

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.523.173 - RR  
(2019/0175074-8)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : ALINE HOFFMANN AVELINO (PRESO)**  
**ADVOGADO : JOSE VANDERI MAIA - RR000716**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA**

**DECISÃO**

**ALINE HOFFMANN AVELINO** agrava da decisão que não admitiu seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Roraima**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0807137-61.2017.8.23.0010.

Consta dos autos que a recorrente foi condenada, em primeira instância, à pena de 9 anos, 6 meses e 27 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, e 35 c/c o art. 40, III, todos da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação defensiva, foi dado parcial provimento ao recurso, para absolver a agravante do delito de associação para o tráfico e, por conseguinte, reduzir a sua pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, mais multa.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e requer, assim, a aplicação da minorante descrita no referido dispositivo.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem, o que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecido do agravo e, caso conhecido, pelo seu não provimento.

**Decido.**

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual passo à análise do recurso especial.

A Corte estadual manteve o indeferimento da incidência da

minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, nos seguintes termos (fls. 72-73):

Em sentença, a Magistrada afasta a possível aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sob a argumentação que a associação para o tráfico deixa em óbvio que a apelante dedicava-se a atividades criminosas, deixando de atender um dos requisitos necessários para a aplicação deste parágrafo. No caso presente, embora não esteja configurado o delito de associação para o tráfico, não há como reconhecer o tráfico privilegiado **tendo em vista a considerável quantia de entorpecente apreendida, mantendo, assim, o entendimento que a ré dedicava-se a atividades criminosas, não enquadrando-se em primariedade quanto a venda de drogas, ou o chamado "traficante eventual.**

Isto posto, é válido ressaltar que o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 deixa explícito que para que haja possibilidade de redução de pena o agente tem de ser primário, ter bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Portanto, tendo em vista os critérios da aplicação desta causa de diminuição, não há possibilidade de haver seu reconhecimento *in casu*.

Ademais, haja vista que os requisitos do referido parágrafo devem ser preenchidos conjuntamente, não há possibilidade de reconhecimento deste, no presente caso, como já exposto.

Com efeito, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos

pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, a Corte local entendeu indevida a aplicação da minorante, com fundamento, tão somente, **na quantidade de drogas apreendidas**, circunstância que a levou à conclusão de que a acusada seria **dedicada a atividades delituosas**.

Certo é que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, **é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa** e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. Vale dizer, a elevada quantidade de drogas apreendidas pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas.

No entanto, não há como se olvidar que, por ocasião do julgamento do **HC n. 112.776/MS** – *leading case* sobre a discussão acerca do *bis in idem* nesses casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas –, em sessão plenária ocorrida no dia **19/12/2013**, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, na primeira ou na terceira fase, **sempre de forma não cumulativa**. Esse fato privilegia, de acordo com o Relator, Ministro Teori Zavascki, o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o Relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral no **ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o entendimento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração **apenas em uma das fases da dosimetria da pena**, em observância à vedação do *bis in*

*idem.*

Dessa forma, uma vez que, no caso, a Corte local sopesou o mesmo elemento – quantidade de droga apreendida – tanto para fins de exasperação da pena-base (fl. 78) quanto para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tenho como caracterizada a **ofensa ao princípio do *ne bis in idem***.

Assim, deve ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, a fim de que realize nova dosimetria da pena da agravante, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e no art. 34, XVIII, 'c', parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial**, a fim de reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, a fim de que realize nova dosimetria da pena da agravante, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda (Apelação Criminal n. 0807137-61.2017.8.23.0010).

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator