

HABEAS CORPUS Nº 440.729 - SP (2018/0058206-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ADRIANO PINHEIRO MACHADO BUOSI - SP291610
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OLAIR LEME (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **OLAIR LEME**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto/SP, ao homologar o cálculo de pena, considerou que o delito de associação para o tráfico de drogas tem natureza de crime hediondo para fins de progressão de regime prisional. O recorrente pleiteou reforma do *decisum* para afastar a hediondez do delito e, assim, estabelecer o lapso de 1/6 para a progressão (e-STJ, fls. 37-57).

Inconformada, a Defensoria Pública estadual interpôs agravo em execução perante o Tribunal *a quo*, que lhe negou provimento (e-STJ, fls. 68-73). Eis a ementa:

"Agravo em Execução. Condenação pela prática do crime de associação ao tráfico. Tratamento diferenciado para concessão de progressão de regime prisional. Impossibilidade. Vedação legal. Agravo improvido." (e-STJ, fl. 69).

Neste *writ*, alega a impetrante existência de constrangimento ilegal em desfavor do paciente, uma vez que o crime de associação para o tráfico não tem natureza hedionda. Assevera que a decisão contraria entendimento das Cortes Superiores, pois, para fins de benefícios, os lapsos necessários deverão ser de crimes comuns (e-STJ, fls. 1-7).

Ao final, requer-se "o conhecimento dessa ação e a concessão da liminar a fim de que seja determinado, para efeito de concessão de benefícios, que seja considerada as frações de crime comum ao art. 35 da Lei de Drogas, e não as frações correspondentes aos crimes hediondos, com posterior confirmação da liminar e concessão final da ordem" (e-STJ, fl. 6).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 79).

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem (e-STJ, fls.121-123).

É o relatório.

Decido.

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-se, no mérito deste *writ*, seja reconhecida a natureza não hedionda

do crime de associação para o tráfico e, assim, sejam consideradas as frações de crime comum para a progressão de regime.

O Tribunal *a quo*, ao julgar o agravo em execução defensivo, assim se manifestou:

"[...]

A agravante cumpre pena de reclusão, em regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas e pela prática do crime de associação ao tráfico de drogas, sendo certo que o magistrado homologou os cálculos apresentados, **considerando-se a hediondez do delito de associação para o tráfico de drogas.**

O inconformismo não comporta acolhimento.

Isso porque o artigo 44, da Lei 11.343/2006 não autoriza a concessão da benesse aos condenados pelos crimes previstos nos artigos 33, "caput", e parágrafo 1º, e artigos 34 a 37 da Lei de Drogas, estabelecendo que eles são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória.

Note-se que essa diferenciação de tratamento, em nossa legislação, só é concedido aos crimes hediondos e aos equiparados a hediondos. Portanto, resta claro que a intenção do legislador, ao tratar da associação no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, foi deixar evidente que se trata de crime equiparado a hediondo. Até porque foge à lógica punir-se quem, sozinho, pratica o tráfico de entorpecente com os rigores da Lei de Crimes Hediondos e não se punir diversas pessoas que se associaram para praticar o mesmo delito, numa complexidade e organização muito maiores, demonstrando planejamento e maior e mais profunda ação deletéria na sociedade.

Desta feita, **o condenado pela prática de crime previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, deverá resgatar lapsos diferidos (2/5, se primário e 3/5, se reincidente) para obter a progressão, conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07 e Lei 11.343/06.**

"[...]

O legislador, ao dispor sobre a Lei de Drogas, coerentemente pretende coibir tal delito que assola todo o corpo social, daí porque as políticas públicas são necessárias. Nesse sentido, deve-se realizar hermenêutica que vise não somente a interpretação restritiva do dispositivo legal, conquanto o ordenamento jurídico visa a repressão e, especialmente, a prevenção do delito. **Não se olvida que o delito de associação para o tráfico, dadas as suas peculiaridades especialmente a possibilidade de atingir um maior número de vítimas é delito grave e a ele deve ser conferido tratamento especial, exigindo-se rigoroso combate. Ainda, em interpretação sistemática com o artigo 44 da Lei, não há ilegalidade em se reconhecer sua hediondez.**

Diante desse quadro, a decisão deve ser mantida.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo.

"[...]" (e-STJ, fls. 70-73)

No entanto, o crime de associação para o tráfico de entorpecentes não tem natureza hedionda, situação que impossibilita a imposição de lapso mais gravoso para o deferimento da progressão de regime.

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 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, ressalvando, 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 a referida 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 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.)

Desse modo, a execução penal do paciente deve tomar o crime praticado pelo paciente como crime comum, e não como crime de natureza hedionda, para fins do cálculo de progressão de regime.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para cassar o acórdão impugnado e determinar ao Juízo singular que reconheça a natureza não hedionda do crime de associação para o tráfico, bem como elabore novo cálculo de pena relativo ao paciente, a fim de considerar, para fins de progressão de regime, as frações do crime comum (lapso de 1/6).

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao juízo de 1º Grau, encaminhando-lhes cópias desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator