



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.939 - PE (2010/0221267-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO
ADVOGADO : JOAO VIEIRA NETO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JAILSON ADAUTO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : IVANILDO FREIRA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ALTIERES FERNANDO ALVES BISPO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO EM RAZÃO DE FÉRIAS DO MAGISTRADO TITULAR. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 2. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 3. RÉUS PRESOS CAUTELARMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. 4. ORDEM DENEGADA.

1. A nova redação - dada pela Lei n.º 11.719/2008 - do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, introduziu no sistema processual penal o princípio da identidade física do juiz. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido dispositivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o art. 132 do Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente.

2. No caso, o Tribunal de Justiça de Pernambuco enfatizou que o juiz titular se encontrava, no momento em que proferida a sentença condenatória, em gozo de férias, afastado de suas atividades. Tal a situação, apresenta-se legal a decisão que condenou os pacientes pela conduta descrita no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006.

3. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, pois, persistindo os motivos que a ensejaram, a manutenção na prisão constitui um dos efeitos da respectiva condenação.

4. Na espécie, os réus permaneceram custodiados durante toda a instrução criminal. Com o grupo foram apreendidos 5,219 Kg de cocaína e R\$ 3.723,00 (três mil setecentos e vinte e três reais). Dessa forma, não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da custódia pela sentença condenatória, pois permanecem hígidos os motivos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.939 - PE (2010/0221267-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Jailson Adauto dos Santos, Ivanildo Freira da Silva e Altieres Fernando Alves Bispo, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Narra a impetração que os pacientes - denunciados pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006 - foram condenados, respectivamente, às penas de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e 07 (sete) anos de reclusão, a serem cumpridas inicialmente no regime fechado.

Irresignada, impetrou a defesa **habeas corpus** no Tribunal de Justiça de Pernambuco. Na oportunidade, buscou a nulidade da sentença condenatória, bem assim o direito de os pacientes permanecerem em liberdade até o julgamento do recurso de apelação.

A Quarta Câmara Criminal denegou a ordem, e o acórdão recebeu a seguinte ementa (fls. 262/270):

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO ACOLHIMENTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PACIENTES PRESOS DURANTE TODA A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. EFEITO DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. MANUTENÇÃO DAS CUSTÓDIAS FUNDAMENTADAS. ORDEM DENEGADA. UNANIMIDADE.

1. Não há como considerar nula a sentença, tendo em vista que observados os dispositivos legais pertinentes. As apontadas ilegalidades não encontram respaldo nos fólios, tendo em vista as informações pontuais da autoridade impetrada. Também não podem ser consideradas quando os impetrantes não indicaram o prejuízo sofrido pelos pacientes.

2. Relativamente à tese de desobediência a princípio consolidado no art. 399, § 2º do CPP, não há como prosperar. In casu, a regra da identidade física do juiz deve ser destacada pela hipótese de licença do magistrado, que se encontrava em gozo de férias, de acordo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com regra contida no art. 132 do CPC e aplicada subsidiariamente.

3. Não constitui constrangimento ilegal a negativa do direito de apelar em liberdade quando os pacientes permaneceram presos durante toda a instrução criminal. Precedentes do STF e do STJ.

4. Habeas Corpus denegado, por unanimidade.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante a ilegalidade da sentença condenatória por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, nos termos do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal. Argumenta que o juiz que proferiu a sentença condenatória foi diverso daquele que presidiu a instrução criminal.

Sublinha, também, que foi expedida carta precatória para oitiva de testemunha, sem a devida intimação da defesa, o que contraria os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Assevera, ainda, que a falta de intimação é causa de nulidade absoluta, sendo certo o prejuízo, pois os pacientes "poderiam se fazer presentes na sede da comarca diversa para esclarecer pontos pertinentes de sua vida, conduta, relação empregatícia, retirando o misticismo da figura acusatória" (fl. 08).

Por fim, pondera que estão ausentes os requisitos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal. Ressalta que os pacientes são tecnicamente primários, possuem residência fixa e empregos lícitos.

Diante disso, requer, em tema liminar e no mérito, seja anulada a sentença penal condenatória, bem assim possam os pacientes permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal.

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 281).

Prestadas as informações (fls. 287/341), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (fls. 347/356).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 191.939 - PE (2010/0221267-0)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Segundo o acórdão estadual, foram encaminhadas ao Tribunal de Justiça três questões, a primeira delas sobre o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, a respeito da qual assim se pronunciou o Desembargador Relator do **habeas corpus**:

A despeito das inovações trazidas pela Lei n.º 11.719/2008, o entendimento que vem se firmando é o de que a regra encerrada pelo art. 399, § 2º, do CPP, não é absoluta, assim como se aplica no processo civil que admite exceções, a exemplo do que dispõe o art. 132, verbis:

[...]

Aplicando, pois, a interpretação analógica (artigo 3º do CPP), com base no artigo 132 do CPC, o princípio da identidade física do juiz não será de observância obrigatória quando o juiz que presidiu a instrução criminal tiver sido convocado, licenciado, afastado, promovido ou aposentado. In casu, verifica-se que o juiz titular se encontrava em gozo de férias, afastado de suas atividades.

Ora, não há, pois, qualquer inconveniente com este mister. O princípio em destaque não deve se sobrepor de modo desproporcional, aos demais princípios e regras constitucionais e processuais, a exemplo dos princípios do juiz natural, da duração razoável do processo, do devido legal e da competência.

Ademais, da leitura dos fólios e, no tocante às demais alegações, observo que os pacientes não sofreram qualquer prejuízo, motivo pelo qual, não vislumbro inobservância a dispositivo legal que enseje a nulidade da combatida decisão.

O Código de Processo Penal, por força da Lei n.º 11.719/2008, passou a incorporar a regra da identidade física do juiz, que determina que aquele que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. A acolhida pelo sistema processual penal de tal princípio foi medida acertada, já que a coleta pessoal da prova, sabemos todos, é de grande significado para a formação do convencimento judicial. Há, na espécie, e aí residiria a alegada nulidade, sentença condenatória proferida por juiz diverso daquele que presidiu a instrução. Acontece que o Tribunal de Justiça de Pernambuco enfatizou que o juiz titular se encontrava, no momento em que proferida a sentença condenatória, em gozo de férias, afastado de suas atividades.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo que a nova legislação - Lei n.º 11.719/08 - limitou-se a consignar que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Mas o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o art. 132 do Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente ao Código de Processo Penal, na forma do permissivo previsto em seu art. 3º. Além disso, haverá casos em que será preciso recorrer à regra de substituição para o fim de dar implemento à celeridade processual trazida para os novos ritos processuais penais.

Sobre o tema, Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que:

Pensamos que o citado art. 132 do CPC não só pode, como deve, ser aplicado subsidiariamente. Primeiro, porque o CPP não proíbe a aplicação de legislação de outra espécie processual. Em segundo lugar, porque haverá hipóteses em que será preciso recorrer a uma regra de substituição. Exemplo: quando em férias o magistrado, deve-se aguardar o seu retorno para o julgamento da ação penal? E se houver réu preso? Em terceiro lugar, e por fim, as regras de substituição do Código de Processo Civil (art. 132) visam resguardar o regular andamento processual, apontando situações concretas nas quais o afastamento do juiz da instrução, além de fundamentado em Lei, implicaria, a) ou a impossibilidade de seu retorno para julgamento do feito (hipótese de promoção para à segunda instância, por exemplo); b) ou o retrocesso na marcha processual, em prejuízo de todos (caso do licenciamento prolongado); c) ou, o que seria sem solução, a impossibilidade do próprio julgamento, o que ocorreria nos casos de aposentadoria do juiz.

Mais. Embora expressamente revogado o disposto no art. 502 do CPP (art. 3º, Lei n.º 11.719/08), parece-me possível a repetição de determinada prova e não só o interrogatório, para o qual há regra expressa (art. 196, CPP), nas hipóteses excepcionais de afastamento legal do princípio da identidade física. É o que o 'livre convencimento motivado' há de autorizar o esclarecimento de dúvidas por parte do juiz que não tenha participado da instrução, sobretudo quanto a tanto instado pelas partes. Por outro lado, há de ser vedada, em linha de princípio, a reabertura integral da instrução, não só porque a prova já produzida integra o direito (à prova) das partes, cuja eventual alteração lhes traria prejuízo, como também para que o processo não ultrapasse os limites razoáveis de instrução (Curso de Processo Penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 467).

Tais as circunstâncias, apresenta-se legal a decisão que, ao final, condenou os pacientes pela conduta descrita no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

A - HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. DECISÃO DE PRONÚNCIA PROLATADA POR JUIZ SUBSTITUTO, EM RAZÃO DE FÉRIAS DA MAGISTRADA TITULAR. AUSÊNCIA DE VÍCIO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, deve ser analisado, conforme a recente jurisprudência da Quinta Turma deste Superior Tribunal, à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil.

2. O fato de o juiz substituto ter sido designado para atuar na Vara do Tribunal do Júri, em razão de férias da juíza titular, realizando o interrogatório do réu e proferindo a decisão de pronúncia, não apresenta qualquer vício apto a ensejar a nulidade do feito.

3. Habeas corpus denegado. (HC 161.881/RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 01/06/2011.)

B - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/07. VEDAÇÃO EXPRESSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA

I. A inovação processual promovida pela Lei n.º 11.719/2008, que inseriu o princípio da identidade física do juiz no processo penal brasileiro, não comporta disposição com caráter absoluto, admitindo exceções.

II. Na hipótese, não se vislumbra qualquer irregularidade, a ensejar o reconhecimento da nulidade apontada, no que se refere à prolação de sentença condenatória por magistrada que não presidiu a instrução criminal, conclusão externada por interpretação sistemática do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, em consonância com o art. 132 do Código de Processo Civil, tendo em vista que não logrou demonstrar que não se trata de caso de aplicação do dispositivo do CPC.

III. A Lei n.º 11.343/2006 veda a concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas e condutas afins.

IV. Em que pese o STF, nos autos do RE n.º 601.384/RS, ter se manifestado pela existência de repercussão geral, a constitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 ainda não foi dirimida, devendo prevalecer o entendimento consolidado no âmbito desta Quinta Turma até o julgamento final da matéria pelo Pretório Excelso. (Precedentes).

V. Diante do referido óbice legal à concessão da liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória aos agentes presos em flagrante pela prática de tráfico de drogas, não há que se falar em análise do caso concreto, tampouco em circunstâncias pessoais favoráveis à obtenção da benesse.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC 200.800/GO, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 01/07/2011.)

C - HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART. 399, § 2º, DO CPP. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE NÃO SE TRATA DE HIPÓTESE DE EXCEÇÃO AO MENCIONADO PRIMADO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. De acordo com o princípio da identidade física do juiz, que passou a ser aplicado também no âmbito do processo penal após o advento da Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá proferir a sentença no feito, nos termos do § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal.

2. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido princípio, nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, por analogia - permitida pelo art. 3º da Lei Adjetiva Penal -, deverá ser aplicado subsidiariamente o contido no art. 132 do Código de Processo Civil, que dispõe que os autos passarão ao sucessor do magistrado (Precedentes STJ).

3. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

4. No caso em apreço, não obstante já estivesse em vigor o § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal quando da prolação da sentença, não há qualquer informação nos autos do motivo pelo qual o édito repressivo foi exarado pela Juíza Substituta Rosaura Marques Borba e não pelo magistrado que presidiu a instrução do processo, qual seja, Joni Victória Simões, razão pela qual não há como se aferir se o presente caso enquadra-se nas exceções ao princípio da identidade física do juiz preconizadas no art. 132 do Código de Processo Civil a ensejar ou não o reconhecimento da aventada nulidade da decisão condenatória.

APELAÇÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO. NULIDADE. ADOÇÃO DO PARECER EXARADO PELO PARQUET COMO RAZÕES DE DECIDIR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a adoção no acórdão como razão de decidir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da manifestação do representante do parquet que atua perante o segundo grau de jurisdição, por si só, não se constitui em nulidade do decisum. Precedentes.

2. Evidenciado que a manifestação ministerial, no exercício da sua função de custos legis, confrontou as teses defensivas com as provas produzidas no âmbito do devido processo legal, não se tratando de fundamentação teratológica, afasta-se o alegado constrangimento ilegal.

3. Ordem denegada. (HC 133.407/RS, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 25/04/2011.)

D - PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO V, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TESE NÃO APRESENTADA PERANTE A AUTORIDADE COATORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

I - Tendo em vista que o pedido de reconhecimento do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação não foi sequer apresentado perante a autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - Segundo o Princípio da Identidade Física do Juiz, previsto no art. 399, § 2º, do CPP (modificação trazida pela Lei nº 11.719/08), o Magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito.

III - No entanto, em razão da ausência de regras específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no art. 132 do CPC, segundo o qual no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do Magistrado.

IV - 'A adoção do princípio da identidade física do Juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei.' (CC 99023/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 28/08/2009).

V - Ademais, no sistema das nulidades pátrio, somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos (Precedentes).

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (HC 163.425/RO, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 06/09/2010.)

Alega o impetrante, ainda, que foi expedida carta precatória para oitiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunha, sem a devida intimação da defesa, o que contraria os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Assevera que a falta de intimação é causa de nulidade absoluta, sendo certo o prejuízo, pois os pacientes "poderiam se fazer presentes na sede da comarca diversa para esclarecer pontos pertinentes de sua vida, conduta, relação empregatícia, retirando o misticismo da figura acusatória" (fl. 08).

No processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

A formalidade há de ceder à substância, havendo esta de prevalecer se e quando em confronto com aquela. Ora, as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador não deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando atingido seu objetivo. Nessa linha, colhe-se da própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, numa passagem, "que o processo penal é aliviado dos excessos de formalismo"; e noutra, que "o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série de nulidades processuais".

De acordo com as informações prestadas pelo Desembargador Gustavo Augusto Lima, a defesa teve acesso a todos os atos do processo, conhecendo inclusive o teor dos depoimentos das testemunhas, colhidos por meio de carta precatória, como também da não localização de Aldes Nunes de Lima (fl. 268). Em suma, os advogados manusearam os autos antes das audiências designadas pelo Juízo deprecado. E concluiu o Juízo Singular "que as testemunhas deprecadas não presenciaram os fatos descritos na denúncia" (fl. 326). Dessa forma, conhecendo a defesa o teor dos depoimentos prestados no juízo deprecado e limitando-se as testemunhas a atestar a boa conduta social dos réus, imperioso concluir que, a ausência de intimação da expedição da carta precatória não configurou cerceamento ou prejuízo à defesa, como pretende o impetrante.

Nesse sentido, cito, entre outros, os seguintes precedentes:

A - HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL MAIS BENIGNA. EMPREGO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO PACIENTE NÃO TER SIDO INTIMADO EM TEMPO HÁBIL PARA CONSTITUIR ADVOGADO ANTES DO CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULA 155, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO FULMINADA PELO FENÔMENO DA PRECLUSÃO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO COMPARECIMENTO DO ACUSADO. APLICAÇÃO DO ART. 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TESE DE NULIDADE, POR FALTA DE MOTIVAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE, PELO NÃO ENFRENTAMENTO DAS TESES DE DEFESA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCORRÊNCIA.

1. Conforme entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula n.º 155), a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, que depende, para ser declarada, da demonstração de efetivo prejuízo.

2. Se a total ausência de intimação do advogado da expedição de carta precatória para inquirição de testemunha não é nulidade absoluta, com maior razão a nulidade apontada constitui nulidade relativa.

3. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio **pas de nullité sans grief**.

4. O art. 366, do Código de Processo penal confere ao Juiz condutor do feito, no caso de não ser conhecido o paradeiro do acusado, após a sua citação por edital, a possibilidade de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes.

5. Não se presta como fundamentação apenas a mera referência ao artigo de lei que prevê a antecipação da produção de provas. O Magistrado deve declinar os motivos que, no caso concreto, demonstrem a necessidade da medida urgente, o que, entretanto, ocorreu no caso dos autos.

6. Depreende-se da sentença condenatória e do acórdão proferido pela Corte a quo que todas as teses defensivas foram, ao contrário do alegado na impetração, rechaçadas, direta ou indiretamente.

7. Embora seja necessário apreciar as teses ventiladas pela defesa, torna-se desnecessária a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário porém suficiente para embasar o julgado.

8. O disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 somente é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicável aos delitos cometidos sob a vigência da antiga Lei de Drogas se, após efetuada a redução sobre a pena cominada no caput do art. 33, a nova legislação mostrar-se mais benéfica ao acusado. Precedente da Terceira Seção.

9. Uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo.

10. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - 55 gramas de maconha – milita em desfavor do Paciente. Assim, considerando o fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, faz jus o Paciente ao grau intermediário de redução, qual seja (1/2).

11. Ordem parcialmente concedida tão-somente no que diz respeito à dosimetria da pena, redimensionando a reprimenda do Paciente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantido os demais termos da condenação. (HC 105/956/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 7/2/2011.)

B - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA. PROCESSUAL PENAL. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RELATIVA. ENUNCIADO N.º 155 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRETENSE NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A AUDIÊNCIA DE INQUIRIRIÇÃO DE UMA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO E ALEGADA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA DOS RECORRENTES PARA O ATO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO.

1. É consolidado o entendimento da Suprema Corte no sentido de que a ausência de intimação da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas constitui nulidade relativa, nos termos do verbete sumular n.º 155, que depende, para ser declarada, de demonstração de efetivo prejuízo, o que não se constatou na hipótese sub examine, até porque foi nomeado defensor dativo aos acusados. Precedentes.

2. Conforme o enunciado n.º 523 da Súmula do Excelso Pretório, 'No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.'

3. O reconhecimento da nulidade do depoimento, em juízo, da testemunha de acusação Lourival Alois Schereiner, não teria o condão de, por si só, ensejar a absolvição dos ora Recorrentes, já que a sentença condenatória se amparou também em outras provas produzidas nos autos.

4. 'Se a expedição de carta precatória não suspende o curso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo e, conseqüentemente, a instrução criminal (CPP, art. 222, § 1º), a designação de audiência para inquirição das testemunhas arroladas pela Defesa, antes do retorno da deprecata, não implica em nulidade, tanto mais se não demonstrado qualquer prejuízo resultante do ato.' (HC 12.579/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 28/08/2000.) Precedentes.

5. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

6. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

7. Na hipótese, foram indevidamente consideradas, como desfavoráveis ao acusado SAMUEL, as circunstâncias judiciais da culpabilidade, do motivo, das circunstâncias e das consequências do crime, com base em questões inerentes ao tipo penal. Ademais, quanto à personalidade delitiva, o julgador, utilizando-se de envolvimento penais pretéritos dos agentes, novamente, de forma imprópria, majorou a pena-base.

8. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, possui caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, sendo irrelevante que a confissão seja incompleta. Precedentes.

9. Recurso parcialmente provido. (RHC 24.914/GO, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 1/2/2011.)

Há, ainda, outra questão: a ausência de fundamentação da prisão cautelar. Mas, a seu respeito, adotou-se na origem, a melhor das orientações, a saber (fls. 321/326):

Aos condenados, não será admitido o recurso em liberdade.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento (HC 72732/BA) no sentido de que não tem direito de apelar em liberdade o acusado que permaneceu preso durante a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia é ilegal.

Ademais, o art. 311 do Código de Processo Penal autoriza ao Juiz, mesmo de ofício, decretar a prisão preventiva, em qualquer fase do inquérito ou do processo.

O tráfico de drogas se enquadra no conceito de crime permanente, com risco constante para as vítimas imediatas, que são os usuários, clientes da mercancia ilícita, e a sociedade, vítima mediata. E isso constitui razão suficiente para a prisão preventiva de todo aquele que se dedica a essa atividade, o que se justifica para a garantia da ordem pública.

Deve-se por em relevo que é dever de qualquer pessoa, e com muito mais razão das autoridades, colaborar a prevenção e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de drogas, regra que foi estabelecida em todas as legislações de combate ao tráfico de drogas, e isso se enquadra no conceito de ordem pública.

Sobre o tema Guilherme de Souza Nucci leciona que:

[...]

Acrescente-se que a garantia da ordem pública se justifica principalmente para a prevenção de novos crimes e que o tráfico de drogas é o exemplo mais marcante, não só por imposição legal (art. 1º da Lei 11.343/06) como também pela experiência social.

Saliente-se que a garantia da ordem pública visa, entre outros motivos, a evitar a reiteração delitiva, resguardando, assim, a sociedade de maiores danos.

Diante da gravidade do delito de tráfico de drogas, perfeitamente cabível a manutenção da prisão dos agentes para resguardar a sociedade de outro crime dessa natureza, como garantia da ordem pública e como resposta à prestação jurisdicional.

O apelo em liberdade seria bastante para abalar a ordem pública, diminuindo a credibilidade da justiça e estimulando a prática de condutas similares por parte de outros indivíduos.

De especial relevo, entretanto, e que evidencia, ainda mais, a periculosidade em concreto, é a indicação de que com o grupo foram apreendidos 5,219 Kg (cinco quilos e duzentas e dezenove gramas) de cocaína e R\$ 3.723,00 (três mil setecentos e vinte e três reais), bem assim a informação fornecida pela autoridade policial de que os pacientes movimentavam-se entre diversos Estados da Federação e de que "a droga viria de São Paulo e seria distribuída na cidade de Recife e no interior do Estado" (fl. 149).

Cuida-se, como se vê, de fundamentação amparada em fatos concretos, e não apenas na gravidade abstrata do delito, expondo-se o modo de execução do crime, apto a revelar, nas circunstâncias do caso, a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública. Dessa forma, mostra-se intangível a realidade indiciária cognitiva decorrente da prisão em flagrante e preservada pela sentença condenatória, sendo certo que a própria mecânica delitiva empregada pelos pacientes expressa ofensa à ordem pública, que deve ser resguardada, não se vislumbrando o constrangimento ilegal alegado, mormente porque esta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que o paciente que permanece custodiado durante toda a instrução criminal deve assim permanecer, como um dos consectários lógicos e necessários da condenação.

Nesse sentido:

A - PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELO EM LIBERDADE. RÉUS PRESOS DESDE O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FLAGRANTE E DURANTE TODA A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. EFEITO DA CONDENAÇÃO. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. SÚMULA N.º 09/STJ. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI 11.343/07. RECURSO PROVIDO.

A manutenção da prisão dos réus que, presos em flagrante, permaneceram encarcerados durante toda a instrução do processo, constitui-se em um dos efeitos da respectiva condenação.

A custódia provisória para recorrer não ofende a garantia da presunção da inocência (Súmula n.º 09/STJ) III. Considerando-se a validade da proibição prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 no que se refere à concessão de liberdade provisória, conclui-se também pela vedação ao apelo em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória. Precedentes.

IV. Recurso provido. (REsp nº 1215074/MT, Relator Ministro GILSON DIPP, DJe 27/05/2011.)

B - HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA EM 11.02.2009. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PENA TOTAL: 7 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA. ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO, CORROBORADAS POR AMPLA INVESTIGAÇÃO POLICIAL, LASTREADAS EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PACIENTE PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PARTICIPAÇÃO EM ARTICULADA QUADRILHA VOLTADA PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO TOTAL DE 86.700 COMPRIMIDOS DE ECSTASY, 61.900 MICRO-PONTOS DE LSD, 1.802 GRAMAS DE SKANK, 5.215 GRAMAS DE COCAÍNA, 730 GRAMAS DE HAXIXE E 60 GRAMAS DE MACONHA. IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E A NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SITUAÇÃO QUE SE RESOLVE COM A TRANSFERÊNCIA DO SENTENCIADO PARA ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de Apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, daquele que foi preso preventivamente, assim respondendo a toda a ação penal por associação para o tráfico de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes do STJ.

2. A manutenção da prisão cautelar para apelar restou embasada na garantia da ordem pública, em razão da magnitude da quadrilha, tendo sido apreendidos, até o recebimento da denúncia, quantidade expressiva de drogas consideradas de extrema lesividade (86.700 comprimidos de ecstasy, 61.900 micro-pontos de LSD, 1.802 gramas de skank, 5.215 gramas de cocaína, 730 gramas de haxixe e 60 gramas de maconha).

3. É inconciliável com a realidade processual manter-se o acusado preso durante toda a instrução e, após a sua condenação, colocá-lo em liberdade, porque depois de tal provimento judicial se tem como reforçado ou densificado o acervo incriminatório coletado contra o réu.

4. Ao meu sentir, não há qualquer incompatibilidade entre a fixação do regime semiaberto e a denegação do direito ao recurso em liberdade; isso porque, esse regime, embora diferenciado do rigor do fechado em termos de estabelecimento prisional, não pressupõe, de logo, a liberdade do sentenciado, possuindo restrições próprias, sendo certo que a possibilidade de realização de atividades externas, passa, antecipadamente, pelo crivo do Juízo. Essa aparente contradição resolve-se com a imediata transferência do condenado para estabelecimento penal adequado ao regime imposto.

5. O Habeas Corpus não é a via adequada para se concluir pela inocência do acusado, ante a indistigável necessidade de ampla dilação probatória, incompatível com o rito célere do mandamus.

Ademais, com a condenação em primeiro grau, reforça-se a presunção de culpabilidade, o que, por ora, não autoriza qualquer conclusão em sentido contrário, muito menos para a concessão da liberdade sob esse fundamento.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC nº 182.846/RJ, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 13/06/2011.)

C - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO DO APELO EM LIBERDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. DEDICAÇÃO REITERADA À ATIVIDADE ILÍCITA. CONSTRIÇÃO MANTIDA A BEM DA ORDEM PÚBLICA. ACUSADO QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRESENÇA DO **PERICULUM LIBERTATIS. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.**

1. O paciente, após ser preso em flagrante e responder custodiado à ação penal em que se viu condenado à pena de 9 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 1450 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, caput, e art. 35,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caput, ambos da Lei n. 11.343/2006, teve negado o direito de apelar em liberdade com suporte no fundamento da garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta dos fatos praticados - diante da significativa quantidade de pasta-base de cocaína apreendida em seu poder (mais de 2 Kg) - e de sua dedicação reiterada à atividade criminosa - reincidente, portador de maus antecedentes -, havendo tanto o juízo unitário quanto o Tribunal de origem indicado expressamente a necessidade da medida à luz do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Não se pode falar em constrangimento ilegal decorrente da constrição processual do reu, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, quando se mostra indispensável ao acautelamento do meio social, que se viu abalado com a prática delitiva por ele cometida.

3. Considerando-se que o paciente foi autuado em flagrante no cometimento do delito de tráfico de entorpecentes, na vigência da Lei n. 11.343/2006, não caracteriza constrangimento ilegal a vedação imposta na sentença condenatória, notadamente em atenção ao disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura do clausurado nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal).

4. Ordem denegada. (HC nº 82.114/DF, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 11/04/2011.)

Ausente, portanto, qualquer ilegalidade que leve à concessão da ordem de **habeas corpus** por esta Quinta Turma.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0221267-0

HC 191.939 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120091446555 144655052009 1446550520098170001 20091446555
207970320108170000 2284115

EM MESA

JULGADO: 20/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO
ADVOGADO : JOAO VIEIRA NETO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JAILSON ADAUTO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : IVANILDO FREIRA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ALTIERES FERNANDO ALVES BISPO (PRESO)

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.