



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.314 - SP (2016/0250397-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO CESAR DA SILVA - MG123651
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WITALO MARCIO CANDIDO DA SILVA

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LAPSO PARA O BENEFÍCIO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. DOIS TERÇOS (2/3). CONDIÇÃO OBJETIVA QUE INDEPENDE DA HEDIONDEZ, OU NÃO, DO DELITO. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. PROGRESSÃO DE REGIME. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, ante a ausência de previsão expressa no rol contido no art. 2º da Lei n. 8.072/1990, o delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006) não se equipara aos hediondos. Precedente.
2. Em razão do princípio da especialidade, para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico aplica-se o requisito objetivo de 2/3 de cumprimento da pena previsto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/06, ressalvados os casos de reincidência específica, em que há vedação.
3. Inexistente regra específica em relação à progressão de regime, deve prevalecer a disciplina contida no art. 112 da Lei n. 7.210/84, que determina o cumprimento de 1/6 da pena para a obtenção do benefício prisional.
4. *Habeas Corpus* concedido apenas para afastar o caráter hediondo do delito de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e determinar que o Juízo das execuções proceda à retificação do cálculo de cumprimento da pena, referente ao presente delito, estabelecendo o lapso temporal de 1/6 (um sexto) da reprimenda para a aquisição da progressão de regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta 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 Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.314 - SP (2016/0250397-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO CESAR DA SILVA - MG123651
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WITALO MARCIO CANDIDO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, impetrado em favor WITALO MARCIO CANDIDO DA SILVA, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções homologou cálculo de liquidação das penas do paciente e indeferiu pedido de tratamento diferenciado ao crime de associação para o tráfico a fim de afastar a regra do art. 44 da Lei de Drogas (fl. 21)

Interposto agravo em execução, foi negado provimento ao recurso.

Sustenta o impetrante, em suma, que deve "*ser aplicada a regra do art. 83, inc. I e II, do Código Penal para fins de Livramento Condicional e não o disposto no art. 44, parágrafo único da Lei 11.343/06*", pois "*Embora o art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas preveja o cumprimento da fração de 2/3 para os delitos previsto no art. 33 ao 37, daquela normativa, não há razão para se tratar de forma distinta os delitos comuns previstos no Código Penal do delito previsto no art. 35, da Lei 11.343/06, já que possuem a mesma natureza.*" (fls. 4/5)

Requer seja afastado o caráter hediondo do delito de associação para o tráfico, determinando-se *a retificação do cálculo, com a observância da fração de 1/3 para fins de Livramento Condicional e 1/6 para fins de progressão de regime ao delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas.* (fl. 8)

Indeferida a liminar e foram prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão parcial da ordem, apenas para ser aplicada a fração de 1/6 para fins de progressão de regime.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.314 - SP (2016/0250397-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O Tribunal Estadual assim fundamentou o julgamento na origem (fls. 46/51):

"O recurso não merece, no meu entender, acolhida.

Quanto ao crime de associação para o tráfico, sempre entendi que não se equiparava aos crimes hediondos. No entanto, com o advento da nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), após melhor refletir sobre a questão, decidi alterar meu posicionamento.

Explico-me:

O constituinte originário, através do artigo 5º(XLIII), da Carta Magna, como se sabe, delegou ao legislador ordinário a competência para definir o que aquele chamou de "tráfico ilícito de entorpecentes", assim como também os "crimes hediondos", delitos que, por sua extrema gravidade e alta reprovabilidade social, serão considerados "inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia".

Quanto aos hediondos, o legislador infraconstitucional, em resposta ao mandamento constitucional, editou, em 1990, a conhecida Lei nº 8.072, onde arrolava originariamente critério legal - os crimes que deviam então ser assim considerados (art. 1º). Não fixou em definitivo esse rol de crimes, que sempre pôde, posteriormente, ser atualizado, conforme a demanda da sociedade. Vejam-se, por exemplo, as Leis ns. 8.930/94, 9.695/98 e 12.015/09, que alteraram a redação original para incluir novas condutas, as quais passariam – demanda de novos tempos – a ser tidos como hediondos.

Tal classificação direta não impede que uma indireta também ocorra - e isso ocorre em relação ao tráfico ilícito de drogas. É o que se verifica no caso do crime de associação para o tráfico (art. 35). O legislador infraconstitucional, por meio do artigo 44, caput, citado indiretamente - acabou por reconhecer que o crime previsto no artigo 35 da Lei Especial é também de tráfico, ou se lhe equipara. Isso porque, como ocorre com os crimes de tráfico classicamente reconhecidos e os hediondos em geral, também a associação para o tráfico, conforme previsão legal expressa, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Ora, para idênticos efeitos, há que se reconhecer as mesmas causas.

Quero dizer que o artigo 44 referido não deixa de ser um importante critério de distinção e afirmação de quais crimes devem ser tidos pelo julgador como de "tráfico ilícito de entorpecentes",⁴ crime esse equiparado aos hediondos.

A Lei de Tóxicos anterior (Lei nº 6.368/76) não possuía dispositivo legal semelhante ao artigo 44 da lei nova, o que explica a antiga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resistência dos tribunais pátrios de reconhecer a hediondez desse crime. Agora, contudo, dada a literalidade do texto, é difícil para o intérprete recusar a conclusão aqui exposta; isto é, de que também o crime de associação para o tráfico se equipara aos hediondos.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci: (...)

No mesmo sentido, ensina Damásio de Jesus: (...)

A respeito, julgado recente do Excelso Pretório, conforme publicação disponibilizada no site/sítio daquele insigne órgão: (...)

Nada há, assim, a reparar na r. Decisão recorrida.

Destarte, pelo meu voto, proponho que se negue provimento ao recurso."

De acordo com o entendimento desta Corte Superior, ante a ausência de previsão expressa no rol contido no art. 2º da Lei n. 8.072/1990, o delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006) não se equipara aos hediondos. Nesse sentido: HC 357.635/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 29/08/2016.

Todavia, em razão do princípio da especialidade, para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico aplica-se o requisito objetivo de 2/3 de cumprimento da pena previsto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/06, ressalvados os casos de reincidência específica, em que há vedação.

Já em relação à progressão de regime, inexistindo regra específica, deve prevalecer a disciplina contida no art. 112 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), segundo a qual, *a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso (...), quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário (...).*

A propósito, os seguintes julgados desta Corte:

"PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA PENA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - A jurisprudência desta Corte Superior entende que o crime de associação para o tráfico de entorpecente não é considerado hediondo ou equiparado, por não constar no rol dos artigos 1º e 2º, da Lei n. 8.072/90.

III - No delito de associação para o tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, a progressão de regime é disciplinada pelo disposto no artigo 112 da LEP, que determina o cumprimento de um sexto da pena para a obtenção do benefício prisional.

IV - Em razão do Princípio da Especialidade, para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico, aplica-se o requisito objetivo de dois terços de cumprimento da pena previsto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/06 (precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, apenas para afastar o caráter hediondo do delito de associação para o tráfico de drogas e determinar que a progressão de regime do paciente seja analisada nos estritos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.' (HC 352.809/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 01/08/2016).

"ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NATUREZA HEDIONDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 2º DA LEI N. 8.072/1990. PROGRESSÃO DE REGIME. ART. 112 DA LEP. LIVRAMENTO CONDICIONAL. LAPSO NECESSÁRIO PARA A CONCESSÃO (2/3 DA PENA). PREVISÃO EXPRESSA NO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/06. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

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

2. Em consequência, para fins de progressão de regime incide a regra prevista no art. 112 da LEP, ou seja, o requisito objetivo a ser observado é o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena privativa de liberdade imposta.

3. Entretanto, para a obtenção do livramento condicional, a jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que, independentemente de o crime de associação para o tráfico não se enquadrar no rol de delitos hediondos, certo é que a Lei n. 11.343/06, em seu art. 44, parágrafo único, previu expressamente a necessidade do cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, devendo essa previsão legal prevalecer em relação ao art. 83 do Código Penal, em atenção ao princípio da especialidade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício tão somente para afastar o caráter hediondo do delito de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e, em consequência, determinar que a progressão de regime, em relação a este, seja analisada à luz do art. 112 da LEP." (HC 307.174/SP, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/4/2016, DJe 16/4/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LAPSO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. DOIS TERÇOS. CONDIÇÃO OBJETIVA QUE INDEPENDE DA HEDIONDEZ, OU NÃO, DO DELITO. DISCIPLINA DO ART. 44 DA LEI 11.343/2006. OVERRULING . ORDEM NÃO CONHECIDA. (...) "

2. Na condenação pelo crime de associação para o tráfico, perpetrado sob a égide da Lei 11.343/2006, faz-se necessário o desconto de 2/3 da pena para obtenção do livramento condicional, em prestígio da programação normativa do artigo 44 de tal Diploma Normativo, (ressalvados os casos de reincidência específica, em que há vedação).

3. Ordem não conhecida.

(HC 292.882/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/8/2014, DJe 18/8/2014).

Ante o exposto, voto por conceder a ordem de *habeas corpus* apenas para afastar o caráter hediondo do delito de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e determinar que o Juízo das execuções proceda à retificação do cálculo de cumprimento da pena, referente ao presente delito, estabelecendo o lapso temporal de 1/6 (um sexto) da reprimenda para a aquisição da progressão de regime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0250397-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 372.314 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0005128782012 1031067 20160000463527 51282012 5128782012
90001668820158260506

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO CESAR DA SILVA - MG123651
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WITALO MARCIO CANDIDO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Progressão de Regime

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.