



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.498.000 - SP (2014/0314130-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : FERNANDO MAILLET DEL POZZO
ADVOGADO : MÁRIO DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) - SP054325
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal – aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – exigir o **reexame do quadro fático-probatório**, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita (**Súmula 07/STJ**).

II - Conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

III - Na espécie, o v. acórdão reprochado valorou, na primeira fase da dosimetria, favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Não obstante, a quantidade de entorpecente (**meio quilo de maconha**), dentre outros fatores, foi utilizada na terceira fase como óbice para a aplicação da causa de diminuição. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa na terceira fase da quantidade de droga apreendida, o regime inicial adequado é **fechado**.

Agravo regimental **desprovido**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator

* Republicado por haver saído com incorreção no DJe de 01.02.2017.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.498.000 - SP (2014/0314130-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por FERNANDO MAILLET DEL POZZO contra decisão que negou provimento ao recurso especial por ele interposto.

O agravante sustenta, em síntese, que *"o presente Recurso Especial em questão também trata apenas de matéria jurídica e não fática, haja vista em que o que se busca não é questionar a prova de determinado fato, a saber, que o Recorrente se dedicaria à atividade criminosa"* (fl. 512).

Assevera, para tanto, que *"não há prova alguma desse fato nos autos, mas apenas uma simples conjectura nesse sentido, a qual chegou o Tribunal a quo por mera inferência, conforme a própria expressão utilizada no acórdão de fls.: "... inferindo-se do entrelaçamento desses dados que, quando da sua prisão, o irrogado estava a exercer a mercancia ilícita como modo de vida"* (fl. 512).

Alega, outrossim, em relação ao regime inicial fixado, que, *"[...] ainda que se iniciasse imediatamente o cumprimento da pena, a execução teria início somente quase uma década depois dos fatos, período em que o Agravante respondeu em liberdade ao presente processo sem descumprir quaisquer das condições, sem voltar a delinquir e, mais importante, demonstrando através de ações concretas tratar-se o caso narrado na denúncia um fato isolado, seja estudando, trabalhando como também se tornando pai de família"* (fl. 514).

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, pela submissão do agravo à Turma julgadora.

Por manter o **decisum**, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.498.000 - SP (2014/0314130-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal – aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – exigir o **reexame do quadro fático-probatório**, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita (**Súmula 07/STJ**).

II - Conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

III - Na espécie, o v. acórdão reprochado valorou, na primeira fase da dosimetria, favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Não obstante, a quantidade de entorpecente (**meio quilo de maconha**), dentre outros fatores, foi utilizada na terceira fase como óbice para a aplicação da causa de diminuição. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa na terceira fase da quantidade de droga apreendida, o regime inicial adequado é **fechado**.

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de admissibilidade, conheço do agravo.

Em que pesem os argumentos do agravante, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o **decisum** ora agravado, nos seguintes termos, **verbis**:

"[...]"

Inicialmente, em relação ao agravo, anoto ser inviável o conhecimento da presente irresignação pois 'não é cabível a interposição de agravo em recurso especial contra decisão que admite parcialmente o recurso especial, porquanto a controvérsia é encaminhada por inteiro à Corte Superior, que realizará, inevitavelmente, segundo juízo de admissibilidade sobre todos os temas apresentados no apelo especial. Não há, portanto, interesse recursal, incidindo, no caso os verbetes ns. 292 e 528 da Súmula do Supremo Tribunal Federal' (REsp n. 1.345.827/AC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/3/2014).

Analiso, portanto, **o recurso especial** em sua integralidade.

Preliminarmente, constato, com relação ao dissídio jurisprudencial invocado, que não merece conhecimento o recurso especial.

É que a jurisprudência dessa Corte pacificou o entendimento no sentido de que não se prestam para o conhecimento do apelo pelo art. 105, III, c, da Constituição Federal, os julgamentos proferidos em mandado de segurança e **habeas corpus**, os quais têm um âmbito cognitivo muito mais amplo do que o recurso especial, destinado exclusivamente à uniformização da interpretação da legislação federal.

Dessa forma, no que pertine ao manejo do reclamo com fundamento na alínea c, constata-se que o recorrente se utilizou, como paradigma, de acórdão proferido em **habeas corpus**, inservível no caso como comprovação de divergência jurisprudencial.

Nesse sentido:

'PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMAS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS E CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não se admite como paradigma, para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, acórdãos proferidos em habeas corpus e conflito de competência.

2. Agravo regimental improvido' (AgRg nos EREsp n. 1102270/RJ, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 1º/10/2014).

No que pertine ao afastamento da aplicação da minorante de tráfico eventual, assim se manifestou o eg. Tribunal **a quo** por ocasião do julgamento do recurso de apelação aviado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, **verbis**:

'No caso concreto, apurou-se que: a) Fernando estava desempregado (fls. 149) e, nada obstante, detinha considerável volume de substância ilícita para expor à venda (meio quilo de maconha); b) policiais militares receberam delação anônima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vinculando o sentenciado ao nefando comércio de substâncias clandestinas - inferindo-se do entrelaçamento desses dados que, quando de sua prisão, o irrogado estava a exercer a mercancia ilícita como meio de vida, o que desautoriza, sem dúvida, aludida causa de diminuição.

Afastado, pois, o benefício previsto no § 4º, resta a reprimenda estabelecida definitivamente em 5 (cinco) anos de reclusão, com multa de 500 (quinhentas) diárias' (fl. 294).

Verifica-se que o eg. Tribunal de origem, a partir do exame do acervo probatório, notadamente do resultado obtido mediante denúncia anônima, **concluiu que o recorrente se dedicaria à atividade criminosa**, o que, a teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, impede a aplicação da minorante. Desconstituir essa conclusão demandaria, na espécie, **revolvimento do material fático-probatório**, o que não se admite na via eleita, na linha do que dispõe a **Sumula 7 desta Corte**. Confira-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

'PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. Desfazer o entendimento a que chegou as instâncias ordinárias para verificar se o réu se dedicava a atividades criminosas implicaria no reexame de matéria fático-probatória dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ.

(...)

3. Agravo regimental desprovido' (AgRg no AREsp 569600/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 17/03/2015).

'PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZADA A DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dedicação a atividades criminosas ou a integração a organização criminosa impedem o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. O acórdão recorrido consignou que o ora agravante se dedicava com habitualidade à comercialização ilícita de drogas. A conclusão em sentido contrário demanda incursão na seara fático-probatória dos autos, procedimento vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido' (AgRg no AREsp 527117/AL, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 23/05/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao **regime inicial**, a definição deste para os condenados por tráfico de entorpecentes, deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, § 2º e 3º do Código Penal. Ou seja, será definido de acordo com o **quantum** da pena aplicada e em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

Contudo, é necessário fazer uma observação. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente'.

Portanto, a circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena. Dessarte, será utilizada para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena.

E, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso, pois não haveria sentido admitir tal possibilidade somente quando valorada na fixação da pena-base. É que, a partir da autorização concedida pelo Pretório Excelso no julgado acima referido, não há razão para proceder a tal diferenciação.

Neste sentido:

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 3. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 (quatro) anos (diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão), levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (27 tubetes de cocaína e 4 trouxinhas de maconha), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. Habeas corpus denegado' (HC 223.455/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 6.3.2012).

'PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 8 ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (...)

2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado, bem como a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 8 (oito) anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Habeas corpus não conhecido' (HC 276.781/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 25/09/2014).

In casu, o eg. Tribunal de origem, na primeira fase da dosimetria, manteve a pena-base fixada na sentença, ou seja, no mínimo legal. A pena, contudo, foi majorada para 5 (**cinco**) anos (fl. 370), por ocasião do afastamento do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. O fundamento utilizado, dentre outros fatores, foi a quantidade de entorpecente, conforme excerto abaixo colacionado, **verbis**:

'No caso concreto, apurou-se que: a) Fernando estava desempregado (fls. 149) e, nada obstante, detinha considerável volume de substância ilícita para expor à venda (meio quilo de maconha); b) policiais militares receberam delação anônima vinculando o sentenciado ao nefando comércio de substâncias clandestinas - inferindo-se do entrelaçamento desses dados que, quando de sua prisão, o irrogado estava a exercer a mercancia ilícita como meio de vida, o que desautoriza, sem dúvida, aludida causa de diminuição. [...] (fl. 294).

Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa da quantidade de droga apreendida na terceira fase, o regime inicial adequado é **fechado**.

Por conseguinte, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois verifica-se, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal, a sua inviabilidade, haja vista o montante final da pena aplicada ultrapassar quatro anos de reclusão.

Assim, verifica-se que, neste ponto, o v. acórdão recorrido está em **consonância** com o entendimento firmado por este Tribunal Superior, razão pela qual, **nego provimento** ao recurso especial.

Fica prejudicada a análise do agravo em recurso especial" (fls. 498-502).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0314130-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.498.000 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 050080437451 50080437451 865/2008 86508 8652008 90576434520098260000
990.09.323569-2 990093235692

PAUTA: 01/12/2016

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FERNANDO MAILLET DEL POZZO
ADVOGADO : MÁRIO DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) - SP054325
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : FERNANDO MEILEET DEL POZZO
ADVOGADO : ADRIANO NUNES CARRAZZA E OUTRO(S) - SP107566
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : FERNANDO MAILLET DEL POZZO
ADVOGADO : MÁRIO DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) - SP054325
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.