

HABEAS CORPUS Nº 533.908 - SP (2019/0278351-2)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : JACQUELINE TERCENIO
ADVOGADA : JACQUELINE TERCENIO - SP134724
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BARBARA CAROLINE MESTRE
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INAPLICABILIDADE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO À CORRÉ, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de BÁRBARA CAROLINE MESTRE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0052447-05.2006.8.26.0050.

Consta dos autos que a Paciente foi condenada à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 14 da Lei n.º 6.368/76, porque entre maio e setembro de 2006, teria se associado aos quatro corréus para o fim de praticar, de forma reiterada e habitual, os crimes de tráfico de entorpecente dentro do sistema prisional.

Narra a denúncia que a Paciente "*era a responsável pela transmissão das mensagens de 'Waguinho' para o restante do bando e também era responsável pela cobrança de outros traficantes que tinham dívida junto à organização criminosa*" (fls. 15-16).

A condenação foi mantida integralmente pelo acórdão de apelação impugnado.

Do que se deduz da lacônica inicial, a Impetrante requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime aberto ou a substituição da pena privativa de liberdade por penas

restritivas de direitos, uma vez que (fl. 5):

"[...] os fatos são do ano de 2006, a paciente de há muito se separou de Waguinho, seu antigo companheiro, não mais delinuiu, constituiu nova família, tem um filho de si dependente de cinco anos de idade, de seu novo relacionamento."

A liminar foi parcialmente deferida para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena, com extensão dos efeitos à corré JANAÍNA RODRIGUES DA SILVA, que se encontra em idêntica situação (fls. 78-80).

As informações foram prestadas às fls. 91-105.

O Ministério Público Federal manifestou-se à fl. 107, opinando pela concessão da ordem nos termos em que pleiteada na presente impetração.

É o relatório. Decido.

A sentença de primeiro grau, no que tange ao regime prisional e à substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, adotou a fundamentação a seguir transcrita (fls. 59-60):

"Passo a dosimetria das penas.

Na primeira fase de aplicação das reprimendas, verifico que Janaína e Bárbara são primárias, pelo que fixo a pena base do delito no mínimo legal de 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor legal mínimo. [...]

Não havendo outros fatores modificativos, torno definitivas as reprimendas acima impostas.

[...]

Quanto ao regime prisional, deverão os réus iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, não fazendo jus a qualquer benefício legal, por medida de garantia da ordem pública, pois praticaram crime gravíssimo, que vem intranquilizando a sociedade, gerando clamor público.

Estando os réus soltos, concedo o apelo em liberdade."

O Tribunal *a quo* manteve integralmente a sentença, aduzindo o seguinte quanto ao regime prisional (fls. 33-34):

"Ainda que se olvide as penas não exorbitantes em relação às rés Bárbara e Janaína, observou-se, de todo quadro trazido, que essa associação para o tráfico da qual faziam parte era extremamente articulada, não se comparando àquelas cotidianamente mais simplórias observadas, carecendo de maior reprovabilidade. Viu-se que o grupo aqui mais proximamente observado, além de extremamente organizado,

contava com nada menos que cinco integrantes identificados nos autos e, dotado de certa sofisticação, logrou êxito movimentar quantidades extravagantes de drogas, mantendo seus laços com organização criminosa de caráter nacional. Menciona-se, ainda em acréscimo, que os réus Wagmo, Flávio e Alexandre ostentam maus antecedentes e são reincidentes, o que vedaria, por si só, algum do regime.

Diante de todo esse quadro, e para todos os apelantes, tem-se que somente o regime fechado mostra-se efetivamente apto para, sob o título de cumprimento inicial, atender as tarefas de prevenção e repreensão desse ilícito (Código Penal, artigo 59, caput e seu inciso III).

Pelas mesmas razões, para nenhum dos acusados se faz recomendada a substituição ou a suspensão de suas respectivas penas privativas de liberdade."

Como é sabido, o crime de associação para o tráfico nunca foi incluído nos rol dos crimes hediondos ou equiparados. Ademais, em 27/06/2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990 e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico. A gravidade em abstrato do delito, por sua vez, não justifica a fixação do regime prisional mais gravoso para o inicial cumprimento da pena.

Em se tratando de Ré primária, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva foi estabelecida em *quantum* igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se cabível a fixação do **regime inicial aberto**, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal.

Ademais, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 pelo Pretório Excelso, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois a Paciente é primária e verifica-se que foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Com igual conclusão, cito precedente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de associação para o tráfico e de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que o regime inicial mais gravoso foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do crime de associação para o tráfico de drogas.

5. O quantum da condenação, inferior a 4 anos, a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais." (HC 437.290/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018).

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o **regime aberto** como regime inicial para o cumprimento de pena, bem como para **conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos**, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. Estendo os efeitos do julgado à corré JANAÍNA RODRIGUES DA SILVA, que se encontra em idêntica situação processual, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora