



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.353.138 - PR (2012/0237949-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : CARLOS ALBERTO SANCHEZ BRITZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICA O AGRAVAMENTO DA FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06, BEM COMO DO REGIME PRISIONAL. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A gravidade concreta da conduta, representada pela significativa quantidade de substância entorpecente encontrada em poder do agravante, é fato incontroverso nos autos, circunstância que afasta a alegada incidência da Súmula n. 7/STJ ao caso.

2. Em casos análogos ao dos autos, esta Corte Superior de Justiça entendeu cabível até mesmo a incidência da fração mínima da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, razão pela qual mereceu provimento a insurgência ministerial, nos termos da decisão monocrática agravada, para restabelecer a reprimenda fixada no primeiro grau de jurisdição, contra a qual não se insurgiu a acusação.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, e tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

4. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.353.138 - PR (2012/0237949-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **CARLOS ALBERTO SANCHEZ BRITZ**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por CARLOS ALBERTO SANCHEZ BRITZ contra a decisão de fls. 476/480, por meio da qual se deu provimento ao recurso especial ministerial para reformar o acórdão recorrido no tocante à dosimetria da pena imposta ao delito de tráfico de drogas, estabelecendo-a de forma definitiva em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, no regime inicial semiaberto, após a incidência da regra do concurso material com o delito de uso de documento falso.

Sustenta o agravante, em síntese, que o juízo de incidência ou não da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a escolha da respectiva fração, caberia ao Tribunal de origem, aduzindo que a atuação desta Corte Superior de Justiça em tais aspectos, como realizado na decisão agravada, encontraria óbice no enunciado n. 7 da sua Súmula de Jurisprudência, já que seria imprescindível o revolvimento do conjunto fático-probatório.

Requer a reconsideração da decisão agravada, ou o provimento do agravo regimental para que seja restabelecida do acórdão proferido pelo Tribunal de origem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.353.138 - PR (2012/0237949-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio do presente agravo regimental a Defensoria Pública da União alega que a conclusão exarada na decisão monocrática agravada teria como premissa o revolvimento de material fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7/STJ, pugnando por sua reforma.

De acordo com os autos, ao recorrido CARLOS ALBERTO SANCHEZ BRITEZ foi imposta a pena de 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 399 (trezentos e noventa e nove) dias-multa, pela prática das condutas descritas no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/06 e no artigo 304, combinado com o artigo 297, ambos do Código Penal, em concurso material.

No julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dando-lhe parcial provimento, reformou a dosimetria da pena referente ao delito de tráfico de drogas para aplicar a fração em 2/3 (dois terços) da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, razão pela qual a pena foi fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa. Após a soma do concurso material referente à condenação pelo delito contra a fé pública, a pena foi definitivamente fixada em 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 204 (duzentos e quatro) dias-multa, fixando-se o regime aberto para o cumprimento da pena, vedada a substituição por restritiva de direitos.

Insurge-se o Ministério Público Federal neste recurso especial contra a fração de diminuição de pena definida pelo Tribunal de origem, à luz das circunstâncias incontroversas do caso em análise, pugnando, ainda, pela fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Conforme consignado na decisão ora agravada, depreende-se que o recorrido foi flagrado na posse de 3.290g (três mil duzentos e noventa gramas) de maconha na forma de haxixe, substância entorpecente que foi encontrada no fundo falso de uma sacola que trazia consigo, tendo como origem Ciudad del Este, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paraguai.

O magistrado singular, em razão das peculiaridades do caso concreto, embora tenha aplicado ao recorrido a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, o fez na fração de 1/3 (um terço), ponto no qual reside a controvérsia recursal, já que o Tribunal de origem aplicou a redução máxima, qual seja, 2/3 (dois terços).

Entretanto, tendo em vista a quantidade de entorpecente apreendido em poder do recorrido, ao operar a redução da pena em seu grau máximo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região destoou do entendimento que vem sendo adotado por esta Corte Superior de Justiça, que em casos análogos vem considerando legal, inclusive, a fixação da fração mínima de diminuição, conforme se infere dos seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 APLICADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese, o Tribunal estadual afirmou que, além do evento criminoso que deu origem à presente condenação, inexistia indícios de que agravados se dedicassem à práticas criminosas ou integrassem organização criminosa, tendo-os inclusive, absolvido da imputação de associação para o tráfico de drogas, razão pela qual, preenchidos os requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, foi a mencionada causa especial de redução de pena aplicada em grau mínimo (1/6), tendo em vista a expressiva quantidade de droga apreendida (aproximadamente 2kg de maconha).

(...)

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 556.094/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (367,4G DE MACONHA E 194,4G DE COCAÍNA). ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INVIABILIDADE DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITOS. ABOLITIO CRIMINIS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- O Tribunal a quo aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida (367,4g de maconha e 194,4g de cocaína).

- O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art.

33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da mesma lei. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14.6.2013).

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 192.444/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

Por tal razão, merece provimento a insurgência ministerial no ponto, providência para a qual não se revela necessário qualquer retorno ao conjunto probatório produzido no decorrer da instrução criminal, já que a gravidade concreta da conduta, representada pela significativa quantidade de substância entorpecente encontrada em poder do recorrido, é fato incontroverso nos autos, circunstância que afasta a alegada incidência da Súmula n. 7/STJ ao caso.

Constatando-se, portanto, que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região se distancia da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, imperioso o provimento da insurgência no ponto, para restabelecer a decisão do magistrado singular que, diante das circunstâncias do caso concreto, fixou em 1/3 (um terço) a fração de redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, contra a qual não se insurgiu a acusação.

Tendo em vista que após a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I do artigo 40 do aludido diploma legal o Tribunal de origem fixou temporariamente a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, sobre tal patamar deve incidir o decréscimo estabelecido, chegando-se à reprimenda de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 390 (trezentos e noventa) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em razão do concurso material de delitos, a reprimenda definitiva é fixada em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa.

Considerando a reforma operada, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Isso porque, não obstante o Ministério Público Federal tenha pleiteado a fixação do regime fechado, é cediço que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no sentido de considerar ilegal a imposição do regime prisional mais gravoso apenas em razão da natureza hedionda do delito praticado pelo réu, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, norma que ofende o princípio da individualização da pena.

Portanto, mesmo nas condenações pela prática de delitos hediondos ou a estes equiparados, o magistrado deverá se pautar pelos parâmetros estabelecidos no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para a definição do regime prisional no qual o réu irá iniciar o cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.

Ademais, não se admite a imposição de regime mais gravoso do que o previsto para o *quantum* de pena aplicada apenas em razão da gravidade abstrata do delito, conforme entendimento consolidado no enunciado n. 718 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 2 ANOS E 11 MESES DE RECLUSÃO E MULTA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

(...)

- Embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 328.431/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, não subsistindo, outrossim, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

3. A quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida também constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição das penas. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 344.756/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 19/04/2016)

Por tais razões, não se constata neste regimental razões hábeis a modificar o entendimento externado na decisão monocrática agravada, a qual deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0237949-7

AgRg no
REsp 1.353.138 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201202379497 50093425820114047002 PR-50084201720114047002
PR-50093425820114047002

PAUTA: 04/04/2017

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : CARLOS ALBERTO SANCHEZ BRITEZ
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
JOEL FERNANDO GONÇALVES - PR019823

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CARLOS ALBERTO SANCHEZ BRITEZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.