

RECURSO ESPECIAL Nº 1.835.415 - PR (2019/0260080-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : **ANDERSON HENRIQUE KAMINSKI**
ADVOGADOS : **ODUWALDO DE SOUZA CALIXTO - PR011849**
 ANDRIELI FERNANDES PICINATTO FRIGERI - PR077904
 MAICON FRANCISCO TRIDA GALVÃO - PR085263
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) e condenado às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de pagamento de 340 dias-multa (tráfico privilegiado), substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, conforme a sentença de fls. 293-300.

A defesa interpôs apelação, pleiteando a redução da pena-base ao mínimo legal ou um aumento de apenas 6 meses e a aplicação da minorante da Lei Antidrogas em 2/3.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, conforme a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIME. CONDENAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, L. 11.343/2006). APLICAÇÃO DA PENA. 1. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE JUSTIFICA O AUMENTO DA PENA-BASE (ART. 42, L. 11.343/2006). EXCESSO NO 'QUANTUM' DE AUMENTO. ADEQUAÇÃO DA PENA-BASE NESSE ASPECTO. 2. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE E COMO PARÂMETRO PARA A REDUÇÃO EM RAZÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREVISÃO LEGAL. 'BIS IN IDEM' NÃO CONFIGURADO. 3. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (§ 4º, ART. 33, L. 11.343/06). CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ESPÉCIE E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO PERMITE A REDUÇÃO EM GRAU MÁXIMO (2/3). PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E

PARCIALMENTE PROVIDO (fl. 420).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 474-477).

Na sequência, a defesa interpôs o recurso especial, no qual alega violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta, em síntese, que houve dupla valoração na dosimetria, pois o acórdão considerou a quantidade da droga para aumentar a pena-base e fixar a minorante na fração de 1/2.

Requer seja afastado o *bis in idem* e aplicada a minorante em 2/3.

Contrarrazões às fls. 514-518. Admitido o recurso às fls. 522-524. Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso às fls. 539-542.

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

O apelo nobre merece provimento.

Com efeito, na aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a instância de origem incorreu em *bis in idem*.

Confira-se o seguinte excerto do acórdão recorrido:

Portanto, a verificação da quantidade de entorpecente apreendido tanto na avaliação das circunstâncias judiciais (pena-base) quanto nas causas especiais de diminuição da pena (tráfico privilegiado), não implica em porquanto fundamentada na lei especial de “bis in idem” tóxicos.

No presente caso, o apelante foi preso em flagrante delito portando 3,280kg de maconha, distribuída em 06 (seis) pacotes. A quantidade de droga apreendida, por si só, não evidencia que o apelante se dedique à atividade criminosa ou que integre organização criminosa, na medida em que ao ser interrogado declarou que atendeu a pedidos de meninos para que fizesse o transporte da droga, porque estava uniformizado e não levantaria suspeitas (mov. 107.4 – ação penal).

Há nos autos evidências que demonstram que o apelante apresenta condições favoráveis, nada desabonando sua conduta social ou o relacionando com outras atividades ilícitas, é primário e não possui maus antecedentes.

Entretanto, utilizando os parâmetros previstos no artigo 42, da Lei de Tóxicos, e tendo em vista que a quantidade de entorpecente apreendido (3,28kg de maconha), não é insignificante a ponto de justificar a redução da pena no patamar máximo (2/3) como

pretende a apelante, devendo ser mantida a diminuição da pena na metade (1/2).

Portanto, considerando o parcial provimento do recurso, passa-se à reforma da pena aplicada, isto é, impõe-se o refazimento da dosimetria nos seguintes termos:

Quanto à primeira fase da dosimetria, considerando a quantidade e espécie de entorpecente apreendido (3,28gk de maconha), nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, impõe-se majoração da reprimenda em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e 125 (cento e vinte e cinco) dias-multa, restando, portanto, fixada a pena-base em 05 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa).

Em razão da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, CP), mantém-se a redução da pena na ordem de 1/6 (um sexto), restando em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa.

Incidente a causa especial de redução da pena, referente ao tráfico privilegiado (art. 33, §4º, L. 11.343/03), mantida a diminuição da reprimenda em 1/2 (metade), resta a pena fixada em definitivo em 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 08 (oito) dias de reclusão, a ser cumprida de 1/30 (um em regime aberto, e pagamento de 260 (duzentos e sessenta) dias-multa trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (art. 49, §1º, CP). (fls. 425-426).

Conforme os excertos acima transcritos, verifica-se que o Tribunal *a quo* considerou a quantidade da droga em duas fases da dosimetria, primeira e terceira.

Esse entendimento destoa da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que julgou o tema inclusive em repercussão geral, estabelecendo que o uso da quantidade e natureza da droga tanto na majoração da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO DE 1/3. MESMOS

FUNDAMENTOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A utilização concomitante da quantidade e natureza de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para modular a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) configura *bis in idem*.

In casu, a pena-base foi exacerbada em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas, sendo que na terceira fase, a Corte estadual reduziu para 1/3 a fração da causa redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) pelos mesmos fundamentos. Trata-se da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para **modular** a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar a remessa dos autos ao Tribunal a quo a fim de que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, limitando-se a utilizar a circunstância relativa à natureza e quantidade da droga apreendida somente em uma das etapas do cálculo da pena (HC 489.083/MS, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 11/4/2019).

Portanto, o acórdão recorrido deve ser reformado para afastar o *bis in idem*, cabendo ao Tribunal de origem proceder à nova dosimetria da pena, considerando a quantidade da droga somente em uma das fases.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. V, alínea “a”, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda à nova dosimetria da pena do recorrente, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
Relator