



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 133.407 - RS (2009/0065685-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **ANTÔNIO CARLOS CÔRTEZ**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PACIENTE : **MAURO SERGIO VIANA MACIEL (PRESO)**

EMENTA

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 nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 133.407 - RS (2009/0065685-5)

IMPETRANTE : ANTÔNIO CARLOS CÔRTEZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAURO SERGIO VIANA MACIEL (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MAURO SÉRGIO VIANA MACIEL, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Embargos de Declaração na Apelação Criminal n. 70028894426).

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, imposta pela prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo. Contra esta decisão, a defesa interpôs recurso de apelação criminal para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao qual foi negado provimento. A defesa opôs, ainda, embargos declaratórios, os quais não foram acolhidos.

Sustenta o impetrante que, no caso, houve violação ao princípio da identidade física do juiz, aduzindo que o magistrado responsável pela instrução do processo não foi o mesmo prolator da sentença condenatória, razão pela qual esta seria nula.

Defende, ainda, a nulidade do acórdão proferido pela autoridade apontada como coatora por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto, aduzindo que o Tribunal de origem não teria analisado as teses defensivas, pois cingiu-se a adotar como razão de decidir o parecer exarado pelo Ministério Público atuante no segundo grau de jurisdição.

Pretende, liminarmente, a suspensão da execução da reprimenda confirmada pelo acórdão objurgado, até o julgamento do mérito da impetração, no qual requer a declaração das nulidades alegadas, confirmando-se o pleito liminar.

Instrui a inicial com os documentos de fls. 6 a 35, sendo indeferida a tutela de urgência (fls. 38 e 39) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 44 a 46), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (fls. 47 a 82).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 133.407 - RS (2009/0065685-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* o impetrante pretende, em síntese, o reconhecimento da nulidade da sentença condenatória por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, bem como do acórdão impugnado, por falta de motivação do *decisum*, tendo em vista a adoção como razões de decidir da manifestação do representante do *parquet* atuante no segundo grau de jurisdição.

Inicialmente, no que tange à suposta eiva do édito repressivo, sob o argumento de que estaria em contrariedade com o princípio da identidade física do juiz, razão não assiste ao paciente.

Com efeito, de acordo com o referido princípio, que passou a ser aplicado também no âmbito do processo penal após o advento da Lei nº 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, isto é, vinculou-se o julgador da causa e a prova produzida nos autos, como se observa da redação da mencionado dispositivo, *in verbis*:

"Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)".

Todavia, em razão da ausência de outras normas que regulamentassem o primado em apreço, 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 assim preconiza:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*"Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. (Redação dada pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993).
Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas".*

Dessa forma, observa-se que em respeito ao princípio da identidade física do juiz consagrado no sistema processual penal pátrio, a sentença deverá ser proferida pelo magistrado que participou da produção das provas durante o processo criminal, admitindo-se, de forma excepcional, que juiz diverso o faça quando aquele estiver impossibilitado de realizar o ato em razão das hipóteses de afastamento legal narradas, oportunidades em que os autos serão repassados ao seu sucessor, assegurando, assim, a celeridade do processo.

Acerca da regra de substituição do magistrado nas referidas hipóteses, insta destacar o posicionamento doutrinário de Eugênio Pacelli de Oliveira, *in verbis*:

"A nova legislação, modificativa do Código de Processo Penal, Lei nº 11.719/08, limitou-se a consignar que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença (art. 399, § 2º, CPP).

No entanto, 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; antes, a permite (art. 3º, CPP). Em segundo lugar, porque haverá hipóteses em que será preciso recorrer-se a uma regra de substituição qualquer, para o fim de dar implemento à celeridade processual trazida para os novos ritos processuais penais. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casos de aposentadoria do juiz.

*Mais. Embora expressamente revogado o disposto no art. 502 do CPP (art. 3º, Lei nº 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).*

No mesmo sentido, o doutrinador Leandro Galluzi dos Santos assinala que:

*"Questão não prevista pelo Código de Processo Penal, contudo, diz respeito às hipóteses de convocação, licença, promoção ou qualquer outro motivo que afaste o juiz que tiver presidido a audiência. Neste caso, entendemos que deverá ser aplicada a regra do processo civil que diz que, para estas hipóteses, os autos passarão para o sucessor deste magistrado, abrindo-se sempre a possibilidade de repetição das provas já produzidas quando o juiz entender cabível (art. 132, caput e parágrafo único, do CPC)" (**As reformas no Processo Penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 329).*

Seguindo o mesmo entendimento, colaciona-se jurisprudência desta Corte de Justiça:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2010, DJe 06/09/2010).

No caso em apreço, não obstante já estivesse em vigor o § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal - introduzido pela Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008 - quando da prolação da sentença, em 16-9-2008 (fls. 25), não há qualquer informação nos autos do motivo pelo qual o édito repressivo foi exarado pela Juíza Substituta Rosaura Marques Borba (fls. 25) e não pelo magistrado que presidiu a instrução do feito, qual seja, Joni Victória Simões (fls. 26) 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.

Isso porque 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.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Sodalício:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DENÚNCIA NÃO-JUNTADA AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROCEDER A INVESTIGAÇÕES. PREVISÕES CONSTITUCIONAL E LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

"1. O habeas corpus deve vir instruído com todas as provas que sustentem as alegações nele contidas, já que não se admite dilação probatória.

"(...).

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada".

(HC 128.233/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 15-12-2009, DJe 1-2-2010).

Não diverge o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPRESSÃO DE DOCUMENTO. INDICIAMENTO FORMAL. CONCESSÃO DE WRIT PELO TRIBUNAL A QUO. PEDIDO PREJUDICADO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À OAB. AUSÊNCIA DE AMEAÇA A DIREITO DE IR E VIR. USO INADEQUADO DO HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INSTRUÇÃO DEFICITÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. AFERIÇÃO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DO CAMPO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA.

"(...).

"4. O rito da ação constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, onde não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, inviabilizando a adequada análise do pedido.

"(...).

"7. Ordem denegada".

(HC nº 87.887/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 15-12-2009, DJe 8-2-2010).

Assim, não se vislumbra o constrangimento ilegal deduzido na impetração quanto a este ponto.

No que tange à alegada falta de fundamentação da decisão combatida, compulsando-se os autos, depreende-se que o Desembargador Relator da apelação criminal interposta em favor do paciente, ao exarar o seu voto, reportou-se ao parecer lavrado pelo Procurador de Justiça Dr. Luiz Henrique Barbosa Lima Faria Corrêa, no exercício da sua função de *custos legis*, no qual manifestou-se pelo improvimento do recurso, nos seguintes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Referente à preliminar levantada pela defesa, não merecer acolhimento pela razão de a 'abolitio criminis' não se aplicar ao crime de porte ilegal de arma de fogo, mas somente às condutas de possuir ou manter artefato bélico sob guarda em residência.

Nessa alheta, vale referir que o registro de arma de fogo somente permite sua posse no interior da residência, de dependência dessa ou no local de trabalho, desde que seja o agente responsável ou o titular do estabelecimento (art. 5º, 'caput', da mencionada lei). Na espécie, encontrava-se a arma com o acusado em via pública. Portanto, em lugar que, mesmo com o devido registro, não poderia ser mantida a arma de fogo sem a concessão legal de porte (art. 6º e seguintes da mesma lei), o que não possuía o denunciado. Dessa forma incorre 'abolitio criminis'.

MÉRITO

A materialidade é incontroversa, bem como a autoria, igualmente, é certa.

A tese defensiva - insuficiência probatória – encontra-se divorciada do conjunto probatório angariado, a meu ver. Vejamos.

Foram apreendidos 579 gramas de maconha e um revólver da marca Taurus, calibre 357 Magnum, em bom estado de conservação, fl. 191.

O réu dissimula a verdade referindo que somente ficou sabendo da existência do revólver após a polícia abordá-lo. Até então, afirma, não sabia que estava carregando uma arma de fogo dentro da sacola. Narra que traficantes locais o ameaçavam caso não escondesse a droga em sua casa. Relata que recebia a droga e logo a enterrava em um buraco.

Nessa alheta, não há que desconsiderar a idéia de que o réu poderia mentir a seu favor, pois, trata-se de um meio de defesa próprio, pois não tem obrigação, tão pouco deveres, de fornecer elementos de prova que o prejudique, devendo-se respeitar suas liberdades, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se. E como bem entende Stefano Costa 'o réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga'.

O policial militar Renato, relata que ao vê-los aproximaram-se, Mauro rapidamente foi em direção a uma casa, momento em o abordaram e com ele foi encontrado a arma e a droga. No mesmo sentido o depoimento do policial militar Alan Machado.

Vale lembrar da validade dos depoimentos policiais como meios de prova, pois são aptos a integrar um contexto probatório firme e seguro a amparar o édito condenatório,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobretudo quando se encontram em consonância com os demais elementos de prova constantes dos autos, e não há indicativo concreto de que os agentes tivessem qualquer interesse em prejudicar o réu, imputando-lhe falsamente a prática do delito.

'Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos dos policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunho'.¹

'A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/54). Assim, como já foi decidido, é inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor de depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado de um exame global do quadro probatório (TSCRIM-SP, RT 530/362)' – Damásio de Jesus, in CPP Anotado, ed. Saraiva, 7ª ed. 1989, pág. 147

'Sedimentado na jurisprudência predominante que o testemunho de policiais quanto aos atos de diligência, prisão e apreensão devem merecer credibilidade desde que não evidenciado sua má-fé ou abuso de poder, encontrando sua versão amparo no conjunto probatório dos autos' (RT 619/329).

O fato é que para a configuração do tipo previsto no art. 33 da Lei n.º 10.343/06 não há necessidade de estar o agente, no momento da apreensão, vendendo a droga. Basta que a conduta praticada pelo réu se amolde, ajuste, adapte em um dos verbos descritos pelo artigo.

(...)

E mesmo que não tenha sido flagrado atos de comércio, restou evidenciada, no mínimo, a conduta de **'guardar'** substância entorpecente, suficiente para configurar o crime do art. 33 da Lei n.º 10.343/06. Nesse contexto, não resta dúvida de que a imputação contida na denúncia procede, mostrando-se inviável a absolvição pretendida pela defesa, assim como a desclassificação para o crime de porte de droga para uso próprio.

(...)

Ademais, vale lembrar que é até corriqueiro que o agente do delito do art. 33 da Lei nº 10.343/06 pratique o comércio, em parte, para sustentar o próprio vício, não se tratando de condutas incompatíveis. Daí porque já se decidiu:

“O fato de o agente ser viciado não descaracteriza o narcotráfico, haja vista que, na maioria dos casos, para manter o vício, os dependentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também traficam." (Apelação Criminal n.º 2003.022890-0, de Joinville, Primeira Câmara Criminal, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 27.04.2004.).

Portanto, não há falar em absorção do segundo fato descrito na peça incoativa pelo primeiro. Restou demonstrado aos autos o crime perpetrado pelo acusado. Ademais, são tipificações diversas, não se confundem.

Quanto ao pedido defensivo de aplicação o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não deverá ser acolhido. Observa-se perfeitamente que, conforme a análise da prova presente nos autos, restou comprovado que o denunciado dedica-se às atividades criminosas e integra uma organização criminosa, não se aplicando a ele a presente minorante.

Por fim, quanto ao pedido de redução da pena-base, inviável tal postulação pois a pena-base fixada na sentença condiz com a conduta incriminadora. Ademais, foram corretamente analisadas as circunstâncias judiciais.

O MM. Juiz, ao individualizar as penas, discorreu sobre todas as circunstâncias judiciais, destacando aquelas desfavoráveis ao apelante, cumprindo o art. 59 do CP, fundamentando-as satisfatoriamente. Ademais, réu algum tem o direito público subjetivo à apenação mínima - senão à pena suficientemente justificada, nos limites da cominação. Daí que correta a sua fixação um pouco acima deste limite.

'Sendo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP parâmetros de quantificação da pena, compreende-se que a sanção-base somente pode ser fixada em grau mínimo quando todas elas militam em favor do acusado, uma vez que são vinculantes, de sorte que, mesmo quando uma delas compromete o agente, o afastamento do marco inicial se torna imperioso.' (RT 767/620)" (fls. 11 a 15).

Verifica-se, portanto, que o voto condutor do acórdão proferido no julgamento da apelação criminal em apreço reportou-se à manifestação do *parquet* exarado na condição de *custos legis*, do qual é possível constatar a necessária confrontação do conjunto probatório produzido nos autos com as teses defensivas, não se vislumbrando qualquer teratologia na fundamentação apresentada.

Ademais, consolidou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a adoção no acórdão do parecer ministerial, lançado no exercício da sua função de *custos legis*, não se constitui, por si só, em constrangimento ilegal passível de tornar nula a referida decisão colegiada, circunstância que afasta a ilegalidade alegada nesta impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ADOÇÃO DO PARECER COMO RAZÕES DE DECIDIR. RATIFICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. "De acordo com a jurisprudência do STF, não incide em nulidade o acórdão quando acolhe, como razão de decidir, o parecer do Ministério Público que, na segunda instância, funciona como custos legis" (HC 73.545/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ 6/9/96).

2. Não configura constrangimento ilegal a adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir ou mesmo a ratificação da sentença pelo magistrado que, com base no princípio do livre convencimento motivado – após análise de todo o conjunto fático-probatório no curso de feito que observou o devido processo legal, assegurados às partes o contraditório e a ampla defesa, cujas teses puderam ser largamente discutidas –, mantém a condenação e altera a reprimenda.

3. Ordem denegada. (HC 98.282/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 16/11/2009).

Trilhando idêntico rumo, cita-se:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. NEGATIVA DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DAS RAZÕES. LEGALIDADE.

1. Para o fim da progressão de regime, o exame criminológico é, em tese, dispensável. Todavia, se realizado e com conclusão desfavorável ao paciente, deve ser considerado.

2. No caso, a conclusão do exame criminológico não recomendou a concessão da progressão de regime.

3. "Não se constitui em nulidade o Relator do acórdão adotar as razões de decidir do parecer ministerial que, suficientemente motivado, analisa toda a tese defensiva" (HC nº 40.874/DF, sob a relatoria da Srª Ministra Laurita Vaz, DJ de 15.05.2006).

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 93.345/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 31/08/2009)

Não destoam os precedentes do Pretório Excelso:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA. ADOÇÃO DE PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FUNDAMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I - Ambas as Turmas possuem precedentes no sentido de que a adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa. Precedente. II - Ordem denegada. (HC 96310, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00754 RT v. 98, n. 889, 2009, 529-532)

HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO QUE ADOTA OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU COMO RAZÃO DE DECIDIR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX DA CF. PRECEDENTES DO STF. ORDEM DENEGADA. 1. Não viola o art. 93, IX da Constituição Federal o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeiro grau como razão de decidir. 2. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 98814, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-167 DIVULG 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009 EMENT VOL-02372-03 PP-00540)

A propósito, confira-se a lição de Maurício Zanoide contida na obra Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stocco:

"Deve-se evitar, mas não se pode dizer nula, a fundamentação per relationem, ou seja, aquela motivação em que o julgador, referindo-se ao já decidido em grau inferior ou ao argumentado por uma das partes, utiliza como sua as palavras de outrem (acusação, defesa, ou outro órgão jurisdicional inferior). Transpõe para a sua decisão (total ou parcialmente), as argumentações que lhe pareçam mais consentâneas e justas ao caso, transmudando em suas as palavras de outrem dão seu trabalho por findo." (2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 989).]

Dessa forma, não se vislumbrando qualquer constrangimento ilegal suportado a ser sanado por esta via, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0065685-5

HC 133.407 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120800323034 20800323034 70027141316

EM MESA

JULGADO: 03/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTÔNIO CARLOS CÔRTEZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAURO SERGIO VIANA MACIEL (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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 Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011

LAURO ROCHA REIS
Secretário