

RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.621 - SP (2019/0087083-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : CAIO CESAR BORGES VIANA
ADVOGADO : OSVALDO GOMES DA SILVA - SP104097

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PLEITO MINISTERIAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LAPSO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. 2/3. CONDIÇÃO OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. SUMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fl. 154):

"Agravo em execução - Recurso ministerial. Homologação de cálculo - Associação para o tráfico - Consideração como delito comum para fins de livramento condicional - Manutenção da decisão. Não provimento ao recurso."

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** sustenta, além da divergência jurisprudencial, a violação ao art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06, ao argumento de que *"[n]as condenações pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, caput, da Lei 11.343/06) exige-se o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena como requisito objetivo para concessão de livramento condicional, nos termos do art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06"*. (fl. 164).

Não apresentadas as contrarrazões, certidão de fl. 194, o recurso

foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 208-216).

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado às penas de **8 (oito) anos, 06 (seis) meses e 02 (dois) dias de reclusão e 849 (oitocentos e quarenta e nove) dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, c/c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/06, e de **05 (cinco) anos, 01 (um) mês e 07 (sete) dias de reclusão e multa de 1.190 (mil cento e noventa) dias-multa**, como incurso no art. 35, c/c o art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06.

O juízo singular homologou o cálculo da pena a e adotou a fração de 1/3 para fins de livramento condicional (fls. 52/53).

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao agravo em execução interposto pelo ora recorrente.

Sobreveio o presente recurso especial, no qual, consoante relatado, pretende-se o novo cálculo da pena do ora recorrido, exigindo o requisito objetivo do cumprimento de 2/3 da pena para obtenção do livramento condicional, acerca da condenação pelo crime de associação para o tráfico.

Pois bem.

Para melhor delimitar a presente **quaestio** trago à baila os fundamentos lançados no v. acórdão vergastado, **verbis** (fl. 155, grifei):

"Correta a aprovação do cálculo.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem assentado que inaplicáveis à associação para o tráfico as disposições da Lei 8.072/90, pois o delito não integra o rol dos delitos classificados como hediondos (STF - HC 79.998 - Rei. Nelson Jobim - j. 28.03.00 - RT 782/524).

E nem poderia ser de outra forma, pois constitui decorrência do princípio constitucional da legalidade penal a regra da taxatividade, que veda interpretações elásticas e extensivas de normas incriminadoras. Com fulcro

nesta garantia política, não é dado ao intérprete arrogar-se legislador e levar a cabo propósitos incriminadores, extraíndo da lei o que nela não está escrito.

Desse modo, tendo em conta que o art. 44 da Lei 11.343/06 busca uniformizar as restrições impostas pela Constituição Federal e pela Lei 8.072/90 aos direitos de autores de crimes hediondos, as vedações e lapsos de cumprimento de pena ali presentes não se aplicam ao crime tipificado no art. 35 da Lei 11.343/06.

O E. STJ, apreciando recurso contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que indeferira livramento condicional, decidiu pela inaplicabilidade do art. 44 da Lei 11.343/06, ressaltando que "o delito de associação para o tráfico não possui natureza hedionda, razão pela qual não se impõe, para fins de concessão do benefício do livramento condicional, o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena" (HC 258.188/RJ, 5ª Turma, Relª. Ministra Marilza Maynard, julgado em 09.04.2013)."

Na linha de precedentes desta Corte, é de **2/3 (dois terços)** o prazo exigido pela Lei de Tóxicos para o cumprimento do requisito objetivo necessário à obtenção do livramento condicional, no caso do cometimento dos crimes previstos nos arts. 33, **caput** e § 1,º e 34 a 37.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA PENA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO [...]

II - A jurisprudência desta Corte Superior entende que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06) não é considerado hediondo ou equiparado, por não constar no rol dos arts. 1º e 2º, da Lei n. 8.072/90.

III - Em razão do Princípio da Especialidade, para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico, exige-se o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, requisito objetivo previsto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Precedentes.

Habeas corpus não conhecido." (HC 467.215/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe 31/10/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

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)" (HC 381.202/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 04/05/2017).

Agravo regimental desprovido." (AgRg no RHC 71.796/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 25/08/2017).

"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." (HC 372.314/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 02/03/2017).

"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.

1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, mostra-se indevida a sua utilização como sucedâneo recursal.

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, (ressalvados os casos de reincidência específica, em que há vedação), na condenação por associação para o tráfico, em prestígio da programação normativa do artigo 44, parágrafo único, de tal Diploma Normativo.

3. Ordem não conhecida" (HC n. 292.882/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/8/2014).

Com efeito, a própria Lei n. 11.343/06 prevê **requisito objetivo** específico para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico, conforme o parágrafo único do art. 44, **verbis**:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico" (grifei).

Em observância ao princípio da especialidade, aplica-se o disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06 em detrimento dos incisos I e II do art. 83 do Código Penal.

Ressalte-se que o lapso temporal de cumprimento de pena para obtenção do livramento condicional quanto ao delito do art. 35 da Lei n. 11.343/06 independe da análise do caráter hediondo do crime.

Dessa feita, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em **desconformidade** com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial para determinar a retificação do cálculos das penas do recorrido, no sentido de se exigir o cumprimento de 2/3 da pena para obtenção do livramento condicional, em relação ao delito de associação para o tráfico.

P. e I.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator