



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.459 - SP (2015/0183403-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALANDERSON DE JESUS VIDAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLINGER RODRIGUES PAIVA JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35, **CAPUT**, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA **DE OFÍCIO**.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, 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 apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - 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 nº 8.072/90.

IV - 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 1/6 da pena para a obtenção do benefício prisional.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, **de ofício**, para restabelecer a r. decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu ao paciente o direito ao regime aberto para cumprimento da pena.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.459 - SP (2015/0183403-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de KLINGER RODRIGUES PAIVA JUNIOR, contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente cumpre pena pelo delito de associação para o tráfico de drogas, sendo-lhe deferido, pelo d. Juízo da Vara de Execuções Criminais, o pedido de progressão ao regime aberto.

Irresignado, o Ministério Público agravou da decisão, tendo o eg. Tribunal **a quo** dado provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - Progressão ao regime semiaberto - Crime equiparado a hediondo - Ausente o requisito objetivo para obtenção do benefício - Decisão cassada - Recurso ministerial provido" (fl. 10).

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, tendo em vista que o crime de associação ao tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) não pertence ao rol de crimes hediondos, razão pela qual o paciente preenche tanto o requisito objetivo quanto o subjetivo, para fins de progressão ao regime aberto.

Requer o restabelecimento da decisão do Juízo da Execução.

Liminar indeferida às fls. 23-24.

Informações prestadas às fls. 33-53.

O Ministério Público Federal, às fls. 58-61, manifestou pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.459 - SP (2015/0183403-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35, **CAPUT**, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL . **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA **DE OFÍCIO**.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, 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 apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - 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 nº 8.072/90.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - 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 1/6 da pena para a obtenção do benefício prisional.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, **de ofício**, para restabelecer a r. decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu ao paciente o direito ao regime aberto para cumprimento da pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, 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 apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Busca-se, na presente impetração, em síntese, o restabelecimento da decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de primeiro grau que concedeu ao paciente o direito a progressão ao regime aberto para cumprimento da pena.

De início, registro que não consta dos autos cópia da decisão do Juízo da Execução que deferiu ao paciente a progressão ao regime aberto.

Para delimitar a **questio** transcrevo o seguinte excerto do v. acórdão do eg. Tribunal **a quo**:

*"Em que pese o entendimento do MM. Juiz a quo, **perfilhamos a corrente que assevera que o crime previsto no artigo 35, da Lei de Drogas, é equiparado a hediondo.***

[...]

Ademais, temos que o sistema implementado pela nova Lei de Drogas aponta no sentido de que os tipos penais contidos no artigo 33, caput, §1º e artigos 34 a 37, todos da mencionada lei, podem ser considerados hediondos.

Isto porque, estão submetidos ao mesmo rigor imposto aos crimes hediondos, sendo-lhes cominadas as mesmas restrições - insuscetíveis de fiança, sursis, graça, indulto e anistia -, nos termos do artigo 44 do referido diploma legal.

O lapso temporal a ser aplicado para fins de progressão de regime, no que tange ao delito de associação para o tráfico, será de 3/5 (sentenciado reincidente), requisito objetivo estatuído na Lei nº 11.464/06.

Assim, para ser promovido ao regime semiaberto é necessário que o reeducando resgate 3/5 do total de suas penas, ao contrário do que atendeu o Magistrado de primeiro grau" (fls. 37-38 - grifei).

A irresignação merece subsistir.

Com efeito, para a progressão de regime no crime de associação para o tráfico, a Jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que o crime de associação para o tráfico não integra o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n.º 8.072/90. Assim, a progressão de regime em condenações pelo delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 sujeita-se ao lapso de 1/6 da pena, previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 1º, 2º, 4º, 5º, 9º E 10º, TODOS DA LEI Nº 9.296/96. (I) - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. (II) - AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AÇÃO PENAL BASEADA EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FLAGRANTE NULO, DESPROPORCIONALIDADE NA PENA CORPORAL E NA PENA DE MULTA, E NULIDADE NA APREENSÃO DE BENS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DELITO REPUTADO COMO HEDIONDO PELA CORTE A QUO. ILEGALIDADE PATENTE. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. EFEITO EXTENSÍVEL AOS CORRÉUS.[...]**

4. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o delito de associação para o tráfico de entorpecentes não se qualifica como crime hediondo, nem a ele se equipara.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício para afastar o caráter hediondo do crime de associação para o tráfico. Ante a previsão do artigo 580 do Código de Processo Penal, a concessão da ordem é extensível aos demais corrêus condenados pelo artigo 35 da Lei de Drogas" (AgRg no AREsp n. 337.384/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/3/2014 -grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. CONTRARIEDADE AO ART. 33 DO CP. TEMAS CONSIDERADOS NÃO PREQUESTIONADOS PELO RELATOR ORIGINÁRIO. EXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. 2. RECURSO ESPECIAL. **CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. DELITO NÃO INSERIDO NO ROL DOS CRIMES HEDIONDOS.** 3. AGRAVO PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Não obstante o então Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ter negado seguimento ao recurso especial, em virtude da ausência de prequestionamento, considero estar implicitamente discutida a aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, pois efetivamente motivou-se a fixação do regime fechado no referido artigo.

2. Como é cediço, **não há se falar que o delito de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, tanto na Lei n. 6.368/1976 quanto na Lei nº 11.343/2006, seja hediondo ou a ele equiparado, pois a Lei n. 8.072/1990 não o traz no rol taxativo disposto em seus arts. 1º e 2º.**

3. Agravo regimental provido para dar provimento ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*recurso especial, determinando ao Juízo das Execuções que fixe o regime de cumprimento da pena com base nos arts. 33 e 59 do Código Penal, analisando, no mais, a possibilidade de substituição da pena". (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.244.546/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 4/12/2013 - grifei).*

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 35 C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME, COM LAPSO TEMPORAL DE 1/6. RÉU PRIMÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

[...]

V. Na hipótese, existe constrangimento ilegal, na medida em que o delito de associação para o tráfico de drogas não é crime hediondo, nem a ele equiparado, uma vez que não está expressamente previsto no art. 2º da Lei 8.072/90.

VI. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a progressão de regime, em condenações pelo delito do art. 35 da Lei 11.343/2006, sujeita-se aos lapsos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal. Nesse sentido: "O crime de associação para o tráfico não integra o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n.º 8.072/90. Assim, a progressão de regime e o livramento condicional em condenações pelo delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 sujeitam-se aos lapsos de 1/6 e 1/3 da pena, previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal e no art. 83, inciso I, do Código Penal, respectivamente" (STJ, HC 197.691/RJ, Rei. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 29/06/2012).

VII. Habeas corpus não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão, proferido nos autos do Agravo em Execução Penal (0040624-77.2012.8.26.0000), e restabelecer, em consequência, a decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 1º Grau, que deferira, ao paciente, a progressão ao regime semiaberto" (HC n. 261.175/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Assusete Magalhães**, DJe de 28/10/2013 - grifei).

Desse modo, não se tratando de crime hediondo, não se exige, para fins de concessão do benefício da progressão de regime, o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime prisional, sujeitando-se ele, apenas, ao lapso de 1/6 (um sexto) como preenchimento do requisito objetivo.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de habeas corpus** para restabelecer a r. decisão do Juízo de primeiro grau que deferiu ao paciente o pedido de progressão ao regime aberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0183403-0

HC 331.459 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000309712 559677 70034528920148260071

EM MESA

JULGADO: 10/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALANDERSON DE JESUS VIDAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLINGER RODRIGUES PAIVA JUNIOR (PRESO)

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

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.