RECURSO ESPECIAL Nº 1.793.565 - SP (2019/0025546-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	JOSE MARCOS DOS SANTOS
RECORRENTE	:	FRANCINE ANTUNES PINHEIRO
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE	:	JOSE MARCOS DOS SANTOS
AGRAVANTE	:	FRANCINE ANTUNES PINHEIRO
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por JOSÉ MARCOS DOS SANTOS e FRANCINE ANTUNES PINHEIRO, fundamentado na alínea "*a*" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento às suas apelações.

Consta dos autos que os recorrentes foram denunciados como incursos nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por terem concorrido para o transporte de 999,70g da substância conhecida como cocaína, acondicionada em sacos plásticos.

Após regular instrução processual, sobreveio sentença que os condenou, respectivamente, às penas de 9 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 906 (novecentos e seis) dias-multa e 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, em regime inicial fechado, e ao pagamento de penas de multa fixadas no mínimo legal, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento aos apelos defensivos e manteve incólume os termos da sentença condenatória.

Nas razões do presente apelo nobre, os recorrentes suscitam a ilegalidade da prova emprestada, obtida mediante interceptação telefônica, por violação à Lei n. 9.296/96,

Apontam, ainda, negativa de vigência ao art. 33, do Código Penal, em decorrência do regime inicial de cumprimento de pena adotado.

Requerem, ao final, o provimento do recurso especial para que seja declarada a nulidade do feito, ante a ilegalidade da prova emprestada e, subsidiariamente, a alteração do regime prisional adotado para o semiaberto, considerando-se, ainda, a aplicabilidade do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal para fixação do regime aberto.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ, fls. 1344/1356), os recorrentes interpuseram agravo em recurso especial em decorrência da parcial admissão do inconformismo (e-STJ, fls. 1364/1367).

Os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo não provimento do inconformismo (e-STJ, fls. 1402/1423).

É o relatório.

Decido.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passo ao exame recursal.

A irresignação não merece acolhida.

Com efeito, a sentença condenatória foi confirmada pelo Colegiado estadual, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 1265/1283):

> *Conforme bem ressaltado na r. sentença combatida, trata-se de prova emprestada dos autos de n. 0000299-84.2016.8.26.0207, não cabendo, dessa forma, realização de laudo pericial neste feito.*
> *Ainda que se admitisse a produção da prova requerida pelas defesas, a Lei n° 9.296/96 não traz qualquer previsão acerca da obrigatoriedade de laudo pericial em casos de interceptações telefônicas, assim como a jurisprudência.*
> *(...)*
> *O regime prisional inicial de cumprimento de pena, para todos os réus não pode ser diverso do fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90), vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5°, inciso XLIII).*
> *Tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político -criminal, que visa a harmonizar a legislação pátria aos tratados internacionais relacionados ao combate à traficância, dos quais o país é signatário.*
> *Ademais, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3°, do CP.*
> *(...)*
> *Ademais, não cabe, neste momento, já reconhecida a culpabilidade do réu pela instância ordinária, com aplicação de pena substancial (ainda que sujeita a reforma), autorizar que os réus recorram em liberdade, certamente subsistindo os fundamentos que ensejaram a decretação da custódia preventiva, reforçados ainda mais, uma vez condenado.*
> *Desta feita, fundamentada a manutenção da prisão cautelar, como acima já colocado, não há, aqui, o que reparar, haja vista inexistente abuso ou ilegalidade no ato impugnado.*
> *(...)*
> *Necessária, pois, a manutenção da r. sentença proferida em sua integralidade.*

Inicialmente, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu pela ausência de ilegalidade na utilização da prova emprestada dos autos n. 0000299-84.2016.8.26.0207 - considerando ser dispensável a sua perícia, para fins de aferição da validade da referida prova - bem como pela manutenção do regime prisional inicial fechado para o cumprimento da pena, cuja fixação foi devidamente fundamentada.

In casu, denota-se que a sentença condenatória, confirmada em segunda instância, afastou a preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelos recorrentes, fundamentando a desnecessidade de realização do exame pericial, pois foi oportunizado o

contraditório em razão da prova emprestada.

Este Sodalício tem orientação jurisprudencial no sentido de que não configura nulidade a ausência de laudo pericial de prova emprestada, cujo contraditório foi devidamente oportunizado à parte.

Confira-se:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADES. PROVA EMPRESTADA. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESGUARDO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.*
> *1. Pelo entendimento desta Corte, é admissível a utilização de prova emprestada, desde que tenha havido a correlata observância ao contraditório e à ampla defesa. In casu, consta do acórdão vergastado que a prova supostamente acoimada de ilegítima (a que alude a defesa) foi juntada aos autos principais antes mesmo da apresentação de defesa prévia. Note-se que a indigitada prova foi oportunizada à defesa desde a deflagração da persecução penal, razão pela qual não se vislumbra qualquer ilegalidade apta à concessão da ordem. 2. A caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento de alguma prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.*
> *3. Ordem denegada.*
> *(HC 419.745/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019)*

Dessa forma, não há falar em nulidade quanto ao ponto.

De outro lado, relativamente ao pedido formulado pela ré Francine de fixação do regime semiaberto e posterior reconhecimento da detração de sua pena, progredindo para o aberto, em razão do cumprimento de prisão domiciliar no decorrer da ação penal, melhor sorte não ampara a recorrente.

A atividade de fixação da pena tem caráter eminentemente discricionário, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto. Assim, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo Tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

As hipóteses de intervenção do Superior Tribunal de Justiça estão restritas aos casos de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, autorizando-se o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou diminuição e aferição das causas gerais e especiais que elevam ou reduzem a pena.

Sobre o tema, veja-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 102, II, "a". TRÁFICO*

> *DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. (...) A dosimetria da pena submete-se à certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas.* ***Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.*** *Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Presentes elementos probatórios que indicam envolvimento significativo do agente ao tráfico de drogas e sua ligação com grupo criminoso, é válido o afastamento do benefício do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Precedentes Habeas corpus extinto sem resolução do mérito.* (HC 114580, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 16-05-2013 PUBLIC 17-05-2013) (grifou-se).

Na espécie, a reprimenda foi fixada pelo Juízo Singular em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, considerando principalmente as circunstâncias judiciais desfavoráveis da recorrente e a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, *verbis*:

> *Na primeira fase da dosimetria, com base nos elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, verifico a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis à acusada, quais sejam, natureza (cocaína) e quantidade dos entorpecentes (999,70 gramas). Adoto o entendimento de que aqueles que traficam cocaína, pasta -base e crack devem ter apenados de forma mais gravosa do que aqueles que traficam apenas maconha. Assim, a pena base deve ser aumentada em virtude da potencialidade lesiva intensificada uma vez que a possibilidade da dissipação desta quantidade de droga coloca em risco de forma mais acentuada a saúde pública. Sendo assim, exaspero a pena base em 1/4 e fixo-a em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, além do pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias -multa.*
> *No tocante à segunda fase da dosimetria, não vislumbro circunstâncias agravantes ou atenuantes, motivo pelo qual a pena deve permanecer no patamar fixado na fase anterior.*
> *Na terceira fase da dosimetria, verifico a presença da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n°. 11.343/06, uma vez que o tráfico se realizou no interior de um*

> *transporte público. Assim, exaspero a pena em 1/6 e fixo-a em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além do pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias –multa.*
> *(...)*
> *Conforme a prova produzida, verificou-se que os réus há muito praticavam o tráfico de entorpecentes de alta lesividade na região (crack), o que demanda a adoção de regime prisional mais severo, sob pena de se produzir, como efeito colateral de um arrefecimento despropositado da reprimenda estatal, uma sensação de impunidade àqueles que demonstram desprezo à manutenção da ordem pública (e-STJ, fls. 907/908).*

Quanto à adoção do regime inicial fechado, o Colegiado de origem asseverou que:

> *"É inviável que o regime prisional inicial seja diverso do fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90), vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5°, inciso XLIII).*
> *Tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que visa a harmonizar a legislação pátria aos tratados internacionais relacionados ao combate à traficância, dos quais o país é signatário.*
> *Ademais, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3°, do CP."* (e-STJ, fls. 1332/1333).

No caso específico da ré, a adoção do regime mais severo encontra respaldo nos enunciados das Súmulas 718 e 719, ambas do Supremo Tribunal Federal, bem como na Súmula 440 deste Sodalício, por haver motivação idônea fundamentada na gravidade concreta do crime cometido, ao levar em consideração a quantidade de droga apreendida, sua natureza e a correta observação do art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Por fim, no tocante à pretendida detração, o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n.º 12.736/2012, determina que, quando da prolação da sentença condenatória "*o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade*".

Note-se que o conceito de regime inicial de cumprimento da pena é distinto do conceito de progressão de regime, este da competência do Juízo da Execução.

Desse modo, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é assente no sentido de que o aludido instituto não possui relação com a progressão de regime prisional, própria da fase de execução da sentença penal condenatória, razão pela qual sua análise deve ser restrita a quantidade de pena, para a adequação do regime.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 12.736/2012. REQUISITOS EXIGIDOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. PRESCINDIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - Em razão da primariedade do acusado, das circunstâncias judiciais favoráveis e do quantum de pena privativa de liberdade fixado (4 anos e 2 meses de reclusão), o paciente faz jus ao regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. - A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas à possibilidade de o Juízo de 1º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. Assim, cabe ao sentenciante descontar da pena aplicada ao réu o período em que fora mantido em prisão provisória. Realizada tal operação, observados os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é possível ao juiz alterar o regime, aplicando modalidade menos gravosa. - Uma vez ausentes, nos autos, elementos necessários à aplicação, nesta oportunidade, do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, deve o Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar autoriza a fixação de regime mais brando. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto e determinar que o Juízo das Execuções examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do paciente permite a fixação de regime mais brando. (HC 382.692/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)*

A referida adequação só ocorre, entretanto, quando, após a fixação definitiva da pena privativa de liberdade, a subtração do período de prisão provisória for apta a alterar o patamar abstratamente previsto pelo legislador ordinário para a fixação do

regime prisional, nos termos do artigo 33 do Código Penal.

Assim, embora não seja permitida a análise de eventuais requisitos subjetivos de benefícios próprios da execução penal para o indeferimento da detração prevista no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, este instituto não terá incidência quando a subtração do tempo de prisão provisória na pena definitiva não for suficiente para a alteração dos intervalos previstos no artigo 33, § 2º, do Código Penal.

No caso em comento, o tempo de prisão domiciliar cumprido não possui o condão de modificar o regime inicial, o qual foi fixado em fechado, em razão de circunstâncias desfavoráveis. Dessa forma, considerando que a fixação do regime não observou os parâmetros do art. 33, §2º, do CP, mas foi lastreada na avaliação negativa da circunstâncias judiciais, a detração para fins de fixação de regime menos gravoso é irrelevante no presente caso.

Nesse diapasão:

> PENAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. QUESITO REFERENTE À DESCLASSIFICAÇÃO FORMULADO ANTERIORMENTE AO QUESITO DA ABSOLVIÇÃO. PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS QUESITOS NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, CPP. ANÁLISE IRRELEVANTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. (...) 6. O artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 7. Mesmo que se procedesse à detração do período de custódia cautelar, o regime inicial para o cumprimento da pena continuaria a ser o fechado, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, sendo, pois, irrelevante a análise da questão. 8. Habeas corpus denegado." (HC 408.596/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)

Nesse contexto, o acórdão impugnado encontra-se em total consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, esbarrando a pretensão dos recorrentes no óbice previsto no Enunciado n. 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, aplicável também aos recursos interpostos com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **nega-se provimento ao recurso especial.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator