

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.409.214 - SC (2013/0338928-0)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**RECORRENTE : GIOVANI SALVARO**  
**ADVOGADOS : FRANKLIN JOSÉ DE ASSIS E OUTRO(S) - SC027269**  
**SARAH FRANCINE SCHREINER - SC036509**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

## DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por GIOVANI SALVARO, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Colhe-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, em virtude da apreensão de duas porções de cocaína com peso de **15,9g (quinze gramas e 9 decigramas)** e **128,9g (cento e vinte e oito gramas e 9 decigramas)**, respectivamente (cfr. e-STJ fls. 242/250).

O Tribunal de origem negou provimento à apelação interposta pela defesa, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 364/365):

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINARES. PRETENDIDA A REALIZAÇÃO DE NOVO INTERROGATÓRIO APÓS A INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS, COM FUNDAMENTO NA LEI N. 11.719/08, QUE ALTEROU O ART. 400 DO CPP, PASSANDO O ATO PARA O FIM DA INSTRUÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. CORRETA A ADOÇÃO DO RITO ESPECIAL PREVISTO NA LEI N. 11.343/06. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PREJUDICIAL REJEITADA.

ALMEJADO O RECONHECIMENTO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PROCEDIMENTO QUE OBEDECEU AOS DITAMES PREVISTOS NA LEI N. 9.296/96. DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO COMPETENTE AOS CASOS REFERENTES AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, CUJO DELITO SE VISAVA APURAR. PRELIMINAR AFASTADA.

MÉRITO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). MATERIALIDADE COMPROVADA PELO LAUDO PERICIAL. AUTORIA INCONTESTE PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS E DE USUÁRIO, EM AMBAS AS FASES PROCEDIMENTAIS.

# Superior Tribunal de Justiça

DÚVIDA INICIAL A RESPEITO DE QUEM SERIA O VERDADEIRO FORNECEDOR DA DROGA ESCLARECIDA PELAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E PELOS RELATOS DO USUÁRIO. ABSOLVIÇÃO CALCADA NO PRINCÍPIO IN DÚBIO PRO REO IMPOSSÍVEL. DECISÃO CONDENATÓRIA MANTIDA.

PRETENDIDA A BENESSE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INFORMAÇÃO DE QUE O ACUSADO TRAFICAVA HÁ, PELO MENOS, DOIS MESES, NÃO PREENCHENDO UM DOS REQUISITOS DO ALUDIDO DISPOSITIVO. PEDIDO REJEITADO.

EXECUÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL. ALMEJADA MODALIDADE MAIS BRANDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE IMPÕEM O REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO.

SANÇÃO SUBSTITUTIVA QUE NÃO SE APRESENTA POSSÍVEL. QUANTUM DA PENA QUE ULTRAPASSA O PERMITIDO PARA A CONCESSÃO DE TAL BENESSE.

RESTITUIÇÃO DE BEM. VEÍCULO APREENDIDO NA POSSE DO RÉU, NO MOMENTO EM QUE FAZIA A ENTREGA DE ENTORPECENTE NO DOMICÍLIO DO USUÁRIO. AUTOMÓVEL QUE ERA UTILIZADO PARA O TRANSPORTE E ENTREGA DE DROGAS. REDAÇÃO DO ART. 63 DA LEI N. 11.343/06. PERDIMENTO MANTIDO. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, o recurso foi rejeitado (e-STJ fls. 405/410).

Daí o recurso especial, no qual se postula, em suma, a aplicação da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação do regime inicial semiaberto e a substituição da pena no caso de redução do *quantum*.

Contrarrazões às e-STJ fls. 530/534.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 553/558).

É o relatório.

Decido.

De início, quanto à pretensão de que a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 fosse aplicada em seu grau máximo, observo a inviabilidade de tal providência nesta via.

# Superior Tribunal de Justiça

Isso porque, no ponto, asseverou a Corte regional que (e-STJ fls. 375/377):

Razão não lhe assiste.

A aludida redutora impõe, como requisitos à sua concessão, que o agente "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

É bem verdade que o acusado é primário e sem antecedentes, conforme consta das certidões acostadas ao caderno processual (fls. 25 e 26), **porém foram carreados ao feito elementos contundentes no sentido de que o réu vinha se dedicando às atividades criminosas.**

[...]

Para comprovar que o recorrente se dedicava ao narcotráfico, o usuário - Renato Wendhausen Júnior-, na etapa investigativa, disse que:

[...] é usuário de entorpecentes há uns quatro anos; **Que na data de hoje telefonou para Giovani Salvaro, o qual é seu fornecedor de cocaína de quem compra drogas sempre: Que sempre que quer comprar drogas, telefona para Giovani e este se desloca até a casa do depoente** (fl. 12 - grifei).

**Em juízo, ao ser indagado sobre há quanto tempo vinha adquirindo entorpecentes do réu Giovani, embora não tenham conseguido delimitar o tempo exato, afirmou ser mais de 2 (dois) meses** (CD de gravação audiovisual acostado à fl. 155).

Da representação feita pelo Delegado de Polícia consta o seguinte relato: **"as conversas telefônicas interceptadas até agora, mostram que Giovani pratica intenso tráfico de drogas sintéticas, como se suspeitava" e "conforme foi investigado, Giovani vai com frequência aos apartamentos tanto de Renato quanto de Marcelo, que moram no mesmo edifício"** (fl. 86 - grifei).

A transcrição de gravação de áudio juntada aos autos também retrata o razoável período em que o acusado efetuava a venda de drogas (fls. 95- 96). Isso porque é possível aferir que o réu, 15 (quinze) dias antes de sua prisão, efetuou uma ligação para Renato, em que pede para este "arrumar" dinheiro, que posteriormente se descobriu ser dívida da compra de drogas.

**Além do mais, foram apreendidos em poder do apelante grande quantidade de drogas de alto poder lesivo - aproximadamente 145g (cento e quarenta e cinco gramas) de cocaína** (fls. 43-45).

Assim, como evidenciado que o réu não preenche um dos requisitos do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, mais especificamente o de não se dedicar a atividades criminosas, que, friso, são cumulativos, correta foi a não incidência do referido dispositivo.

*O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:*

***CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO.***

# *Superior Tribunal de Justiça*

**REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.**

**1. Embora a paciente seja tecnicamente primária e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a considerável quantidade de entorpecente apreendida, somada às circunstâncias do caso concreto, levaram a crer que se dedicaria a atividades delituosas ou integraria organização criminosa. (HC 199416/SP, rei. Min. Jorge Mussi, j. em 23.8.2011 - grifei).**

*No mesmo sentido, colho julgado desta Corte:*

**PLEITO PELO AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. VIABILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. RÉU QUE, EMBORA PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS, DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA QUE SE IMPÕE (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.096134-8, de Orleans, rei. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 28.2.2012).**

*E, desta Câmara Criminal:*

**TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INSURGÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART 33, § 4º DA LEI 11.343/06. CONFISSÃO E TESTEMUNHOS NO SENTIDO DE QUE O RÉU SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA ESPECIAL AFASTADA (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.082080-5, de Araranguá, rei. Des. Torres Marques, j. em 15.2.2011) – grifei.**

No ponto, tenho que a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal *a quo* é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmulas n. 7/STJ e 279/STF).

No mesmo sentido:

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REVISÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

**1. Não existe a possibilidade de sustentação oral nos julgamentos monocráticos de agravo em recurso especial.**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*2. A Corte de origem aplicou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no mínimo de 1/6, considerando as circunstâncias fáticas da causa. Entender de forma diversa exigiria, necessariamente, incursão na matéria fático-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.*

*Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 972.192/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016, grifei.)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MULA. DOSIMETRIA DA PENA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 APLICADO PELO TRIBUNAL A QUO NA FRAÇÃO DE 1/3. CONTRIBUIÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. A majoração da pena-base, considerando a quantidade (1.712 gramas) e a qualidade (cocaína) da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte.*

*2. O Supremo Tribunal Federal e este Superior Tribunal de Justiça possuem orientação no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de transportador ("mula"), integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Dessa forma, a incidência da minorante, na hipótese, já foi benéfica ao acusado.*

*3. A opção pela redução da pena na fração de 1/3 foi devidamente justificada no fato de o acusado ter contribuído com organização criminosa.*

*4. A escolha da fração de redução se mostra condizente com os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade e encontra justificativa nas peculiaridades da ação criminosa. Maiores considerações a respeito, para o fim de reduzir ou aumentar a fração da benesse encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.*

*5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.245.511/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 17/08/2016, grifei.)*

Quanto a regime inicial, o Tribunal de origem fixou o fechado com apoio na hediondez do delito e na quantidade de droga.

Todavia, considerou todas as circunstâncias judiciais favoráveis, mantendo a pena-base no mínimo legal, além de ter reconhecido a primariedade do

# Superior Tribunal de Justiça

recorrente (e-STJ fl. 375). Outrossim, a quantidade de entorpecentes apreendida na espécie, isoladamente, não tem pujança para justificar o agravamento do regime.

Conclui-se, portanto, que a Corte estadual, ao fixar o regime fechado, não indicou elementos concretos dos autos que efetivamente evidenciassem a adequação do regime inicial fechado.

Portanto, em observância ao art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, o recorrente faz *jus* ao regime semiaberto.

Finalmente, mantido o *quantum* de 5 anos de reclusão, não há falar em substituição da pena.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe parcial provimento** para estabelecer o regime inicial semiaberto para desconto da reprimenda.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator