



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000751172

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0010859-83.2022.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante KETHLYN LUANA CARDOSO RIBEIRO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Ante o exposto, conheceram do recurso de agravo em execução penal defensivo, e, no mérito, deram parcial provimento, a fim de determinar a retificação do cálculo de penas pela MMª. Juíza de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal da 1ª Região Administrativa Judiciária - DEECRIM da 1ª RAJ - São Paulo - SP, utilizando-se a fração de 1/8 para progressão de regime, nos termos do art. 112, § 3º, inc. III, da Lei de Execuções Penais, restando mantido o indeferimento do pedido de prisão albergue domiciliar, sem prejuízo de nova reavaliação após a elaboração do novo cálculo de penas. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 16 de setembro de 2022.

JAYME WALMER DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL nº 0010859-83.2022.8.26.0041

3ª Câmara de Direito Criminal

Agravante: KETHLYN LUANA CARDOSO RIBEIRO

Agravada: Justiça Pública

Execução: 0005009-48.2022.8.26.0041

VOTO nº 3233

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR – RECURSO DEFENSIVO: PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CONCESSÃO DE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR – SENTENCIADA GESTANTE E MÃE DE MENOR IMPÚBERE – NÃO ACOLHIMENTO – O AMOLDAMENTO DOS ARTS. 317, 318 E 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ASSIM COMO O ART. 117 DA LEI Nº 7.210/1984, AO CONDENADO EM REGIME INTERMEDIÁRIO E FECHADO É EXCEPCIONAL E DEMANDA ANÁLISE DO CASO CONCRETO – PRECEDENTES – NÃO COMPROVADA A IMPRESCINDIBILIDADE DA REEDUCANDA – PERICULOSIDADE E CONDIÇÕES PESSOAIS DA AGRAVANTE NÃO INDICAM QUE O BENEFÍCIO ATENDA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – RECURSO DE AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. “A adequada análise de pleitos atinentes à aplicação dos arts. 317, 318, e 318-A, do Código de Processo Penal, e 117 da Lei de Execuções Penais, na fase executória da pena, mormente para presos em regime semiaberto e fechado, quer seja o executado um condenado provisório ou definitivo, independentemente de gênero, faixa etária, histórico delitivo, periculosidade, instrução educacional e profissional, condição médica, status social ou familiar, demanda imprescindível e efetiva observância aos objetivos gerais e individuais da pena no caso concreto, à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, individualização da pena e da fraternidade, assim como do melhor interesse da criança”.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO – REEDUCANDA COM FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE – PLEITO DE RECONHECIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO NA FRAÇÃO DE 1/8 (UM OITAVO) PARA PROGRESSÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DE REGIME, NOS TERMOS DO ART. 112, § 3º, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS – ACOLHIMENTO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO PARA TAL FIM.

Cuida-se de recurso de Agravo em Execução Penal, formulado pela defesa da executada **Kethlyn Luana Cardoso Ribeiro**, contra decisão judicial proferida em 01.07.2022 pela MMª. Juíza de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal da 1ª Região Administrativa Judiciária – DEECRIM da 1ª RAJ – São Paulo - SP, Priscilla Maria Basseto Avallone Farah, indeferindo pedido de prisão domiciliar e retificação do cálculo de penas (fls. 28/29).

Irresignada, a agravante pugna a cassação da decisão interlocutória proferida pela MMª. Juíza de Direito, promovendo sua imediata colocação em prisão albergue domiciliar, com fundamento no art. 318, do Código de Processo Penal, e no art. 117, da Lei de Execuções Penais. Almeja, ainda, a retificação do cálculo de penas, nos termos do art. 112, § 3º, da Lei de Execuções Penais (fls. 1/7).

Regularmente processado o recurso, o Ministério Público apresentou contraminuta (fls. 33/40), sendo mantida a decisão recorrida pelo juízo pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fl. 41).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento (fls. 50/56).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Em razão do princípio da especialidade, as condições a serem observadas para concessão da prisão albergue domiciliar, mormente a presos com condenação transitada em julgado, são aquelas explicitadas no art. 117 da Lei de Execução Penal: *“somente se admitirá o recolhimento do **beneficiário de regime aberto** em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante”*. (grifo nosso).

Neste ponto, oportuno observar que esta benesse teve como escopo especial a liberação de moradia daquelas pessoas, inicialmente condenadas ou progredidas ao regime aberto, na denominada “Casa do Albergado”, definida no art. 93, da Lei nº 7.210/1984, como o estabelecimento destinado *“ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana”*. Ou seja, todos os presos em regime aberto de prisão deveriam permanecer cumprindo pena neste local e, de forma excepcional e autorizados judicialmente, em suas residências.

Entretanto, houve notória e contínua não adoção desta política criminal pelo Poder Executivo, com consequente e gradativo abandono de tal modelo de prisão, tal qual se verifica no Estado de São Paulo, onde há anos inexistente qualquer unidade em funcionamento.

Por esta razão, o Poder Judiciário Bandeirante



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

passou a determinar pelos seus órgãos singulares e coletivos, ampla e irrestritamente, o cumprimento da pena em regime aberto nas residências particulares de cada condenado, mediante diversas limitações e condições. Ou seja, o que era exceção passou a ser a regra e todas as prisões em regime aberto se tornaram prisão albergue domiciliar.

Inferre-se, pois, que outrora para ser concedida a benesse o executado deveria estar em regime aberto de prisão, cumprindo pena numa “Casa do Albergado” e seu quadro fático pessoal se subsumir a uma das situações previstas taxativamente nos incisos do art. 117 da Lei de Execução Penal.

Não se desconhece que a Corte Cidadã, em casos concretos e muito específicos, vem excepcionando a rigidez destas regras em duas situações a serem analisadas concretamente: mulher em estado gravídico, puérpera ou comprovadamente responsável por crianças e deficientes; e quando a pessoa detida estiver acometida de doença grave que ocasione elevado risco de morte, cujo tratamento não possa ser realizado enquanto estiver no estabelecimento prisional. Trata-se de interpretação extensiva que compatibilizou os arts. 317, 318, e 318-A, do Código de Processo Penal, com o art. 117 da Lei de Execuções Penais, com vistas à estrita observância aos princípios da, proporcionalidade, razoabilidade e fraternidade.

Nesse sentido:

**“RECURSO EM HABEAS CORPUS.
EXECUÇÃO PENAL. EXECUÇÃO DE PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 9 ANOS DE
RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE GENITORA DE CRIANÇAS DE 6 E 2 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. CARACTERIZADA INEFICIÊNCIA ESTATAL EM DISPONIBILIZAR VAGA À RECORRENTE EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PRÓPRIO E ADEQUADO À SUA CONDIÇÃO PESSOAL, DOTADOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO, BERÇÁRIOS E CRECHES. ARTS. 82, § 1º, E 83, § 2º, DA LEP. PRESÍDIO FEMININO MAIS PRÓXIMOS DISTANTE 230 KM DA RESIDÊNCIA. CONVIVÊNCIA E AMAMENTAÇÃO IMPOSSIBILITADA. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO STF N. 143.641/SP. PRECEDENTES DO STJ. LIMINAR DEFERIDA. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO, A FIM DE QUE A CORTE DE JUSTIÇA SEJA INSTADA A EXAMINAR O MÉRITO DO *WRIT* IMPETRADO NAQUELA INSTÂNCIA NO TOCANTE À TESE ALEGADA NA INICIAL DA AÇÃO MANDAMENTAL. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO¹. A Suprema Corte, no julgamento do HC Coletivo n. 143.641/SP, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar [...] de todas as mulheres presas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, [...] excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas (HC n. 143.641/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, DJe 9/10/2018). Precedentes do STJ no mesmo sentido. 2. Ademais, o CPP (com as alterações promovidas pela Lei nº 13.769/2018) passou a prever a substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça e o delito não tenha sido cometido o crime contra seu filho ou dependente, facultando, ainda, a aplicação de medidas cautelares (arts. 318-A e 318-B do CPP). 3. No entanto, a execução de condenação definitiva em prisão domiciliar, em regra, somente é admitida ao reeducando do regime aberto, desde que seja maior de 70 anos, portador de doença grave, ou mulher gestante ou mãe de menor ou deficiente físico ou mental (art. 117 da LEP). Porém, excepcionalmente, se admite a concessão do benefício às presas dos regimes fechado e semiaberto quando verificado pelo juízo da execução penal, no caso concreto – em juízo de ponderação entre o direito à segurança pública e a aplicação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dos princípios da proteção integral da criança e da pessoa com deficiência —, que tal medida seja proporcional, adequada e necessária e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, salvo se a periculosidade e as condições pessoais da reeducanda indiquem que o benefício não atenda os melhores interesses da criança ou pessoa com deficiência. 4. Outrossim, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que deve ser dada uma interpretação extensiva tanto ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que somente tratava de prisão preventiva de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, quanto ao art. 318-A do Código de Processo Penal, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às rés em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado (Rcl n. 40.676/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/12/2020). 5. Essa possibilidade, concessão de prisão domiciliar regulada no art. 117 da LEP, em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que excepcionalidade do caso concreto imponha, tem sido reconhecida por esta Corte Superior. Precedentes das Turmas da Terceira Seção. 6. Também a Suprema Corte tem admitido, em situações absolutamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

excepcionais, a concessão de prisão domiciliar a regimes mais severos de execução penal, a exemplo das ordens implementadas nas hipóteses em que o condenado estiver acometido de doença grave, a demandar tratamento específico, incompatível com o cárcere ou impassível de ser oferecido pelo Estado (AgR na AP n. 996, Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 29/9/2020). (...)”. (STJ – RHC nº 145.931-MG, Terceira Seção, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 09.03.2022).

De se pontuar que o Supremo Tribunal Federal, através do *Habeas Corpus* nº 165.704-DF, utilizando-se das mesmas justificativas apresentadas no *Habeas Corpus* nº 143.641-SP, determinou igual tratamento aos pais homens para fins de concessão de prisão albergue domiciliar, quando comprovado ser o único responsável pela criança ou deficiente.

Nesse sentido:

“*Habeas corpus* coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do *habeas corpus* como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do *writ*. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. 4. Previsão legislativa no art. 318, III e VI, do CPP. 5. Situação agravada pela urgência em saúde pública decorrente da propagação da Covid-19 no Brasil. Resolução 62/2020 do CNJ. 6. Parecer da PGR pelo conhecimento da ação e concessão da ordem. 7. Extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos do HC 143.641, com o estabelecimento das condicionantes trazidas neste precedente, nos arts. 318, III e VI, do CPP e na Resolução 62/2020 do CNJ. Possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar aos pais (homens), desde que seja o único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, desde que não tenha cometido crime com grave violência ou ameaça ou, ainda, contra a sua prole. Substituição de prisão preventiva por domiciliar para outros responsáveis que sejam imprescindíveis aos cuidados do menor de 6 (seis) anos de idade ou da pessoa com deficiência. 8. Concessão do *habeas corpus*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

coletivo". (STF — *Habeas Corpus* nº 165.704-DF, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 20.10.2020).

Acrescente-se que o efeito indireto sofrido pela família, decorrente da prisão de membro que contribui pouco ou muito com a renda familiar, ainda que seja o arrimo, é de caráter social, logo extrapenal e não jurídico, de maneira que não é fundamento idôneo de mitigação da reprimenda imposta e alcançada pelo manto da coisa julgada material.

De outra banda, aduz o art. 112, § 3º, da Lei de Execução Penal que: *"A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (...) § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa"*.

Vê-se que os incisos I, II, III e IV, do aludido dispositivo legal, são autoexplicativos e não padecem de maiores apontamentos. Entretanto, celeuma se criou no que atine à interpretação *lato* ou *stricto* senso do que seria integrar "organização criminosa" prevista no inc. V. O tema está longe de ser pacífico nas Turmas do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nas Câmaras de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Para os defensores da tese de que a terminologia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

deve ser interpretada sob o aspecto *lato*, o fundamento está, em suma, no entendimento de que a expressão “organização criminosa” não foi utilizada pelo legislador pátrio tão somente para vedar a benesse nos casos de violação ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, mas também a toda e qualquer sentenciada que integre ou tenha integrado qualquer das espécies de *societas sceleris*, tais como a associação criminosa (CP, art. 288) e a formação de milícia (CP, art. 288-A), assim como a associação para o tráfico ilícito de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 35).

Em verdade, vê-se que tal entendimento utiliza o traço característico de uniformidade e estabilidade da ação de agentes, exigido para configuração de todos os delitos enumerados, diferentemente do que se observa no concurso eventual de pessoas, não ficando adstrito, portanto, tão somente a um dispositivo legal. Logo, o art. 112, § 3º, da Lei nº 7.210/1984, não se referiria tão somente ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, mas a todos os delitos que exigem agrupamento estável para a prática criminosa, dentre eles a associação para o tráfico ilícito de drogas.

Argumenta-se ainda que a associação para o tráfico ilícito de drogas é um delito grave, com reflexos muito nocivos à sociedade, inclusive com impulsionamento à ocorrência de outros crimes, mormente os patrimoniais, como os de roubo, cuja verificação expressamente exclui a possibilidade de concessão da benesse. Assim, para seus defensores, entendimento diverso implicaria violação ao escopo do legislador manifestado no dispositivo legal.

De outra banda, aqueles que perfilham do entendimento de que a interpretação deve ser restritiva, a *lata* feriria o princípio da taxatividade e seria, invariavelmente, *in malam partem*, não autorizada pelo sistema jurídico brasileiro, mormente na seara penal, assim como não observaria os princípios da legalidade e do *favor rei*, o que, *de per*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

si, já seriam fundamentos suficientes para afastamento de qualquer possibilidade de sua aplicação.

Aqui o que se leva em consideração é a conceituação, bem como todos os aspectos exigidos para configuração de cada um dos delitos, os quais indiscutivelmente são distintos, não bastando tão somente a estabilidade para cometimento de crimes.

O art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, conceitua organização criminosa nos seguintes termos: *“Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”*.

Já a associação para o tráfico ilícito de drogas é definida no art. 35 da Lei nº 11.343/2006: *“Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: (...)”*.

Inquestionavelmente, as condições exigidas para configuração dos delitos são bem distintas.

A título exemplificativo, pode-se citar a quantidade de membros e finalidade, eis que na associação criminosa (CP, art. 288) exige-se ao menos três pessoas e objetivo de cometimento de qualquer delito não especialmente constante em outro dispositivo; enquanto na associação para o tráfico ilícito de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 35), apenas duas em atividade estável já pode caracterizar o ilícito penal, tendo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

como objetivo o tráfico ilícito de drogas.

Pode-se inferir, sem qualquer temor que, sob uma análise teleológica e histórico-evolutiva do aludido tema, vê-se que o escopo do legislador notoriamente foi o desencarceramento mormente de mulheres grávidas ou com filhos ainda crianças, com consequente proteção da primeira infância e salvaguarda dos seus melhores interesses, desde que as condenadas não tenham cometido delitos de natureza grave ou que evidenciam um profundo envolvimento com o crime organizado.

Logo, os delitos hediondos e equiparados, os quais ganham esse *status* exatamente em razão de sua especial gravidade e repulsa no meio social, inevitavelmente deveriam estar todos incluídos como impeditivos do benefício.

Entretanto, diante da atecnia legislativa, o resultado da redação final do dispositivo legal foi desastroso, não só no que atine à definição do que se objetivou com a terminologia “organização criminosa”, mas também porque, conquanto tenha afastado a possibilidade de concessão nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, garantiu-se a detentas que cometeram determinados delitos hediondos ou equiparados a hediondo, assim como outros de natureza grave, mas sem violência ou grave ameaça, criando-se inconcebíveis injustiças e situações não isonômicas e desproporcionais.

A título exemplificativo, incabível a benesse em favor de quem cometeu lesão corporal ou rixa, mas goza do direito aquela reeducanda que possui condenação por crime hediondo, como falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; favorecimento da prostituição ou de outra forma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, salvo se for em face de seu próprio filho; furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Repise-se que também é aplicável aos casos de condenação por delito assemelhado a hediondo, como o tráfico ilícito de drogas.

A interpretação literal do texto legal, por sua vez, inevitavelmente, conduz ao entendimento de que basta o reconhecimento de que não se trata de delito cometido com violência ou grave ameaça, contra seu próprio filho, ser primária e sem histórico de faltas disciplinares, e não haver integrado organização criminosa, nos termos do art. 2º da Lei nº 12.850/2013, para ter direito efetivo de gozo do requisito objetivo especial.

Nesse contexto, em que pese notoriamente não ser a *mens legis* inicial do legislador, a inquestionável falha do texto final da norma legal, conforme já delineado, não permite a interpretação *in malam partem* em desfavor da condenada, assim como a equiparação de conceitos distintos, devendo-se adotar o mais benéfico, com esboço no princípio do *favor rei*.

Assim, ainda que presente uma indubitável incoerência legislativa, tão somente podem ser consideradas como integrante de organização criminosa aquelas mulheres condenadas por violação ao art. 1º da Lei nº 12.850/2013.

Nesse sentido é o atual entendimento dos Colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal:

**“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS
CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO
DE REGIME ESPECIAL. REQUISITO CONTIDO
NO INCISO V DO § 3º DO ART. 112 DA LEP -**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXECUTADA CONDENADA EM CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA *IN MALAM PARTEM* DE NORMAS PENAIS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA TAXATIVIDADE E DO *FAVOR REI*. JURISPRUDÊNCIA DO STF. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA. RECURSO IMPROVIDO. 1 Não é legítimo que o julgador, em explícita violação ao princípio da taxatividade da lei penal, interprete extensivamente o significado de organização criminosa a fim de abranger todas as formas de *societas sceleris*. Tal proibição fica ainda mais evidente quando se trata de definir requisito que restringe direito executório implementado por lei cuja finalidade é aumentar o âmbito de proteção às crianças ou pessoas com deficiência, reconhecidamente em situação de vulnerabilidade em razão de suas genitoras ou responsáveis encontrarem-se reclusas em estabelecimentos prisionais [...] (HC 522.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 19/08/2020). 2. A organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. A associação para o tráfico de drogas, por sua vez, cuja tipificação se encontra no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006, pune a seguinte conduta: associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei. 3. No caso, a agravada foi condenada pelo crime de associação ao tráfico, o que não impede, por si só, a concessão do benefício da progressão especial da pena (fração de 1/8), já que o art. 112, § 3º, inciso V, da Lei de Execução Penal faz referência à organização criminosa. (...) 5. Se, como pondera o *Parquet*, houve, por parte do legislador, “incoerência legislativa”, ou se “o ordenamento jurídico brasileiro possui mais de uma definição para o que vem a ser uma organização criminosa”, deve-se, de toda sorte, tomar, conforme a orientação do STF, o termo em sua acepção mais favorável à acusada, em atenção ao princípio do *favor rei*. - Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). (...) 6. Agravo regimental improvido". (STJ – AgRg no *Habeas Corpus* nº 679.715-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26.10.2021).

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO ESPECIAL DE REGIME PREVISTA NO ART. 112, §3º DA LEP. MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS. CONDENADA POR CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR À APENADA RESTRIÇÃO LEGAL Oponível UNICAMENTE A AGENTE QUE INTEGROU ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROSCRIÇÃO À ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*. PRINCÍPIO DO *FAVOR REI*. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR QUE O JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL SE ABSTENHA DE CONSIDERAR ANTERIOR CONDENÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO COMO ÓBICE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 112, §3º DA LEP. 1. A



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Constituição da República (art. 5º, XXXIX) assegura que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, postulado que exige a subsunção estrita das condutas e das sanções criminais à moldura normativa. 2. Como se nota da leitura do art. 112, §3º, V da LEP, a lei somente veda a concessão de progressão especial à apenada que tenha integrado organização criminosa, não abrangendo a associação criminosa (art. 288 do CP) ou associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006). 3. Como, *in casu*, está a se avaliar circunstância que impede a aplicação de patamar mais benéfico para a progressão de regime é vedada à analogia *in malam partem*, incidindo o princípio da legalidade estrita. 4. Se, como bem pondera o Tribunal de origem, houve, por parte do legislador, “incoerência legislativa”, ou se, como pontuou o STJ, “o ordenamento jurídico brasileiro, possui mais de uma definição para o que vem a ser uma organização criminosa”, deve-se, de toda sorte, tomar o termo em sua acepção mais favorável à acusada, em atenção ao princípio do *favor rei*. 5. Ordem de *habeas corpus* concedida a fim de determinar que o Juízo a quo implemente em definitivo nova análise de progressão da pena da paciente, abstendo-se de considerar o crime de associação para o tráfico como óbice à progressão especial de regime prevista no art. 112, §3º da LEP”. (STF



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

— **Habeas Corpus nº 200.630-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Edson Fachin, j. 19.10.2021).**

E desta Terceira Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça Bandeirante:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO — Pedido de retificação de cálculo para a progressão de regime — Alegação de que a prática de associação para o tráfico não se confunde com o de organização criminosa, para o fim de impedir a aplicação da fração de 1/8, para progressão - POSSIBILIDADE — Crimes distintos — Requisitos exigidos no art. 112, § 3º, da LEP preenchidos — Associação para o tráfico não está elencada como delito impeditivo para a adoção do patamar menor para a progressão — DADO PROVIMENTO AO RECURSO”. (TJSP — Agravo em Execução Penal nº 0001624-44.2021.8.26.0521, Terceira Câmara de Direito Criminal, Relator Desembargador Ruy Alberto Leme Cavaleiro, j. 09.08.2021).

“(…) Embora guarde semelhanças com a infração penal prevista no art. 35 da Lei nº 11.343/06, no que diz respeito à necessidade de que haja convergência de vontades entre mais de uma pessoa, de modo a configurar-se *animus* associativo entre o grupo em questão, a organização criminosa, preordenada na Lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nº 12.850/13, compreende complexidade muito maior no que se refere ao mencionado *animus*. Tanto é assim que esta última, com base no § 1º, do art. 1º, da Lei nº 12.850/13, requer, dentre outros pressupostos, “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas”, diferenciando-se, inclusive, da associação criminosa, prevista no art. 288 do Código Penal. Portanto, diante do cumprimento de todos os pressupostos enumerados no novel § 3º, do art. 112, da Lei de Execução Penal, faz-se de rigor a concessão do pedido pela retificação do cálculo adstrito à progressão de regime prisional, devendo este passar a considerar a fração de 1/8 (um oitavo) como suficiente ao cumprimento do requisito objetivo (...).” (TJSP — Agravo em Execução Penal nº 0005194-16.2021.8.26.0496, Terceira Câmara de Direito Criminal, Relator Desembargador Toloza Neto, j. 16.11.2021).

Fixadas as diretrizes atinentes ao objeto recursal do presente Agravo em Execução Penal, passa-se à análise do caso concreto.

Assiste parcial razão à agravante.

Kethlyn, primária, portadora da matrícula nº 1.178.543, cumpre pena consistente em 5 (cinco) anos de reclusão, por crime de tráfico de drogas, em regime fechado na Penitenciária Feminina de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Santana - SP, cujo início se deu em 04.09.2019, com término previsto para o dia 08.10.2023.

Verifica-se que em 01.07.2022, pela MM^a. Juíza de Direito Priscilla Maria Basseto Avallone Farah, o pedido de concessão da prisão albergue domiciliar foi indeferido por não haver cumprido o requisito objetivo, porquanto se afastou a aplicação de lapso temporal especial (1/8), previsto no art. 112, § 3º, da Lei de Execução Penal, em desfavor da reeducanda.

Utilizou-se como fundamento o não preenchimento do inc. V, do aludido dispositivo legal, o qual impõe que a peticionária não poderá ter integrado organização criminosa para gozar da benesse. A magistrado interpretou o dispositivo legal na forma *lata*, explicando que “(...) a sentenciada se dedica a atividade criminosa, constando da r. sentença condenatória, às fls. 41, que “era pessoa severamente incurso em traficância de vulto”. Tanto assim que não houve a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no caso em tela” (fl. 28/29). Conforme já exhaustivamente demonstrado, não é o melhor entendimento e nem o que prevalece atualmente, impondo-se, portanto, a retificação do cálculo de penas, nos termos do art. 112, § 3º, inc. III, da Lei de Execuções Penais.

No mais, verifica-se ainda nas peças instrutórias, assim como no feito executório através do sítio do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, conquanto a agravante seja gestante e mãe de uma criança de 5 (cinco) anos de idade (fls. 82/85 do feito executório), sua Defesa não explicitou qualquer justificativa acerca de sua imprescindibilidade para os cuidados da aludida criança.

Limitou-se a apontar, de forma genérica e abstrata, a pseudo subsunção da situação fático-jurídica da executada ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

entendimento dos Tribunais Superiores acerca da concessão, excepcionalíssima, da prisão albergue domiciliar a reeducandas com condenações definitivas em regime semiaberto ou fechado, conforme delineado anteriormente nas diretrizes.

Em verdade, em não raras situações, a periculosidade e as condições pessoais dos reeducandos indicam que, o melhor interesse da criança, é seu afastamento dos cuidados de seus genitores, como no caso *sub judice*, no qual restou apurado que a ré colaborava com o armazenamento e transporte de 1.204 (mil duzentos e quatro) porções de cocaína, 493 (quatrocentos e noventa e três) de maconha, assim como 2.800 (dois mil e oitocentos) pinos vazios e petrechos para embalar a droga (fls. 30/42 do feito executório), evidenciando a existência de um ambiente familiar nefasto para seu desenvolvimento. Logo, não há que se falar em imprescindibilidade de seus cuidados com a infante, sendo de rigor o indeferimento do pleito.

Ante o exposto, **conhece-se** do recurso de agravo em execução penal defensivo, e, no mérito, **dá-se parcial provimento**, a fim de determinar a retificação do cálculo de penas pela MM^a. Juíza de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal da 1^a Região Administrativa Judiciária – DEECRIM da 1^a RAJ – São Paulo – SP, utilizando-se a fração de 1/8 para progressão de regime, nos termos do art. 112, § 3º, inc. III, da Lei de Execuções Penais, restando mantido o indeferimento do pedido de prisão albergue domiciliar, sem prejuízo de nova reavaliação após a elaboração do novo cálculo de penas.

Jayme Walmer de Freitas

Relator