que preconiza a necessidade de distinguir condutas ilícitas e pessoas condenadas pela prática de infrações penais, e da proporcionalidade, que elege, dentre os seus muitos parâmetros, a necessidade de observância das particularidades pessoais do acusado e do caso concreto, na busca da almejada pena justa.

Contudo, uma vez caracterizado o tráfico entre Estados da Federação, nos termos do art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/2006, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras superadas pelo agente poderiam lastrear, apenas, a fração do aumento resultante da interestadualidade do delito.

Para ratificar a premissa e prefaciар o tema, oportuno o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

Quando o tráfico atingir mais de uma região do País, promovendo, portanto, uma distribuição espalhada e não concentrada da droga, de fato, cuida-se de circunstância mais grave, a merecer maior censura, conseqüentemente, aumento de pena. A gradação - de um sexto a dois terços - deve cingir-se ao grau de interestadualidade do crime: quanto maior o número de Estados-membros abrangidos pela atividade do agente maior deve ser o aumento. (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 6ª Ed. rev. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 283)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclui-se, assim, pelo acerto do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e pela manutenção do acórdão nesse ponto, pois justificar a majoração da pena-base e o percentual da causa de aumento do art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/2006, valorando o deslocamento dos recorridos de Foz do Iguaçu/PR para Sapiranga-RS, seria, por via oblíqua, realizar uma dupla punição da mesma circunstância do crime, procedimento incompatível com o princípio da vedação ao **bis in idem**.

Por fim, tendo em vista que o aumento arbitrado pelo Magistrado singular – um ano por cada circunstância negativa verificada na primeira fase da dosimetria da pena – não parece atender aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, não sendo viável, dessa forma, o simples restabelecimento da sentença, como pleiteado pelo recorrente, passo ao redimensionamento das penas dos recorridos.

Com relação ao recorrido Luiz Flávio Albeche Pereira, considerando a quantidade e variedade da droga apreendida – 12 (doze) tabletes de maconha, pesando aproximadamente 4,2kg e 2 (dois) tabletes de **crack**, pesando 1,3kg –, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa. Na segunda fase, mantenho os fundamentos expostos no acórdão recorrido, que consignou ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira etapa, mantenho a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/6 (um sexto), perfazendo a pena o total de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mais pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa. Aplico, ainda, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no mesmo patamar declinado no acórdão, qual seja, 1/6 (um sexto), totalizando a pena definitiva no **quantum** de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mais pagamento de 607 (seiscentos e sete) dias-multa.

Quanto ao recorrido Raul Jesus Fernandes, considerando os antecedentes consignados no acórdão e a quantidade e variedade da droga apreendida – 12 (doze) tabletes de maconha, pesando aproximadamente 4,2kg e 2 (dois) tabletes de **crack**, pesando 1,3kg –, fixo a pena-base em 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 687 (seiscentos e oitenta e sete) dias-multa. Na segunda fase, mais uma vez, mantenho incólumes os fundamentos expostos no acórdão recorrido, que consignou ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira etapa, mantenho a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/6



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(um sexto), perfazendo a pena o total de 8 (oito) anos e 7 (sete) dias de reclusão, mais pagamento de 801 (oitocentos e um) dias-multa. Aplico, por fim, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 1/6 (um sexto), conforme enunciado no acórdão, totalizando a pena definitiva em 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, mais pagamento de 668 (seiscentos e sessenta e oito) dias-multa.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para estabelecer as penas dos recorridos Luiz Flávio e Raul Jesus, respectivamente, em 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, além do pagamento de 607 (seiscentos e sete) dias-multa e 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, mais pagamento de 668 (seiscentos e sessenta e oito) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0245772-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.286.719 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090718472000100 42080000268

PAUTA: 17/09/2013

JULGADO: 17/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : LUIZ FLÁVIO ALBECHE PEREIRA
RECORRIDO : RAUL JESUS FERNANDES
ADVOGADO : SOLANGE MARIA FAVERO ZANELLA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.