



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.202 - SP (2016/0319452-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICAEL BENJAMIN (PRESO)

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006). CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO DE 1/6 A SER APLICADO (ART. 112 DA LEP). FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. NORMA ESPECIAL. APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A teor da jurisprudência consolidada desta Corte, o delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente elencado no rol do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990.
3. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme de que, embora o delito de associação ao tráfico de drogas não integre o rol dos delitos hediondos ou a ele equiparados, persiste a necessidade de cumprimento de 2/3 da pena para a obtenção do livramento condicional, a teor do disposto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, por se tratar de regra determinada pela lei especial, que se sobrepõe a regra geral (art. 83 do CP). Precedentes.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que afaste a hediondez do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), procedendo-se novo cálculo da pena em relação a progressão de regime, à luz do art. 112 da LEP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de abril de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.202 - SP (2016/0319452-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICAEL BENJAMIN (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **MICAEL BENJAMIN**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o Juízo da execução indeferiu pedido de retificação de cálculo de pena, tendo reconhecido a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico de entorpecentes (e-STJ, fl. 24).

A defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

"PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO RETIFICAÇÃO DE CÁLCULO DE PENAS. SENTENCIADO CONDENADO TAMBÉM POR CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072/90 E ARTIGO 5º, XLIII, DA CF.

Decisão singular que indeferiu a retificação de cálculo das penas. Condenação a crime de associação ao tráfico de drogas. Os artigos 2º da Lei nº 8.072/90, e 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal equiparam o tráfico a crime hediondo. Lei ordinária nº 11.343/2006 que não restringe, em nenhum dos tipos penais ali previstos, qualquer rubrica referente ao "tráfico de entorpecentes" ou à conduta de "traficar". Interpretação do texto legal que deve ser no sentido de serem todas as condutas ali descritas espécies, ou modalidades, diversas de um mesmo gênero, tráfico, portanto, de natureza hedionda" (e-STJ, fl. 50).

Neste *writ*, sustenta a impetrante, em síntese, que "o crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas não é hediondo, devendo ser considerada a fração de 1/6 para fins de progressão e não 2/5" (e-STJ, fl. 3).

Requer a concessão da ordem, para que seja determinado "a retificação do cálculo, com a observância da fração de 1/2 para fins de Livramento Condicional e 1/6 para fins de progressão de regime ao delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas" (e-STJ, fl. 7).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 64).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 74-75 e 78-88), o Ministério Público Federal oficia "pela concessão parcial da ordem, para que, afastada a hediondez do delito de associação para o tráfico, seja determinada a retificação do cálculo das penas, quanto ao referido delito, com fixação da fração de 1/6 (um sexto) de cumprimento para a concessão da progressão de regime" (e-STJ, fls. 92-96).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.202 - SP (2016/0319452-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICAEL BENJAMIN (PRESO)

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006). CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO DE 1/6 A SER APLICADO (ART. 112 DA LEP). FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. NORMA ESPECIAL. APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A teor da jurisprudência consolidada desta Corte, o delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente elencado no rol do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990.
3. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme de que, embora o delito de associação ao tráfico de drogas não integre o rol dos delitos hediondos ou a ele equiparados, persiste a necessidade de cumprimento de 2/3 da pena para a obtenção do livramento condicional, a teor do disposto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, por se tratar de regra determinada pela lei especial, que se sobrepõe a regra geral (art. 83 do CP). Precedentes.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que afaste a hediondez do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), procedendo-se novo cálculo da pena em relação a progressão de regime, à luz do art. 112 da LEP.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Busca a defesa, neste *writ*, a retificação do cálculo da pena, com a observância da fração de 1/2 para fins de Livramento Condicional e 1/6 para fins de progressão de regime ao delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas.

Verifica-se *in casu* a ocorrência de patente ilegalidade a justificar a concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, de ofício.

Conforme relatado, o Juízo da execução indeferiu pedido de retificação de cálculo de pena, tendo reconhecido a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico de entorpecentes (e-STJ, fl. 24).

O Tribunal de Justiça confirmou a decisão monocrática, nos seguintes termos:

"Apesar da existência de forte entendimento diverso, correta a r. decisão recorrida, ao reconhecer a natureza hedionda do crime de associação ao tráfico de drogas. Consigno que o artigo 2º da Lei nº 8.072/90, bem como a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, equipara o tráfico a crime hediondo, contudo, cabe à lei ordinária minudenciar as modalidades de conduta na prática do "tráfico ilícito de entorpecentes". Assim, a Lei nº 11.343/2006 o faz, nos artigos 33 ao 37, inseridos no Capítulo II - "Dos crimes", do Título IV, do mesmo diploma legal, destacando não constar nos tipos penais ali previstos qualquer rubrica referente ao "tráfico de entorpecentes" ou à conduta de "traficar", reservada a menção somente na denominação do Título IV, da referida Lei.

O que se verifica é o tratamento idêntico conferido a todas as condutas previstas nos mencionados artigos (artigos 33 a 37), na medida em que é vedada a conversão da pena privativa de liberdade decorrente de tais crimes em alternativas, bem como proíbe a concessão de sursis, e o deferimento de graça, indulto e anistia (artigo 44 da Lei de Drogas).

De qualquer modo, a interpretação do texto legal deve ser no sentido de serem todas as condutas ali descritas espécies, ou modalidades, diversas de um mesmo gênero, tráfico, portanto, de natureza hedionda.

Importante ressaltar que a Lei dos Crimes Hediondos, no mesmo vértice, não tipifica quais condutas constituem o tráfico ilícito de drogas, repise-se, isso é feito pela Lei de Drogas. Pois bem, se associação não fosse considerada crime hediondo por falta de previsão legal, também não seria a plantação para a produção da droga, tendo em vista que o artigo 2º da mencionada Lei refere-se apenas ao "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins".

A hediondez atribuída a tais delitos, como característica de maior reprovação pelo ordenamento jurídico, é expressa por diferenças marcadas entre tais crimes e os ditos comuns, como faz o artigo 2º da Lei 8.072 de 1990" (e-STJ, fls. 53-55).

Em que pese a argumentação trazida pelas instâncias ordinárias, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de não se considerar hediondo o delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que não está expressamente elencado no rol do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990.

Nesse sentido:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 12/04/2016, DJe 18/04/2016)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO INCLUÍDO NO ROL DOS DELITOS HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. REFORMA NO CÁLCULO DAS PENAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça entende que o delito de associação para o tráfico de drogas não possui natureza hedionda, por não estar expressamente previsto nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.072/90.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções considere a condenação pelo crime de associação para o tráfico como não hediondo." (HC 337.543/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015)

De outro lado, esta Corte Superior firmou entendimento de que, ainda que o crime de associação para o tráfico não seja considerado hediondo ou equiparado, o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 estabelece prazo mais rigoroso para a concessão de livramento condicional, qual seja, 2/3 do cumprimento da pena, condição objetiva que independe da hediondez, ou não, do crime (ressalvados os casos de reincidência específica, em que há vedação).

A propósito, os seguintes julgados desta Corte:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

"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, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que afaste a hediondez do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), procedendo-se novo cálculo da pena em relação à progressão de regime, à luz do art. 112 da LEP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0319452-6

HC 381.202 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20160000470595 888499 90001434520158260506

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MICAEL BENJAMIN (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.