

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 879.891 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI  
RECTE.(S) : CASSIANA FERNANDA TEIXEIRA  
ADV.(A/S) : WELSON OLEGÁRIO E OUTRO(A/S)  
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE  
SÃO PAULO

**DECISÃO: 1.** Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto com base no art. 102, III, da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à apelação da ora recorrente para (a) absolvê-la do crime descrito no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006; e (b) reduzir a pena ao patamar de dois anos e seis meses de reclusão pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Na peça recursal, sustenta-se, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria e aponta-se ofensa, pelo juízo recorrido, (a) ao princípio da ampla defesa, em razão do indeferimento de pedido de produção de prova pericial; (b) ao princípio da individualização da pena, uma vez que a fixação do regime inicial fechado e o indeferimento da conversão da pena privativa de liberdade foram motivados com base em argumentos genéricos.

**2.** Em relação à suposta violação ao art. 5º, LV, da CF/88, em razão do indeferimento de diligências, o recurso não merece prosperar. É que esta Suprema Corte rejeitou a existência de repercussão geral de tal matéria por se tratar de tema infraconstitucional. Nessa linha, é o ARE 639.228 RG, Rel. Min. CEZAR PELUSO - tema 424, assim ementado:

RECURSO. Agravo convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Produção de provas. Processo judicial. Indeferimento. Contraditório e ampla defesa. tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a obrigatoriedade de observância dos princípios do contraditório

e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, versa sobre tema infraconstitucional.

3. Por outro lado, o Tribunal estadual negou a substituição da pena privativa de liberdade com fundamento da vedação abstrata prevista em lei, o que diverge da jurisprudência firmada por este Supremo Tribunal em sede de repercussão geral. Nesse sentido é o ARE 663.261 RG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 6/2/2013, com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Por estar em desacordo com a jurisprudência do STF, o acórdão recorrido merece reparos.

4. Por fim, o caso comporta concessão da ordem de ofício. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve considerar dois fatores: o *quantum* da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º) e as condições pessoais do condenado, estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33, § 3º).

Na espécie, o Juízo sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal. Assim, fixada a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, não havendo reincidência e avaliados positivamente todos vetores do art. 59 do Código Penal, a fixação do regime inicial aberto é medida que se impõe, nos termos do art. 33 do Código Penal. Apreciando casos análogos, precedentes de ambas as Turmas:

“(…) 2. A imposição do regime menos gravoso não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. 3. Fixação do regime de cumprimento da pena lastreada na gravidade abstrata do delito. 4. Condenação à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, reincidência inexistente e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal na sentença, preenchem os requisitos legais para a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP). 5. Ordem concedida.” (HC 118930, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2013 PUBLIC 21-11-2013).

“1. A fixação da pena-base (art. 59) no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, e a imposição do regime mais gravoso do que aquele abstratamente imposto no art. 33 do Código Penal revela inequívoca situação de descompasso com a legislação penal. A invocação abstrata das causas de aumento de pena não podem ser consideradas, por si sós, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificarem como circunstâncias judiciais do art. 59. Inteligência do enunciado 718 da Súmula do STF. Precedentes. 2. Ordem concedida para que o juízo competente aplique ao paciente o regime semiaberto de cumprimento de pena” (HC 117813, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 05-03-2014 PUBLIC 06-03-2014).

5. Pelo exposto, conheço do agravo para, desde logo, dar parcial provimento ao recurso extraordinário para determinar que o Juízo da execução competente proceda à análise da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos à luz do art. 44 do Código Penal. Concedo, ainda, *habeas corpus* de ofício, para fixar o regime inicial

**ARE 879891 / SP**

aberto.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 14 de outubro de 2015.

**Ministro TEORI ZAVASCKI**

**Relator**

*Documento assinado digitalmente*