



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.278 - RN (2011/0280367-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : SILVIU CRISTIAN SECHER (PRESO)
ADVOGADO : JOÃO FREITAS DE CASTRO CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Mostra-se devido o aumento da pena-base em razão da elevada quantidade de drogas apreendidas – 7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína –, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. As instâncias ordinárias entenderam devida a redução de pena em 1/6, decorrente da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, justificasse o porquê de tal conclusão ou evidenciasse a real impossibilidade de aplicação da fração máxima de redução de pena.

3. Embora seja certo que o juiz, ao reconhecer a presença dos quatro requisitos necessários ao reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, não esteja obrigado a aplicar o patamar máximo de redução de pena – já que possui plena discricionariedade para aplicar a redução no *quantum* que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado –, dúvidas não há de que a redução da reprimenda em percentual menor do que 2/3 deve ser concretamente fundamentada, o que não ocorreu.

4. A natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas – 7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína – evidenciam que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostra, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, uma medida socialmente recomendada, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. O direito de recorrer em liberdade foi negado pelas instâncias ordinárias em razão das peculiaridades do caso concreto (elevada quantidade de drogas apreendidas, alto grau de nocividade da substância entorpecente, ausência de vínculo com o distrito da culpa e ausência de modificação dos motivos determinantes da custódia cautelar), de modo que, havendo o recorrente sido preso em flagrante e permanecido custodiado durante toda a instrução processual, deve ser mantida a segregação preventiva.

6. Recurso especial parcialmente provido, a fim de aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do recorrente para 2 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.278 - RN (2011/0280367-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : SILVIU CRISTIAN SECHER (PRESO)

ADVOGADO : JOÃO FREITAS DE CASTRO CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

SILVIU CRISTIAN SECHER interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 5ª Região** (Apelação Criminal n. 2008.84.00.004431-4).

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

O recorrente alega violação dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que "a quantidade de drogas transportada (7,615 kg) não configura elemento desfavorável, porque se encontra dentro dos padrões normais para o caso de tráfico" (fl. 204).

Pondera que, nos casos em que o acusado figura como "mula" do tráfico de drogas, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas não devem ser valoradas para fins de exasperação da pena-base.

Aduz, ainda, negativa de vigência ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto, preenchidos todos os requisitos para o reconhecimento do benefício em questão, deve ser a reprimenda reduzida no patamar máximo de 2/3.

Na sequência, considera que foi violado o disposto no art. 44 do Código Penal, haja vista que foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, que é tecnicamente primário e que o delito praticado não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, de modo que deve ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por fim, argumenta que foram violados os arts. 310 e 312 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código de Processo Penal e que não está evidenciada nenhuma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, de modo que deve ser concedido o direito de recorrer em liberdade.

Requer o provimento do recurso, para que seja: a) reduzida a pena-base; b) aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3; c) determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; d) concedido o direito de recorrer em liberdade.

Contrarrazões às fls. 237-250.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.278 - RN (2011/0280367-3)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Mostra-se devido o aumento da pena-base em razão da elevada quantidade de drogas apreendidas – 7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína –, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. As instâncias ordinárias entenderam devida a redução de pena em 1/6, decorrente da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, justificasse o porquê de tal conclusão ou evidenciasse a real impossibilidade de aplicação da fração máxima de redução de pena.

3. Embora seja certo que o juiz, ao reconhecer a presença dos quatro requisitos necessários ao reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, não esteja obrigado a aplicar o patamar máximo de redução de pena – já que possui plena discricionariedade para aplicar a redução no *quantum* que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado –, dúvidas não há de que a redução da reprimenda em percentual menor do que 2/3 deve ser concretamente fundamentada, o que não ocorreu.

4. A natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas – 7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína – evidenciam que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostra, no caso, uma medida socialmente recomendada, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. O direito de recorrer em liberdade foi negado pelas instâncias ordinárias em razão das peculiaridades do caso concreto (elevada quantidade de drogas apreendidas, alto grau de nocividade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substância entorpecente, ausência de vínculo com o distrito da culpa e ausência de modificação dos motivos determinantes da custódia cautelar), de modo que, havendo o recorrente sido preso em flagrante e permanecido custodiado durante toda a instrução processual, deve ser mantida a segregação preventiva.

6. Recurso especial parcialmente provido, a fim de aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do recorrente para 2 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Segundo foi apurado, o acusado foi preso em flagrante quando tentava embarcar para Lisboa – Portugal, trazendo consigo, no interior de sua bagagem, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros no exterior, **7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformadas com a condenação, as partes recorreram. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para aumentar a pena-base do acusado, e negou provimento à apelação da defesa. Por conseguinte, a reprimenda do recorrente ficou estabelecida em **6 anos e 6 meses de reclusão, mais multa**.

II. A pena-base do crime de tráfico de drogas

No que tange à pretendida redução da pena-base imposta em relação ao delito de **tráfico de drogas**, cumpre salientar que a fixação da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, verifico que o Juiz sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal. No entanto, a Corte de origem deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, a fim de elevar a reprimenda-base para **7 anos de reclusão**, consoante a seguir descrito (fl. 182, destaquei):

Feito este intróito, divisa que o juízo monocrático passou ao largo do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ao fixar a pena-base no mínimo legal, ou seja, em tão-somente 05 (cinco) anos, desprezando, assim, o importante fato de **as circunstâncias do crime não favorecerem o agente, tendo em vista a vultosa quantidade do entorpecente apreendido e seus futuros e deletérios efeitos, cerca de 7,615 kg (sete quilos e seiscentos e quinze gramas)**, apesar de haver mencionado no corpo do texto dosimétrico, sem, contudo, promover o necessário acréscimo na penação.

Diga-se o mesmo quanto à análise da **culpabilidade** do agente, circunstância, como antes aludida, prevista no art. 59 do CP e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também, quanto à personalidade do réu, esta também prevista no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que, igualmente, em nada influenciaram no aumento da pena base, apesar de os elementos reunidos nos autos revelarem, nitidamente, alto grau de reprovabilidade da conduta (censura), traduzida em negativa de comportamento conforme o Direito, quando poderia, voluntariamente, ser concorde com o ordenamento jurídico, e personalidade afeita à criminalidade, o inclusive com sugestão de especial periculosidade, **como evidencia o singular *modus operandi* empreendido pelo agente em empreitada criminosa de natureza internacional, sendo encontrado em seu poder, quando da prisão em flagrante delito, 08 (oito) chips de aparelhos telefônicos celulares (um da Holanda, dois da Espanha, um do Brasil e os demais da Romênia [...]).**

Pelas razões anteriormente elencadas, deve a pena-base (1ª fase) ser modificada, do seu mínimo legal (cinco anos) anteriormente fixado na sentença, para 07 (sete) anos de reclusão.

Do trecho anteriormente transcrito, verifico que a Corte regional considerou desfavoráveis ao recorrente **a culpabilidade e as circunstâncias do crime.**

Quanto à **culpabilidade**, o Tribunal de origem destacou "o **singular *modus operandi*** empreendido pelo agente em empreitada criminosa de natureza internacional, sendo encontrado em seu poder, quando da prisão em flagrante delito, 08 (oito) *chips* de aparelhos telefônicos celulares (um da Holanda, dois da Espanha, um do Brasil e os demais da Romênia)" (fl. 182).

Assim, considero que foi **concretamente** fundamentada a análise desfavorável da culpabilidade, com base no *modus operandi* empregado no cometimento do delito e em **particularidades** que dizem respeito especificamente ao crime de tráfico de drogas perpetrado pelo recorrente, de modo que não deve ser feito nenhum ajuste na reprimenda nesse ponto.

Ainda, a Corte regional considerou que "as circunstâncias do crime não favorecerem o agente, tendo em vista a **vultosa quantidade** do entorpecente apreendido e seus futuros e deletérios efeitos, **cerca de 7,615 kg (sete quilos e seiscentos e quinze gramas)**" (fl. 182), o que evidencia que atuou em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza 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 a conduta social do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente".

Portanto, considero irretocável o aumento efetivado na pena-base, de modo que fica afastada a alegada violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

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

O Tribunal de origem fundamentou a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no **patamar de 1/6**, nos seguintes termos (fl. 183):

No patamar de 1/6 (um sexto), deve ser considerada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, à mingua de comprovação efetiva, pelo órgão acusador, que infirme, de forma extreme de dúvidas, a condição do apelante de possuidor de primariedade, bons antecedentes e de não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organizações do gênero.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Assim, observa-se que o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse sentido, tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.**

A propósito, confira-se o seguinte julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.429.866/MT, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 1º/6/2015).

No caso, verifico que as instâncias ordinárias entenderam devida a incidência do redutor de 1/6, **sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos** que, efetivamente, justificasse o porquê de tal conclusão ou evidenciasse a real impossibilidade de aplicação da fração máxima de redução de pena.

Embora seja certo que o juiz, ao reconhecer a presença dos quatro requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão, não esteja obriga a aplicar o patamar máximo de redução de pena – já que possui plena discricionariedade para aplicar a redução no *quantum* que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado –, dúvidas não há de que **a redução da pena em percentual menor do que 2/3 deve ser concretamente fundamentada, o que não ocorreu na espécie.**

Dessa forma, entendo configurada a apontada violação legal, de modo que deve ser provido o recurso nesse ponto, a fim de aplicar a **redução máxima de 2/3 de diminuição de pena**, relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Registro que essa mesma solução foi adotada por este Superior Tribunal em situações idênticas. A propósito, confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. O condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quais sejam, ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

4. Esta Corte de Justiça tem entendido que, ausente qualquer justificativa, a minorante pelo reconhecimento do tráfico privilegiado deve ser aplicada em seu patamar máximo. In casu, o magistrado entendeu pela incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Entretanto, optou pela menor redução (1/6) sem justificar a escolha de tal patamar, situação mantida pela Corte de origem.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a minorante do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 e determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais verifique o preenchimento dos requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

(HC n. 283.935/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 20/4/2015)

Ainda sobre a questão, menciono o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, em que, **à ausência de fundamentação para a redução da pena em seu patamar mínimo, também se determinou a diminuição da reprimenda no quantum de 2/3:**

Na terceira fase de aplicação da pena, o juízo de primeiro grau reduziu a reprimenda em seu patamar mínimo (um sexto), sem qualquer fundamentação, razão pela qual se deve aplicar a causa de diminuição em seu patamar máximo (dois terços). 4. Não competia ao Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de habeas corpus da defesa, complementar a sentença para acrescentar fundamento novo, não utilizado pelo juízo de primeiro grau, a fim de justificar a menor diminuição da pena. (HC n. 114.297/AC, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2ª T., DJe 7/12/2012).

Também no HC n. 108.509/RS, de relatoria do Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ricardo Lewandowski, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já determinou a incidência da fração de 2/3, à ausência de fundamentação concreta para a aplicação de diminuição de pena em patamar inferior ao máximo (DJe 15/2/2012).

IV. Nova dosimetria

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena, verifico que a reprimenda-base do recorrente foi estabelecida em **7 anos de reclusão**.

Na segunda fase, reduzo a pena em **6 meses**, tal como efetivado pela Corte de origem (fl. 183), em decorrência da atenuante da confissão espontânea.

Na terceira etapa, elevo a sanção em **1/6**, tal como procedido pela Corte regional, em razão da majorante prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 184) e, na sequência, diminuo a reprimenda em **2/3**, em decorrência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, **de modo que fica a reprimenda do recorrente definitivamente estabelecida em 2 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão**.

Quanto à sanção pecuniária, verifico que a Corte regional não a individualizou em cada etapa da dosimetria; na verdade, fixou-a em uma única etapa dosimétrica, no patamar de 500 dias-multa (fl. 184).

Contudo, em razão do provimento deste recurso para aplicar em 2/3 a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, entendo que deve ser reduzida também a sanção pecuniária.

Na primeira fase, fica a pena pecuniária estabelecida no mínimo legal, portanto em 500 dias-multa. Na segunda etapa, encontra-se presente a atenuante da confissão espontânea, a qual, no entanto, não possui o condão de reduzir a pena aquém do mínimo abstratamente previsto em lei, consoante o enunciado na Súmula n. 231 do STJ. Na terceira fase, aumento a reprimenda em 1/6, pela majorante relativa à transnacionalidade do crime, e, na sequência, diminuo em 2/3, em decorrência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tornando-a definitiva em **195 dias-multa**.

V. Substituição da pena

O Tribunal de origem entendeu indevida a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos (fls. 186-187):

[...] Resta bem evidenciado o não atendimento, pelo apelante, dos requisitos elencados no inciso III do art. 44 do Código Penal, notadamente em razão de as circunstâncias do delito serem desfavoráveis ao apenado, haja vista a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida, em torno de 7,615 kg (sete quilos e seiscentos e quinze gramas).

Tal fundamentação ora utilizada para negativa da substituição da pena privativa de liberdade para restritivas de direito, deve ser adicionada à prudente justificativa esgrimida pelo magistrado *a quo*, ao rechaçar o pleito do réu quanto à sua possibilidade de aviar recursos em liberdade, dada a persistência dos requisitos de decretação da prisão preventiva [...]

No caso, verifico que o Tribunal de origem fundamentou, **concretamente**, a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base no art. 44 do Código Penal, havendo salientado "a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida, em torno de 7,615 kg (sete quilos e seiscentos e quinze gramas)" (fl. 186), de modo que não identifico a alegada violação legal nesse ponto.

Registro que o recorrente foi preso em flagrante quando tentava embarcar para Lisboa – Portugal, trazendo consigo, no interior de sua bagagem, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros no exterior, **7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de modo que, **em razão da natureza e da elevada quantidade de drogas apreendidas**, entendo que a substituição da pena não se mostra, no caso, uma medida socialmente recomendada, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

VI. Direito de recorrer em liberdade

A Corte regional negou ao recorrente o direito de recorrer em liberdade sob os seguintes fundamentos (fls. 186-187):

Pois bem. Resta evidenciado o não atendimento, pelo apelante, dos requisitos elencados no inciso III do art. 44 do Código Penal, notadamente em razão de as circunstâncias do delito serem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis ao apenado, haja vista a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida, em torno de 7,615 kg (sete quilos e seiscentos e quinze gramas).

Tal fundamentação ora utilizada para negativa da substituição da pena privativa de liberdade para restritivas de direito, deve ser adicionada à prudente justificativa esgrimida pelo magistrado *a quo*, ao rechaçar o pleito do réu quanto à sua possibilidade de aviar recursos em liberdade, dada a persistência dos requisitos de decretação da prisão preventiva, *verbis*:

"Determino a permanência do acusado na prisão, por vislumbrar ainda subsistentes as razões que levaram à decretação da prisão cautelar, ffs. 17/22, entre os quais merece relevo o requisito da garantia da aplicação da lei penal, uma vez que subsistem, agora com mais razões ainda, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva. Note-se que não possui, sequer, residência nesta cidade. E estrangeiro e estava, apenas, de passagem."

Relembro, por oportuno, que o recorrente foi preso em flagrante quando tentava embarcar para Lisboa – Portugal, trazendo consigo, no interior de sua bagagem, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros no exterior, **7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína**, sem possuir vínculos com o distrito da culpa.

Verifico, assim, que o direito de recorrer em liberdade foi negado pelas instâncias ordinárias em razão das **peculiaridades do caso concreto** (elevada quantidade de drogas apreendidas, alto grau de nocividade da substância entorpecente, ausência de vínculo com o distrito da culpa e ausência de modificação dos motivos determinantes da custódia cautelar).

Com efeito, o recorrente foi preso em flagrante e permaneceu custodiado durante toda a instrução processual, sem que fossem apresentados, nas razões do recurso especial, argumentos novos que evidenciassem qualquer modificação nos motivos ensejadores da sua segregação preventiva.

Assim, "a orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se ainda presentes os motivos para a segregação preventiva" (HC n. 329.547/RS, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 18/12/2015).

No mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Restando fundamentada concretamente a prisão preventiva e permanecendo presentes os seus motivos, tendo o paciente respondido ao processo preso, não há lógica na concessão da liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

[...]

(RHC n. 58.904/PE, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 22/10/2015)

[...]

Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto do delito, cifrada na natureza e na significativa quantidade de entorpecentes apreendidos (31 pedras de "crack", e sementes de maconha), e, posteriormente, mantido por ocasião da prolação de sentença condenatória, o que, aliado ao fato de terem os réus permanecido presos ao longo de toda a instrução, constitui, na espécie, fundamento idôneo para a manutenção da medida extrema.

[...]

(HC n. 329.236/MA, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 8/9/2015)

[...]

Conforme numerosos precedentes desta Corte (RHC 46.502/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 19/12/2014; RHC 37.801/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 13/10/2014) e do Supremo Tribunal Federal, "não há sentido lógico permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, possa aguardar o julgamento da apelação em liberdade" (HC 122.104, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/05/2014, (RHC 117.802, Segunda Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014).

[...]

(HC n. 317.784/MG, Rel. Ministro **Newton Trisotto** (Desembargador Convocado do TJ/SC), 5ª T., DJe 19/5/2015)

Assim, em consonância com a jurisprudência colacionada, não há negativa de vigência aos arts. 310 e 312 do Código de Processo Penal.

VII. Dispositivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, **dou parcial provimento ao recurso especial**, a fim de aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do recorrente para **2 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0280367-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.294.278 / RN

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200884000044314 201103805122

PAUTA: 16/02/2016

JULGADO: 16/02/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SILVIU CRISTIAN SECHER (PRESO)

ADVOGADO : JOÃO FREITAS DE CASTRO CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

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 maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.