

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.742.702 - SC (2018/0119448-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ RECORRENTE :

**ADVOGADOS : DOUGLAS HAQUIM FILHO - PR026177
GUSTAVO MUSSI MILANI - PR032622**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

[REDACTED] interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** (Apelação n. 0001314-19.2007.4.04.7006/PR – fls. 681-691).

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos seguintes dispositivos:

a) art. 619 do Código de Processo Penal. Isso porque "no caso em tela não há como deixar de reconhecer a nulidade do acórdão, pois os ilustres integrantes da 8ª Turma do Tribunal de origem, como razões de decidir simplesmente acolheram a integralidade do parecer [...], sem o acréscimo de uma linha sequer para fundamentar o acórdão nos pontos objeto do inconformismo" (fl. 705);

b) art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, porquanto deve ser fixado o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da pena.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja reconhecida a nulidade do acórdão por manifesta falta de fundamentação ou, subsidiariamente, fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Contrarrazões às fls. 404-407 e decisão de admissibilidade às fls. 415-416.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento

Superior Tribunal de Justiça

parcial do recurso e, nessa extensão, pelo seu provimento.

Decido.

I. Admissibilidade

O recurso especial é **tempestivo** e preencheu os demais requisitos de admissibilidade.

Com efeito, as questões atinentes à minorante e ao regime inicial de cumprimento foram examinadas pelo Tribunal *a quo* no julgamento da apelação, a **evidenciar o prequestionamento da matéria**. Além disso, o recurso apresenta **argumentação suficiente** para permitir a compreensão das teses, e a sua apreciação **prescinde de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos**.

II. Contextualização

Em 31/3/2009, o recorrente foi condenado, em primeira instância, pelo crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão e multa. Na mesma oportunidade, também houve condenação pelo crime do art. 304 do Código Penal.

Tanto a acusação como a defesa interpuseram apelações. O Tribunal de origem julgou improcedentes ambos os recursos, mas concedeu habeas corpus de ofício para absolver o réu do crime de uso de documento falso.

A defesa interpôs recurso especial com vistas à aplicação da fração máxima da causa de diminuição da pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e ao afastamento da incidência do art. 40, I, da mesma lei. Nesta Corte, em processo de minha relatoria – **REsp n. 1.304.821/SC**, foi parcialmente provido o recurso para que o juízo monocrático adequasse a dosimetria da pena.

A nova sentença prolatada fixou a pena em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pelo delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Contra essa decisão, foi interposto recurso em sentido estrito (fls. 620-650), ao qual foi dado provimento a fim de considerar não transitadas em julgado as questões relativas à fração de diminuição de pena e ao regime inicial de cumprimento.

Em seguida, foi analisado o mérito do apelo defensivo.

Superior Tribunal de Justiça

Feito esse registro, passo ao exame da pretensão recursal.

III. Motivação *per relationem*

Ao julgar o pleito defensivo, a Corte estadual consignou que (fls. 686-687, grifei):

Trata-se de apelação criminal interposta contra a nova sentença em desfavor de [REDACTED], a qual adequou-se aos parâmetros fixados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RE 1.304.821/PR.

Transcrevo o sucinto e correto parecer ministerial, cuja fundamentação adoto como razões de decidir:

"Em primeiro lugar, a sentença recorrida deu exato cumprimento à decisão do STJ, definindo que a consideração da natureza e quantidade das drogas ocorreria na terceira fase da dosimetria da pena e não na primeira fase.

[.1 Ademais, ao contrário do que alega a defesa, [REDACTED] não atende à integralidade dos requisitos legais para aplicação da causa de diminuição na fração máxima de 2/3. Nesse sentido, o Julgamento dos apelos da acusação e defesa, por essa c. Oitava Turma, entendendo que aplicável a causa de diminuição, mas não na fração máxima aos seguintes fundamentos:

"De acordo com o artigo 42 da Lei de Drogas, a natureza e a quantidade da droga apreendida (2,830Kg de pasta base de cocaína e 9,450Kg de crack), devido à sua nocividade, são circunstâncias que impõem o distanciamento da minorante de seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), com intuito de garantir a cominação de pena suficiente à reprovação do crime. Considero, assim, adequada a fração de diminuição imposta pelo juiz sentenciaste em 1/6 (um sexto) da pena provisória, tendo em conta que se infere do interrogatório não se tratar de réu iniciante ou principiante na conduta descrita na denúncia, a qual revela um certo grau de logística na sua execução, ainda que não se possa falar, tecnicamente, faça ele parte de uma organização criminosa, (...)."

Com efeito, comprovado nos autos que as drogas estavam acondicionadas em compartimento oculto no tanque de

Superior Tribunal de Justiça

combustível do automóvel conduzido por [REDACTED] na ocasião da prisão em flagrante. Além disso, o apelante afirmou, em interrogatório, que receberia R\$ 1.000,00 para levar o carro de Curitiba a Cascavel, montante elevado em se tratando do mero transporte do veículo, como bem salientou a sentença condenatória. Tais circunstâncias, somadas à natureza e quantidade dos entorpecentes, evidenciam que o apelante possui envolvimento com grupo criminoso dedicado ao tráfico de drogas em que pese não comprovado, nos presentes autos, seu efetivo envolvimento com o crime organizado.

Dessa forma, impõem-se a manutenção da fração de diminuição em 1/6 na forma da sentença recorrida.

Quanto ao regime inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 não veda a possibilidade de fixação de regime mais gravoso frente as circunstâncias de caso em exame.

No ponto, verifica-se que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, com considerável potencial lesivo, fundamentam a manutenção do regime fechado imposto ao recorrente. Nesse sentido, decisão do e. STJ:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO
TRANSNACIONAL DE DROGAS.
DOSIMETRIA. PENA -BASE.
FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA.
MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA
LEI N 11.343/2006. FUNÇÃO DE "MULA".
CIRCUNSTÂNCIA QUE, DE PER SI,
NÃO EVIDENCIA INTEGRAÇÃO EM
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL
FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA.
INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. RECURSO
PARCIALMENTE PROVIDO.

(.) 11. Embora o acusado haja sido definitivamente condenado a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (natureza e elevada quantidade de drogas apreendidas) justifica, concretamente, a adoção de regime prisional mais severo do que o correspondente à pena aplicada, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Superior Tribunal de Justiça

(.) (REsp 1365002/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 11/09/2017, grifamos).

Logo, deve ser mantido o regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade." (fls. 498 a 500 - grifei) Dessa forma, mantenho a fração de diminuição em 1/6 (um sexto) e o regime fechado para início de cumprimento da sanção.

Dessa forma, mantenho a fração de diminuição em 1/6 (um sexto) e o regime fechado para início de cumprimento da sanção.

A respeito do tema, não desconheço que a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal assinalam que a fundamentação *per relationem* constitui motivação válida e não ofende o dever de motivação das decisões judiciais (**Inq. 2.725/SP**, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, 2ª T./STF, DJe 30/9/2015; **AgRg no AI n. 738.982/PR**, Rel. Ministro **Joaquim Barbosa**, 2ª T./STF, DJe 19/6/2012; **AgRg na ADI n. 416/ES**, Rel. Ministro **Celso de Mello**, Tribunal Pleno/STF, DJe 3/11/2014; **AgRg no AREsp n. 431.316/RJ**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 16/2/2018; **HC n. 355.914/MS**, Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 6ª T., DJe 14/12/2017).

Todavia, não é admissível que as razões de decidir do acórdão se baseiem, exclusivamente, na remissão à decisão proferida em primeiro grau ou ao parecer ministerial sem que haja a mínima menção, com argumentos próprios, às questões tratadas no recurso de apelação.

A motivação dos atos jurisdicionais não se limita à mera condição formal de validade do ato, mas ao contrário, serve como parâmetro de controle das partes sobre a atividade intelectual do julgador, **a fim de possibilitar o exame do acerto ou do desacerto de todos os pontos relevantes que foram utilizados em confronto com as provas produzidas.**

Despiciendo dizer que esse dever de motivação **se acentua ainda mais no julgamento do recurso de apelação criminal**, por ser este o momento crucial e definitivo quanto ao reexame do material cognitivo, sobre o qual será traçado o destino do acusado diante da atividade persecutória do Estado. Nessa perspectiva, considero **passível de anulação o acórdão que se limita, apenas, a transcrever o parecer do Ministério Público ou a sentença de primeiro grau.**

Superior Tribunal de Justiça

A propósito, a jurisprudência deste Superior Tribunal, a partir do julgamento do **HC n. 216.659/SP**, pela **Terceira Seção** (DJe 1/7/2016), consolidou o entendimento de que "é válida a utilização de fundamentação *per relationem* que faça referência à sentença penal condenatória proferida pelo Juízo de primeiro grau ou à manifestação ministerial, **desde que esse não seja o único fundamento adotado pelo Tribunal**" (HC n. 426.170/RS, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 16/2/2018, grifei).

Assim, a admissão da motivação *per relationem*, embora aceitável, não prescinde de "**um mínimo de fundamentos**" próprios (AgRg no HC n. 416.956/SC, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 15/12/2017, destaquei).

Pela leitura do excerto transcrito, noto que o voto condutor do acórdão **limitou-se a referir o parecer lavrado pela Procuradoria de Justiça, sem acrescentar nenhum fundamento pelo qual aderiria àquela conclusão**, ao analisar o recurso interposto pela defesa.

Desse modo, **constato a nulidade do acórdão por ausência de fundamentação**.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial, para **anular o acórdão prolatado no julgamento da Apelação n. 0001314-19.2007.4.04.7006/PR**, a fim de que outro seja proferido, com o devido exame das matérias impugnadas, nos termos acima expostos.

Comunique-se, **com urgência**, o teor desta decisão às instâncias ordinárias.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 31 de agosto de 2018.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**