



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.879 - SC (2013/0399457-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : RAFAEL ERDMANN
ADVOGADO : ROBERTO C SCHROEDER - SC012459
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Faz jus o réu à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois, embora a Corte estadual tenha justificado a não incidência do redutor em questão com base na quantidade de drogas apreendidas, certo é que, em nenhum momento, afirmou, textualmente, que não caberia a diminuição de pena por integrar o réu organização criminosa ou por se dedicar a atividade criminosa.

2. Ao analisar as especificidades do caso e escolher a fração de diminuição de pena (de 1/6 a 2/3) que entender adequada à espécie, deve o Tribunal de origem considerar a eventual possibilidade de fixar ao apenado regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, com observância, em ambos os casos, também do enunciado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e declarar extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva do réu.

3. Recurso especial provido nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou entendimento pessoal a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.879 - SC (2013/0399457-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : RAFAEL ERDMANN

ADVOGADO : ROBERTO C SCHROEDER - SC012459

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

RAFAEL ERDMANN interpõe recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** (Apelação Criminal n. 2011.077377-4).

Nas razões do recurso especial, o recorrente suscita violação dos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 44 e 115, ambos do Código Penal, ao argumento de que a quantidade de droga apreendida "não é motivo justificável para que fosse deixado de aplicar as benesses do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06" (fl. 399).

Destaca a defesa que, sendo reconhecida a minorante ao recorrente, deverá ser substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, haja vista que o réu era menor de 21 anos à época do delito.

Requer o provimento do recurso, nos termos acima delineados.

Contrarrazões às fls. 420-425.

Admitido o recurso, o Ministério Público Federal opinou, às fls. 439-446, pelo parcial conhecimento do recurso especial e, na parte conhecida, por seu não provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.879 - SC (2013/0399457-5)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Faz jus o réu à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois, embora a Corte estadual tenha justificado a não incidência do redutor em questão com base na quantidade de drogas apreendidas, certo é que, em nenhum momento, afirmou, textualmente, que não caberia a diminuição de pena por integrar o réu organização criminosa ou por se dedicar a atividade criminosa.

2. Ao analisar as especificidades do caso e escolher a fração de diminuição de pena (de 1/6 a 2/3) que entender adequada à espécie, deve o Tribunal de origem considerar a eventual possibilidade de fixar ao apenado regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, com observância, em ambos os casos, também do enunciado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e declarar extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva do réu.

3. Recurso especial provido nos termos do voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Inicialmente, registro que o recurso especial é tempestivo e que os temas objetos da insurgência foram devidamente discutidos e prequestionados na instância de origem, razões pelas quais passo ao exame da *quaestio iuris*.

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suposta prática dos delitos previstos nos arts. 330 do Código Penal, 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006. O Magistrado absolveu o réu das imputações referentes às incursões nos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas e o condenou à pena de 2 meses de detenção, em regime aberto, pela prática do delito previsto no art. 330 do Código Penal.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso, ao qual o Tribunal de origem deu provimento para condenar o réu à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 330 do Código Penal, 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.

II. A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, verifico que a Corte estadual assim fundamentou a sua não incidência ao caso (fl. 384, destaquei):

Finalmente, na terceira etapa, entendo que não cabe a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista pelo art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, já que, apesar de as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal serem favoráveis ao réu/apelado, além da natureza da droga apreendida não se tratar das mais nocivas (maconha), a quantidade de droga deflagrada em seu poder, aproximadamente **682,3g (seiscentos e oitenta e dois gramas e três decigramas) da erva "Cannabis Sativa Lineu", consoante Laudo Pericial de Identificação de Substâncias Entorpecentes - fls. 94/95, deve ser sopesada em seu desfavor, uma vez que suficiente para fabricar cerca de 700 (setecentos) cigarros de maconha (vulgarmente conhecido como "baseado").**

À vista disso, fixa-se a reprimenda definitiva do réu/apelado Rafael Erdmann em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, ou seja, no seu mínimo legal, quantidade que se mostra suficiente à repressão do crime em comento.

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Vale dizer, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que 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: "*A mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T, DJe 14/4/2014).

Nesse contexto, não desconheço o entendimento segundo o qual 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** 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. Exemplificativamente: STJ, **AgRg no AREsp n. 359.220/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 17/9/2013; STF, **HC n. 111.666/MG**, Rel. Ministro **Luiz Fux**, DJe 23/5/2012.

Contudo, embora a Corte estadual tenha justificado a não incidência do redutor em questão com base na quantidade de drogas apreendidas, certo é que, **em nenhum momento, afirmou, textualmente, que não caberia a diminuição de pena por integrar o réu organização criminosa ou se dedicar a atividade criminosa**, cingindo-se a mencionar "a quantidade das drogas deflagrada em seu poder, aproximadamente 682,3g" (fl. 384). Nesse sentido: **HC n. 288.170/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., julgado em 30/6/2016, pendente de publicação.

Ademais, com a devida vênia, entendo que a apreensão de certa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de drogas, em contexto como o dos autos, é **normal ao próprio crime** previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, até porque o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo, conforme entendimento, aliás, externado no **AgRg no REsp n. 1.448.529/RJ**, de relatoria da Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (DJe 23/4/2015).

Por tais razões, uma vez que não foram apontados elementos concretos dos autos que, efetivamente, justificassem o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **entendo como violado o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e reconheço a incidência da minorante em questão em favor do recorrente.**

III. Nova dosimetria da pena

Quanto à nova dosimetria, destaco que em recentes casos julgados por esta colenda Sexta Turma – **HC n. 351.976/SP**, Rel. para acórdão Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 19/5/2016, e **HC n. 288.170/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., julgado em 30/6/2016, pendente de publicação –, decidiu-se **determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça de origem**, para que, à luz das especificidades do caso em análise, escolhesse a fração de diminuição de pena (de 1/6 a 2/3) que entendesse adequada à espécie.

Assim, para garantir ao jurisdicionado a certeza do posicionamento do Judiciário em relação a determinada matéria posta em juízo e evitar, com isso, a proliferação de decisões contraditórias (muitas vezes oriundas de um mesmo juízo ou tribunal), **entendo que deve ser dada idêntica solução** em decorrência da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ou seja, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a fim de, pelas peculiaridades do caso concreto e dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, escolha a fração de diminuição de pena que entenda adequada à espécie.

IV. Consectários da redução da pena

Como consectário da redução da pena do recorrente, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, à pretendida substituição da reprimenda por restritiva de direitos e à aventada prescrição da pretensão punitiva, determino que o **Tribunal de origem** proceda à análise do caso concreto, aferindo a **eventual possibilidade de** – à luz da nova reprimenda estabelecida ao acusado, em decorrência da minorante prevista no § 4º do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33 da Lei n. 11.343/2006:

a) fixar regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006;

b) determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso estejam devidamente preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal;

c) declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do réu, com observância do art. 115 do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial para reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006** em favor do recorrente e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a fim de que, à luz das especificidades do caso em análise, escolha a fração de diminuição de pena – de 1/6 a 2/3 – que entender adequada à espécie.

Ainda, determino que o **Tribunal de origem** proceda à análise do caso concreto, aferindo a **eventual possibilidade** de fixar ao recorrente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, com observância, em ambos os casos, também do enunciado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0399457-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.422.879 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 036090117480 20110773774 20110773774000100 36090117480

PAUTA: 11/10/2016

JULGADO: 11/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RAFAEL ERDMANN
ADVOGADO : ROBERTO C SCHROEDER - SC012459
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU : RODRIGO LUIS CORREA

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 Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou entendimento pessoal a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.