



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 145.501 - SP (2009/0165172-3)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : LUIZ OLIVEIRA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO. AUMENTO DA PENA AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. *QUANTUM* DA REPRIMENDA. ERRO MATERIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CORREÇÃO DA SANÇÃO POR ESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA.

1. Verificado o equívoco material da pena fixada pelo Tribunal de origem, haja vista o afastamento do aumento procedido pela reincidência, sem que o dito acréscimo tenha efetivamente sido decotado do *quantum* final, torna-se necessária a correção, por esta Corte Superior de Justiça, da reprimenda finalmente estabelecida ao paciente.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. NATUREZA HEDIONDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/1990.

1. O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente previsto no rol do artigo 2º da Lei 8.072/1990.

2. *Habeas corpus* concedido para reconhecer o equívoco material no acórdão objurgado relativo à dosimetria da pena, corrigindo-se o *quantum* final da reprimenda imposta ao paciente para 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.599 (mil quinhentos e noventa e nove) dias-multa, esclarecendo-se, ainda, sobre a ausência de caráter hediondo do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2010(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 145.501 - SP (2009/0165172-3)

IMPETRANTE : LUIZ OLIVEIRA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por LUIZ OLIVEIRA DA SILVA, em causa própria, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 990.08.166620-0, interposta pela defesa, para afastar o acréscimo procedido na reprimenda do paciente em razão da reincidência, tornando a sua sanção definitiva em **12 (doze) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado**, e pagamento de 1.821 (mil oitocentos e vinte e um) dias-multa, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática dos crimes previstos no **art. 33, caput, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06**.

O impetrante-paciente alega ser vítima de constrangimento ilegal, ao argumento de que teria havido equívoco, por parte da Corte de origem, no *quantum* da pena final estabelecida, uma vez que, afastado o aumento de 1/3 decorrente da reincidência, sua reprimenda deveria ter sido fixada em 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.599 (mil quinhentos e noventa e nove) dias-multa, e não no montante estabelecido pelo Sodalício impugnado.

Requeru, diante do exposto, a concessão sumária da ordem, para que fosse estabelecida a pena irrogada nos moldes propostos, bem como se manifestasse esta Corte Superior acerca da natureza hedionda ou não do crime previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, *"pois entende o impetrante que este crime não é considerado hediondo, não estando, portanto, regido pela Lei n.º 11.464/07 no tocante ao lapso temporal para a concessão de progressão de regime"* (fl. 4), confirmando-se a medida ao final, quando do julgamento definitivo deste remédio constitucional.

A liminar foi indeferida.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem para que a pena do paciente seja fixada no patamar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivo de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.599 (mil quinhentos e noventa e nove) dias-multa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 145.501 - SP (2009/0165172-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se no presente *writ* a redução da pena imposta ao paciente, porquanto defende que o Tribunal *a quo*, ao julgar o apelo defensivo, deu-lhe provimento apenas para afastar o aumento em razão da reincidência, sem, contudo, decotar corretamente a fração aplicada a reprimenda, havendo, assim, erro material no *quantum* final imposto.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de **8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06**, e à reprimenda de **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais multa, como incurso nas sanções previstas no art. 35 da Lei n.º 11.343/06**, as quais, em razão do concurso material de crimes, perfizeram o total de **14 (catorze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime inicial fechado, e pagamento de 2.132 (dois mil cento e trinta e dois) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para afastar o acréscimo de 1/3 (um terço) procedido em razão da reincidência, tornando a sua sanção definitiva em **12 (doze) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.821 (mil oitocentos e vinte e um) dias-multa**.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena, *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n.º 77.964/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No que diz respeito à alegação de que teria havido equívoco, por parte da Corte de origem, no *quantum* da sanção final estabelecida ao paciente, haja vista o afastamento da exasperação de 1/3 (um terço) decorrente da agravante genérica da reincidência, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever-se o seguinte trecho da sentença condenatória, relativo à dosimetria da pena:

"Em relação ao crime previsto no art. 33, caput, verifica-se, da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, [...]. A pena-base, portanto, será fixada acima do mínimo legal, qual seja, 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no seu mínimo legal.

Em segunda fase de aplicação da pena, verifica-se que o réu é reincidente específico (fls. 217/219 e 223). Deste modo, acresço a pena de 1/3 (um terço), tornando-a em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 888 (oitocentos e oitenta e oito) dias-multa, no valor mínimo legal. Não há atenuantes a serem consideradas.

Em terceira fase de aplicação da pena, não se vislumbram causas de aumento e diminuição, tornando a pena nos moldes acima especificada.

Em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, fixo, pelos mesmos motivos acima [...] a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

O réu é reincidente (fls. 217/219 e 223), motivo pelo qual exaspero a pena de 1/3 (um terço), tornando-a em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 1.244 (um mil duzentos e quarenta e quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Ausentes atenuantes.

Verificando o concurso material de crimes, as penas privativas de liberdade são somadas, nos termos do art. 69,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"caput", do Código Penal e, assim, totalizam 14 (catorze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Nos termos do art. 72 do Código Penal, as penas de multa devem também ser somadas e totalizam 2.132 (dois mil cento e trinta e dois) dias-multa. [...]" (fls. 16-17)

A Corte impetrada, por sua vez, entendeu que *"a pena do co-réu Luiz deve ser reduzida, afastando-se o acréscimo pela reincidência"*, razão pela qual tornou a reprimenda do paciente definitiva em *"doze anos, dez meses e vinte dias de reclusão e pagamento de multa de mil oitocentos e vinte e um dias-multa"* (fls. 28-29).

Dos trechos acima transcritos, verifica-se que, em relação ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, a pena-base do paciente restou fixada em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, ausentes quaisquer circunstâncias atenuantes ou agravantes, já que afastado pela Corte de origem o aumento de 1/3 (um terço) da sanção procedido pela reincidência.

Na terceira etapa de aplicação da pena, ausentes quaisquer causas especiais de aumento ou de diminuição, razão pela qual fica a reprimenda do paciente, em relação ao crime de **tráfico de drogas**, definitiva em **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa**.

No que tange ao delito de associação para o tráfico de drogas, a pena-base do paciente restou fixada em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

Na etapa intermediária da dosimetria, afastada a exasperação de 1/3 (um terço) da reprimenda procedida pela reincidência e ausentes quaisquer causas outras modificativas da pena imposta, fica a sanção do paciente definitiva em **4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa**.

Considerando o concurso material de crimes - art. 69, *caput*, do CP -, devidamente reconhecido pelas instâncias ordinárias, fica a pena do paciente definitiva em **10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.599 (mil**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quinhentos e noventa e nove) dias-multa, exatamente nos moldes em que alegado na impetração.

Relativamente à almejada manifestação desta Corte Superior de Justiça acerca da natureza hedionda ou não do crime de associação para o tráfico, cumpre destacar que este Sodalício possui entendimento segundo o qual, não estando o delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990, a ele não pode ser atribuído o caráter hediondo.

Nesse sentido, confira-se a remansosa jurisprudência desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 35, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO. ANIMUS ASSOCIATIVO ESTÁVEL E DURADOURO PARA A PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A ASSOCIAÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NATUREZA DO DELITO NÃO HEDIONDA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006.

[...]

IV - O delito de associação para o tráfico de entorpecentes, como anteriormente afirmado, é crime autônomo, não sendo equiparado a crime hediondo (Precedentes).

[...]

Recurso parcialmente provido para fixar o regime inicial aberto para resgate da reprimenda imposta ao recorrente. (REsp 1113728/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DEFERIMENTO. AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO PARQUET. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LAPSO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA OBTENÇÃO DA BENESSE. CRIME HEDIONDO. ILEGALIDADE. NATUREZA IGNÓBIL NÃO-CONFIRMADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A Corte de origem, atribuindo o caráter hediondo ao crime de associação para o tráfico, determinou o cumprimento do lapso de 2/3 (dois terços) da reprimenda para a obtenção de liberdade condicional, nos termos do art. 83, V, do Código Penal.

2. É remansosa a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 14 da Lei n. 6.368/76) não tem natureza hedionda, situação que impossibilita a imposição de interstício mais gravoso para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferimento da liberdade condicional.

3. Ordem concedida em parte para reformar o aresto impugnado no sentido de afastar o caráter hediondo atribuído ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes e, por conseguinte, revogar as consequências decorrentes, determinando-se a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo o paciente não estiver custodiado, devendo, contudo, o Juízo das Execuções Criminais analisar a possibilidade de extinção da punibilidade nos termos do art. 90 do Código Penal. (HC 99.423/RJ, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2009, DJe 01/02/2010)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. 1. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CÁLCULO. CRIME CONSIDERADO NÃO HEDIONDO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DO CÁLCULO CASSADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CRIME NÃO HEDIONDO. LISTAGEM TAXATIVA DOS CRIMES COM TAL NATUREZA. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA.

1. O crime de associação para o tráfico não integra a listagem legal de crimes considerados hediondos. Impossível analogia in malam partem com o fito de considerá-lo crime dessa natureza.

2. Ordem concedida para, em confirmação à liminar já deferida, cassar a decisão proferida no acórdão impugnado, para que seja restabelecido o cálculo efetuado pelo juízo da execução criminal, que considerou o crime previsto no artigo 14 da Lei 6.368/76 como não hediondo. (HC 56.529/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 23/03/2009)

Este é, igualmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que assim se manifesta desde a Lei n.º 6.368/1976, atualmente revogada em razão do advento da Lei n.º 11.343/2006:

"HABEAS CORPUS" - PREJUDICIALIDADE, EM PARTE, DO "WRIT" CONSTITUCIONAL, EM VIRTUDE DA SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO CUJA DEMORA, IMPUTADA AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONSTITUÍA UM DOS OBJETOS DA PRESENTE IMPETRAÇÃO - CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76 - DELITO QUE NÃO SE QUALIFICA COMO CRIME HEDIONDO - CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÃO PENAL RESTRITIVA DE DIREITOS - POSSIBILIDADE DE TAL CONVERSÃO, CONSIDERADA A DATA DO DELITO EM REFERÊNCIA - PRECEDENTES - ADVENTO DA NOVA LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006), CUJO ART. 44 VEDA, EXPRESSAMENTE, QUANTO AOS DELITOS NELE REFERIDOS, A CONVERSÃO, EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - INAPLICABILIDADE, CONTUDO, DESSE NOVO DIPLOMA LEGISLATIVO ("LEX



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GRAVIOR") A CRIMES COMETIDOS EM MOMENTO ANTERIOR, QUANDO AINDA VIGENTE A LEI Nº 6.368/76 ("LEX MITIOR") - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. (HC 95662, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00415 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 305-317)

EMENTA: HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO EQUIPARAÇÃO A CRIME HEDIONDO. O art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 é explícito ao fixar que somente o tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76) se assemelha aos crimes hediondos para o fim de vetar a possibilidade de progressão do regime prisional. O crime de associação para o tráfico não está previsto na lista do art. 2º da Lei 8.072/90 e, portanto, a esse tipo não se aplica a proibição do § 1º do artigo. Habeas corpus deferido em parte. (HC 83656, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 20/04/2004, DJ 28-05-2004 PP-00063 EMENT VOL-02153-04 PP-00787)

Ante o exposto, concede-se a ordem para reconhecer o equívoco material no acórdão objurgado relativo à dosimetria da pena, corrigindo-se o *quantum* final da reprimenda imposta ao paciente para **10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.599 (mil quinhentos e noventa e nove) dias-multa**, esclarecendo-se, ainda, sobre a ausência de caráter hediondo do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0165172-3

HC 145.501 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2442007 990081666200

EM MESA

JULGADO: 16/11/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ OLIVEIRA DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUIZ OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 16 de novembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário