OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do "CD"

Tese 430

DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REQUISITO OBJETIVO DE 2/3 DA PENA – REGRA ESPECIAL DO ARTIGO 44, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI 11.343/06.

Nas condenações pelo crime de associação para o tráfico (artigo 35, 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 artigo 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos de Agravo em Execução nº 0002723-95.2015.8.26.0509, em que figura como agravado L.H.C.L., vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, art. 255, § 2º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

1 – RESUMO DOS AUTOS

L.H.C.L. foi condenado à pena de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, como incurso no art. 33 "caput" c/c art. 40, incisos III e VI, da Lei 11.343/06 e à pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, como incurso no art. 35 "caput" c/c art. 40, incisos III e VI da mesma lei. Outrossim, por tais crimes, foi condenado às penas de multa de 750 e 850 dias-multa, no piso (fls. 42/43).

Nos autos de execução penal foi determinada a realização de cálculo de penas para fins de liquidação, sendo juntados conforme fls. 42/43.

Embora os cálculos houvessem considerado suficiente o cumprimento de apenas 1/3 (um terço) da pena do crime de associação ao tráfico (art. 35, Lei 11.343/06) como requisito objetivo para concessão do livramento condicional, o d. Juízo de Direito de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ – Comarca de Araçatuba-SP, homologou os cálculos apresentados (fls. 45).

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso de Agravo em Execução (fls. 01/05), tendo o d. Juízo mantido o decisório por seus próprios fundamentos (fls. 46). Após o processamento recursal, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo seu provimento (fls. 55/58).

Todavia, a Egrégia 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu a seguinte decisão: "*Negaram provimento ao agravo em execução.V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão"* (fls. 63). Segue transcrito o v. acórdão (fls. 63/68):

Registro: 2016.0000823186

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0002723-95.2015.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado LUIS HENRIQUE CHRISTO LOPES.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo em execução. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 9 de novembro de 2016

ÁLVARO CASTELLO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 2.748
Agravo em Execução nº 0002723-95.2015.8.26.0509
Comarca: ARAÇATUBA
Juízo de Origem: DEECRIM – 2ª RAJ – 0002197-31.2015.8.26.0509
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO
Agravado: LUIS HENRIQUE CHRISTO LOPES

AGRAVO EM EXECUÇÃO – LIQUIDAÇÃO DE PENAS – CÁLCULO EFETUADO CONSIDERANDO O DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO COMO CRIME COMUM – RETIFICAÇÃO – DESNECESSIDADE: Não integrando o rol taxativo dos crimes hediondos, o delito de associação para o tráfico de entorpecentes, como crime comum, prevê cumprimento de somente 1/3 (um terço) da pena para fins de livramento condicional.

O representante do MINISTÉRIO PÚBLICO interpõe o presente Agravo em Execução, objetivando a reforma da r. decisão da MM. Juízo de Direito do DEECRIM – 2ª RAJ, Comarca de Araçatuba (fls. 45) que homologou o cálculo de liquidação de penas em favor do sentenciado LUIS HENRIQUE CHRISTO LOPES, considerando a associação para o tráfico de entorpecentes como crime comum.

Sustenta o Órgão Ministerial ter o ora reeducando praticado crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, devendo cumprir, a teor do disposto no art. 44, § único, da Lei nº 11.343/06, c.c. o art. 83, inciso V, do Código Penal, 2/3 (dois terços) do total de suas penas para

ter direito ao benefício do livramento condicional (fls. 01/05).

Ofertada a contraminuta (fls. 10/15), a decisão gravada foi mantida (fls. 46) e a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo provimento do agravo (fls. 55/58).

É O RELATÓRIO.

Em que pese à posição adotada pelo Ministério Público de Primeira e Segunda Instância, não lhes assiste razão no que se refere à fração exigida para o benefício do livramento condicional, em se tratando do crime de associação para o tráfico de drogas, que não se pode equipar aos hediondos.

Conforme se verifica do cálculo de execução penal juntado aos autos (fls. 42/43), o sentenciado foi condenado a 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão por infração ao art. 33, *caput,* da Lei 11.343/06 e a 03 (três) anos e 09 (nove) meses por infração ao art. 35, do mesmo Estatuto Repressivo.

O cálculo considerou o crime de tráfico como hediondo e o de associação ao tráfico como crime comum para fins de concessão de livramento condicional, assim como para a progressão de regime.

O entendimento do MM. Juízo singular, *data maxima venia*, está correto, já que o delito insculpido no art. 35 da Lei 11.343/06, não está inserido no rol taxativo dos crimes hediondos, previsto no art. 1° da Lei

8.072/90.

O art. 2º da citada lei, embora defina tratamento diferenciado, além dos crimes hediondos, também aos crimes de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao terrorismo, silencia sobre a associação para o tráfico.

Por outro lado o art. 83 do Código Penal, ao tratar do livramento condicional, define que o juiz poderá concedê-lo desde que, inciso V, *"cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza" [sic]* e, assim, mais uma vez, a associação para o tráfico não foi mencionada.

Não se pode, assim, em prejuízo do réu, ser feita uma interpretação extensiva, já que a relação, como se disse, é taxativa e não exemplificativa.

Neste sentido:

> *"Agravo em Execução - Recurso Ministerial - Crime de associação para o tráfico não é considerado equiparado a hediondo - Art. 2º, da Lei nº 8 072/90 apenas prevê o delito de tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo - Retificação de cálculo necessária - Decisão mantida - Recurso desprovido."* (Agravo em Execução Penal nº 990.09.220276-6, Rel. Machado de Andrade, 6ª

Câmara de Direito Criminal, j. em 17/12/09).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DEFERIMENTO. AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO PARQUET. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LAPSO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA OBTENÇÃO DA BENESSE. CRIME HEDIONDO. ILEGALIDADE. NATUREZA IGNÓBIL NÃO-CONFIRMADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A Corte de origem, atribuindo o caráter hediondo ao crime de associação para o tráfico, determinou o cumprimento do lapso de 2/3 (dois terços) da reprimenda para a obtenção de liberdade condicional, nos termos do art. 83, V, do Código Penal. 2. É remansosa a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 14 da Lei n. 6.368/76) não tem natureza hedionda, situação que impossibilita a imposição de interstício mais gravoso para o deferimento da liberdade condicional. 3. Ordem concedida em parte para reformar o aresto impugnado no sentido de afastar o caráter hediondo atribuído ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes e, por conseguinte, revogar as consequências decorrentes, determinando-se a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo o paciente não estiver custodiado, devendo, contudo, o Juízo das Execuções Criminais analisar a possibilidade de extinção da punibilidade nos termos do art. 90 do Código Penal" (STJ - HC 99423/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 26/11/2009, DJe 01/02/2010).

Diante disso, desnecessária a elaboração de novo cálculo de penas como pretendido pelo órgão ministerial.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao presente agravo.

ÁLVARO CASTELLO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Assim decidindo, a Egrégia Corte Paulista contrariou e negou vigência ao disposto no art. 44 e seu parágrafo único, da Lei 11.343/06, bem como dissentiu de anterior julgamento do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, autorizando o presente inconformismo, com base nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da CF, com a seguinte tese:

> **“Nas condenações pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, 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, pu, da Lei 11.343/06”.**

2 – DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA A DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL (art. 44 e p.u. da Lei 11.343/06)

O art. 44 e seu parágrafo único, da Lei 11.343/06, estão assim redigidos:

> **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.**
>
> (grifamos)

Tem inteira aplicação à hipótese, a lição do saudoso Ministro ALIOMAR BALLEIRO, para quem **"... denega-se vigência de lei não só quando se diz que esta não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro"** (RTJ 48/788).

Ou, no mesmo sentido, **"... equivale negar vigência o fato de o julgador negar aplicação a dispositivo específico, único aplicável à hipótese, quer ignorando-o, quer aplicando outro inadequado"** (REsp 63.816, RTJ 51/126).

No caso em tela, induvidoso que o v. acórdão recorrido contrariou ou mesmo negou vigência a esse dispositivo de lei federal ao consignar expressamente que *o fato de o crime de associação para o tráfico de entorpecentes não ter natureza hedionda impossibilita a imposição de interstício mais gravoso (2/3) para o deferimento do livramento condicional.*

Com efeito, pouco importa considerar-se o crime do art. 35, Lei 11.343/06 como *hediondo* ou não.

Com efeito, o lapso de 2/3 (dois terços) para concessão do livramento condicional não decorre da eventual hediondez do delito e sim de disposição expressa nesse sentido para o crime de associação ao tráfico, prevista no art. 44, parágrafo único da Lei 11.343/06.

Trata-se de **previsão especial** que deve prevalecer sobre a regra geral do art. 83, do Código Penal.

Assim vem decidindo o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em recentes julgados (*destacamos*):

> *EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.* ***ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.*** *NATUREZA HEDIONDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 2.º DA LEI N.º 8.072/1990. PROGRESSÃO DE REGIME. ART. 112 DA LEP.* ***LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONDIÇÃO OBJETIVA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. LAPSO NECESSÁRIO PARA A CONCESSÃO (2/3 DA PENA). PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.***
> *1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal*

ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.
2. O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente elencado no rol do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/1990.
3. Por conseguinte, 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.
4. Todavia, ***para a obtenção do livramento condicional, a jurisprudência desta Superior Corte de Justiça firmou-se no sentido de que, independentemente de o crime de associação para o tráfico não se enquadrar no rol de delitos hediondos, a Lei n. 11.343/2006, 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.***
5. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para afastar o caráter hediondo do crime de associação para o tráfico e determinar que o requisito objetivo/temporal para progressão de regime seja aquele estabelecido no art. 112 da Lei n. 7.210/1984. (STJ, HC 371361/SP, Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 17/11/2016, DJe 25/11/2016)

CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ***LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO (CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA - ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/06).*** *INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
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, a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. Não obstante o ***delito de associação ao tráfico de drogas*** *não integrar 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, por força 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.*
3. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 325890/RS, Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. 14/06/2016, DJe 21/06/2016)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ***ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LAPSO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. 2/3. CONDIÇÃO OBJETIVA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006.*** *INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*
1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.
2. ***Independentemente de ser hediondo ou não, há lei definindo lapso mais rigoroso para obtenção do livramento condicional na condenação pelo crime de associação para o tráfico. Necessário, portanto, o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, nos termos do que determina o art. 44 da Lei n. 11.343/2006, não se aplicando as disposições do art. 83, incs. I e II, do Código Penal.***
3. Habeas corpus não conhecido.
(STJ, HC 332744/RS, Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 14/06/2016, DJe 21/06/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.
1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.
EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ***ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.*** *DELITO QUE NÃO ESTÁ ELENCADO NO ROL DE HEDIONDOS.* ***LAPSO NECESSÁRIO PARA A CONCESSÃO (2/3 DA PENA). PREVISÃO EXPRESSA NO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 11.343/06. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.*** *CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.*
1. Hipótese na qual se pleiteia o reconhecimento da incidência do art. 83 da Código Penal para fins de livramento condicional em relação à condenação pelo crime tipificado no art. 35 da Lei de Drogas, ao argumento de que este não seria hediondo.
2. O entendimento perfilhado pelas instâncias de origem está em consonância com a orientação jurisprudencial firmada por esta Corte Superior 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.º 11.343/06, em seu art. 44, parágrafo único, previu expressamente a necessidade do cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena para a obtenção do livramento condicional, devendo essa previsão legal prevalecer em relação ao art. 83 do Código Penal, em atenção ao princípio da especialidade.***
3. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 328522/RS, Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. ***ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LAPSO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. 2/3. CONDIÇÃO OBJETIVA QUE INDEPENDE DA HEDIONDEZ, OU NÃO, DO DELITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006.***
1. ***Para o crime de associação para o tráfico, há expressa previsão legal da aplicação da fração para o livramento condicional em 2/3. Não se trata de atribuir ou não caráter hediondo ao delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mas sim de se aplicar o parágrafo único do art. 44 do citado dispositivo legal.***
2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1484138/MS, Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, J. 02/06/2015, DJe 15/06/2015)

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. (STJ, HC 292882/RJ, Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. 05/08/2014, DJe 18/08/2014)

Assim, é certo que ao não se exigir a fração de 2/3 (dois terços) para caracterização do requisito objetivo do livramento condicional ao crime de associação para o tráfico, o v. acórdão recorrido negou vigência e contrariou o art. 44, pu da Lei 11.343/06.

3 – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL (QUANTO À APLICABILIDADE DO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 11.343/06)

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem decidido que **nas condenações pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, 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, pu, da Lei 11.343/06.**

3.1. ACÓRDÃO PARADIGMA

No julgamento do AgRg no Recurso Especial nº 1.469.504-RJ (j. 01/09/2015, DJe 08/09/2015, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA), cujo acórdão se oferece como paradigma e que se encontra publicado na Revista Eletrônica de Jurisprudência (cópia em anexo), a COLENDA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA assim decidiu:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. **LIVRAMENTO CONDICIONAL. CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA PENA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006**. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL *A QUO*. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO STF. PROVIMENTO.

I - **Independentemente de ser hediondo ou não, há lei definindo lapso mais rigoroso para obtenção do livramento condicional na condenação pelo crime de associação para o tráfico. Necessário o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, nos termos do que determina o art. 44 da Lei n. 11.343/2006, não se aplicando as disposições do art. 83, incs. I e II, do Código Penal.**

II - O Tribunal *a quo*, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 44 da Lei de Drogas, no que concerne à necessidade de cumprimento de 2/3 da pena para concessão de livramento condicional, afastou sua aplicação, desrespeitando o art. 97 da Constituição Federal - cláusula de reserva de plenário - e a Súmula Vinculante n. 10 do STF. Precedentes do STF. Revisão da orientação anterior da Quinta e Sexta Turmas do STJ.

III - Agravo regimental provido para, retificando a decisão constante às e-STJ fls. 108/111, determinar o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena imposta pelo delito de associação para o tráfico de entorpecente para fins de obtenção de livramento condicional.

(DESTACAMOS)

Eis na íntegra o relatório e o voto do v. acórdão:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.469.504 - RJ (2014/0184401-0)

RELATOR	:	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO	:	RAPHAEL AUGUSTO ÁVILA PEREIRA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA PENA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL *A QUO*. VIOLAÇÃO DACLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO STF. PROVIMENTO.

I - Independentemente de ser hediondo ou não, há lei definindo lapso mais rigoroso para obtenção do livramento condicional na condenação pelo crime de associação para o tráfico. Necessário o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, nos termos do que determina o art. 44 da Lei n. 11.343/2006, não se aplicando as disposições do art. 83, incs. I e II, do Código Penal.

II - O Tribunal ***a quo***, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 44 da Lei de Drogas, no que concerne à necessidade de cumprimento de 2/3 da pena para concessão de livramento condicional, afastou sua aplicação, desrespeitando o art. 97 da Constituição Federal - cláusula de reserva de plenário - e a Súmula Vinculante n. 10 do STF. Precedentes do STF. Revisão da orientação anterior da Quinta e Sexta Turmas do STJ.

III - Agravo regimental provido para, retificando a decisão constante às e-STJ fls. 108/111, determinar o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena imposta pelo delito de associação para o tráfico de entorpecente para fins de obtenção de livramento condicional.

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, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.469.504 - RJ (2014/0184401-0)

RELATOR	:	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO	:	RAPHAEL AUGUSTO ÁVILA PEREIRA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpõe agravo regimental contra decisão monocrática da lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que, com fulcro na Súm. n. 83/STJ, negou seguimento a recurso especial, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 108):

> *RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CUMPRIMENTO DO LAPSO PREVISTO PARA OS CRIMES COMUNS (ART. 83, I, DA LEP). DELITO NÃO INSERIDO NO ROL DOS CRIMES HEDIONDOS. RECURSO IMPROVIDO.*

Invocando os arts. 127, § 2º e 128 e seus §§ 1º, 3º e 5º da Constituição, sustenta, em preliminar, a legitimidade recursal do Ministério Público Estadual para intervir no processo, independentemente da atuação da Procuradoria-Geral da República.

No mérito, alega que "a matéria discutida no recurso (prazo para obtenção de livramento condicional de apenado que cumpre pena pela prática do crime de associação para o tráfico, à luz do disposto no artigo 44, p. único, da Lei 11.343/2006) está longe de se encontrar pacificada no Superior Tribunal de Justiça" (e-STJ fl. 126).

Acrescenta que "esse E. Superior Tribunal de Justiça vem se limitando a reproduzir sua jurisprudência anterior à edição da nova Lei de Drogas, a qual se

pautava unicamente na constatação de que o crime de associação não foi previsto pela Lei 8.072/90 como hediondo, **olvidando-se do fato de que a Lei 11.343/2006 estabeleceu, de forma expressa, critério diferenciado para o livramento condicional dos condenados pelo crime de seu artigo 35 (associação para o tráfico)** (e-STJ fl. 127).

Prossegue dizendo que "**conforme o entendimento consagrado pelo Enunciado n. 10 da Súmula vinculante do E. Supremo Tribunal Federal, não revela possível, sem declarar expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo**, afastar a incidência do p. único do artigo 44 da Lei 11.343/2006, o qual impõe o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena para obtenção de livramento condicional quando a condenação se der pelo crime do artigo 35 da Lei 11.343/2006 (associação para o tráfico)" (e-STJ fl. 127).

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão agravada, com o consequente conhecimento e provimento do recurso especial, ou seja a questão apreciada pela C. Turma.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Destaco, inicialmente, que a 3ª Seção desta Corte, por ocasião julgamento do AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, de relatoria do Ministro ROGÉRIO SCHIETTI, publicado em 6/11/2014, reconheceu a legitimidade recursal do Ministério Público Estadual diante deste Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE PARA RECORRER DENTRO DAS CORTES SUPERIORES (STF E STJ). DIREITO AO EXAURIMENTO DA VIA EXTRAORDINÁRIA (LATO SENSU) NAS AÇÕES PENAIS PROPOSTAS NA ORIGEM. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, CAPUT E INCISO LV). SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INVIABILIDADE. DISTINÇÃO ENTRE A ATUAÇÃO DE PARTE E DE CUSTOS IURIS. PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENÁRIO, RCL-AGR n. 7.358/DF). TEMA DE RELEVO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. AGRAVO PROVIDO.*
>
> *1. Os Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal possuem o direito de, por meio dos recursos próprios, desincumbir-se plenamente de suas atribuições constitucionais nos Tribunais Superiores, mantendo-se, ademais, preservados os princípios da igualdade e do contraditório (art. 5º, caput e inciso LV da CF), que alcançam ambas as partes da relação processual.*
>
> *2. Sob diversa angulação, a que prestigia o princípio acusatório, não se admite que uma ação penal passe a caminhar, em grau de recurso extraordinário (lato sensu), movida por instituição que não é a parte autora da demanda, sendo direito do réu, por sua vez, continuar a ser acusado pelo seu acusador natural, ou seja, o órgão oriundo da mesma instituição que o processou na origem.*
>
> *3. Quando se trata de recursos extraordinários (lato sensu), o Ministério Público Federal (pela Procuradoria-Geral ou pela Subprocuradoria-Geral da República) e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ou o Ministério Público estadual (pela Procuradoria-Geral de Justiça) hão de ser vistos e tratados como*

órgãos distintos - como de fato o são - pertencentes a diferentes ramos do Ministério Público brasileiro, de sorte que não se aplicam, entre um e outro, os princípios da unidade e da indivisibilidade.

4. À objeção de que caberia ao Ministério Público Federal atuar é de lembrar que o Parquet federal atua, nessas hipóteses, na qualidade de custos iuris, visto que não foi essa instituição, e sim o Ministério Público da respectiva unidade da Federação, quem exercitou, ab initio, a ação penal condenatória e muito menos quem perseguiu, por meio do direito a impugnação, reforma ou anulação do acórdão contrário à lei ou à Constituição Federal.

4. O exaurimento da via especial e extraordinária, com os meios impugnativos próprios dessa fase recursal, não pode ser retirado dos membros do Parquet local, porquanto estão em jogo as legítimas atribuições constitucionais e legais outorgadas ao Ministério Público (CF, arts. 127 e 128), o que suplanta o argumento de que o disposto nos regimentos internos dos Tribunais Superiores (RISTF, art. 48, caput e parágrafo único, e RISTJ, art. 61) impede a atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal nesta Colenda Corte e no STF.

5. A propósito, a Suprema Corte já disciplinou o direito dos Ministérios Públicos e das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal serem intimados das decisões proferidas em processos físicos ou eletrônicos, por meio do art. 5º da Resolução-STF n.º 469/2011.

6. Dessa forma, não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, "indiscutível relevo jurídico-constitucional" (RCL-AGR n. 7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema.

7. Reconhecida a legitimidade recursal aos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, dá-se provimento ao Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul.

(AgRg nos EREsp 1256973/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 27/08/2014, DJe 6/11/2014)

Passo à análise do mérito.

O delito de associação não integra, nem nunca integrou o rol dos crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n. 8.072/1990.

Os arestos prolatados por esta Corte sob a égide da Lei n. 6.368/76, entendiam ser suficiente, para fins de concessão de livramento condicional, o cumprimento pelo réu de 1/3 da pena se primário ou de 1/2 se reincidente, conforme determina o art. 83, incs. I e II, do Código Penal. Sufragavam a impossibilidade de se condicionar a lapso qualificado (2/3) a concessão de livramento condicional nas execuções de penas por associação para o tráfico.

A Lei n. 11.343/2006, todavia, pontualmente cuidou do tema. Veja o que diz o art. 44 do referido diploma legal:

> *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.*

Esta Turma, mesmo após o advento da Lei n.º 11.343/2006, manteve o entendimento de que os condenados pela prática de associação para o tráfico deveriam observar os requisitos dos incisos I ou II do art. 83 do Código Penal, para a obtenção de livramento condicional.

Veja os precedentes:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *- 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.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reformar a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais, não se exigindo para fins de concessão do benefício do livramento condicional o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, como requisito objetivo.* (HC 258.188/RJ, Rel. Ministra MARILZA

MAYNARD – Desembargadora Convocada do TJ/SE–, Quinta Turma, julgado em 9/4/2013, DJe 12/4/2013)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. HEDIONDEZ DO DELITO AFASTADA. PROGRESSÃO DE REGIME. LIVRAMENTO CONDICIONAL. OBSERVÂNCIA DO REQUISITO OBJETIVO ATINENTE AOS CRIMES COMUNS.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que o delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 - associação para o tráfico de drogas - não é hediondo, nem a ele equiparado, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

2. 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) para preenchimento do requisito objetivo.

3. Do mesmo modo, para fins de concessão do benefício do livramento condicional, o condenado ao crime de associação para o tráfico sujeita-se ao cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, se for primário, e 1/2 (metade) da pena, se for reincidente em crime doloso, como requisitos objetivos, consoante dispõe o art. 83, I e II, do Código Penal.

4. Ordem concedida para, quanto ao crime de associação para o tráfico, afastar da condenação o reconhecimento de sua hediondez. (HC 169.654/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU – Desembargador Convocado do TJ/RJ –, Quinta Turma, julgado em 14/8/2012, DJe 10/9/2012)

A meu ver, todavia, revendo posição anterior, deve ser dada outra interpretação a questão *sub judice* - requisito objetivo para fins de concessão de livramento condicional a condenado por infração ao art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Independentemente de ser hediondo ou não, há lei definindo lapso mais rigoroso para obtenção do livramento condicional na condenação pelo crime de associação para o tráfico. Necessário o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, nos termos do que determina o art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

Damásio de Jesus, ao comentar o referido dispositivo legal destaca:

> *Restrições aos crimes*
>
> *Os delitos mencionados na disposição são insuscetíveis de fiança, liberdade provisória, sursis, graça, indulto, anistia, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. **O condenado pelos crimes previstos no art. 44 somente poderá obter livramento condicional depois de cumprir dois terços da pena, salvo se reincidente específico**. Há decisões do STJ no sentido de que as restrições contidas no art. 44 da Lei não têm alcance retroativo, isto é, não se aplicam a fatos anteriores à sua vigência: STJ, RHC 20.384, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6-2-2007. (in Lei Antidrogas Anotada - 10ª edição - pág. 242).*

Desse modo, para a obtenção do benefício de livramento condicional, em condenação pelo tipo penal previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 - associação para o tráfico de drogas -, o reeducando sujeita-se ao cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, não se aplicando as disposições do art. 83, incs. I e II, do Código Penal.

A Sexta Turma alterou seu entendimento, em 5/8/2014, julgando o HC n. 292.882/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, com publicação no DJe de 18/8/2014, quanto ao tema. Veja o precedente:

> *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, (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.*

Nesse sentido, ainda, os recentes precedentes da Sexta Turma:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LAPSO PARA*

OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. 2/3. CONDIÇÃO OBJETIVA QUE INDEPENDE DA HEDIONDEZ, OU NÃO, DO DELITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006.

1. Para o crime de associação para o tráfico, há expressa previsão legal da aplicação da fração para o livramento condicional em 2/3. Não se trata de atribuir ou não caráter hediondo ao delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mas sim de se aplicar o parágrafo único do art. 44 do citado dispositivo legal.

2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1484138/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/6/2015, DJe 15/6/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. IMPOSIÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- "Na condenação pelo crime de associação para o tráfico, perpetrado sob a égide da Lei n. 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 art. 44, parágrafo único, de tal Diploma Normativo" (HC 292.882/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 18/08/2014) - Habeas corpus não conhecido.

(HC 311.642/RJ, Rel. Ministro ERICSON MARANHO – (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 16/4/2015, DJe 29/4/2015)

Acrescente que o Tribunal *a quo*, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 44 da Lei de Drogas, no que concerne à necessidade de cumprimento de 2/3 da pena para concessão de livramento condicional, através da sua Sétima Câmara Criminal, afastou sua aplicação, desrespeitando o art. 97 da Constituição Federal - cláusula de reserva de plenário - e a Súmula Vinculante n. 10 do STF, que assim dispõe:

> *Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*

Veja o seguinte precedente do STF:

> *Agravo regimental em reclamação. 2. Crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006). 3 . O Tribunal a quo, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 44 da Lei de Drogas (necessidade de cumprimento de 2/3 da pena para concessão de livramento condicional), afastou sua aplicação, sem observar o disposto no art. 97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante n. 10. 4. Violação ao princípio da reserva de plenário. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.*
> (Rcl 17411/RJ AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014)

Diante do exposto, dou provimento ao agravo regimental para, retificando a decisão constante às e-STJ fls. 108/111, determinar o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena imposta pelo delito de associação para o tráfico de entorpecente para obtenção de livramento condicional. Recurso especial provido, pois.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Como se vê, exsurge divergência jurisprudencial com o acórdão recorrido.

3.2. COMPARAÇÃO ANALÍTICA

Para o v. acórdão recorrido:

"Sustenta o Órgão Ministerial ter o ora reeducando praticado crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, devendo cumprir, a teor do disposto no art. 44, § único, da Lei nº 11.343/06, c.c. art. 83, inciso V, do Código Penal, 2/3 (dois terços) do total de suas penas para ter direito ao benefício do livramento condicional (fls. 01/05).

(...)

Em que pese a posição adotada pelo Ministério Público de Primeira e Segunda Instância, não lhes assiste razão no que se refere à fração exigida para o benefício do livramento condicional, em se tratando do crime de associação para o tráfico de drogas, que não se pode equiparar aos hediondos.

(...)

O cálculo considerou o crime de tráfico como hediondo e o de associação ao tráfico como crime comum para fins de concessão de livramento condicional, assim como para a progressão de regime.

O entendimento do MM. Juízo singular, *data maxima venia*, está correto, já que o delito insculpido no art. 35 da Lei 11.343/06, não está inserido no rol taxativo dos crimes hediondos, previsto no art. 1º da Lei 8.072/90.

O art. 2º da citada lei, embora defina tratamento diferenciado, além dos crimes hediondos, também aos crimes de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao terrorismo, silencia sobre a associação para o tráfico.

Por outro lado o art. 83 do Código Penal, ao tratar do livramento condicional, define que o juiz poderá concedê-lo desde que, inciso V, *"cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza" [sic]* e, assim, mais uma vez, a associação para o tráfico não foi mencionada.

Não se pode, assim, em prejuízo do réu, ser feita uma interpretação extensiva, já que a relação, como se disse, é taxativa e não exemplificativa.

Neste sentido:

(...)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DEFERIMENTO. AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO PARQUET. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LAPSO DE 2/3

(DOIS TERÇOS) PARA OBTENÇÃO DA BENESSE. CRIME HEDIONDO. ILEGALIDADE. NATUREZA IGNÓBIL NÃO-CONFIRMADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A Corte de origem, atribuindo o caráter hediondo ao crime de associação para o tráfico, determinou o cumprimento do lapso de 2/3 (dois terços) da reprimenda para a obtenção de liberdade condicional, nos termos do art. 83, V, do Código Penal. 2. É remansosa a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 14 da Lei n. 6.368/76) não tem natureza hedionda, situação que impossibilita a imposição de interstício mais gravoso para o deferimento da liberdade condicional. 3. Ordem concedida em parte para reformar o aresto impugnado no sentido de afastar o caráter hediondo atribuído ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes e, por conseguinte, revogar as consequências decorrentes, determinando-se a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo o paciente não estiver custodiado, devendo, contudo, o Juízo das Execuções Criminais analisar a possibilidade de extinção da punibilidade nos termos do art. 90 do Código Penal" (STJ - HC 99423/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 26/11/2009, DJe 01/02/2010).

Diante disso, desnecessária a elaboração de novo cálculo de penas como pretendido pelo órgão ministerial".

Já o aresto paradigma:

"Independentemente de ser hediondo ou não, há lei definindo lapso mais rigoroso para obtenção do livramento condicional na condenação pelo crime de associação para o tráfico. Necessário o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, nos termos do que determina o art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

Damásio de Jesus, ao comentar o referido dispositivo legal destaca:

> *Restrições aos crimes*
>
> *Os delitos mencionados na disposição são insuscetíveis de fiança, liberdade provisória, sursis, graça, indulto, anistia, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O condenado pelos crimes previstos no art. 44 somente poderá obter livramento condicional depois de cumprir dois terços da pena, salvo se reincidente específico. Há decisões do STJ no sentido de que as restrições contidas no art. 44 da Lei não têm alcance retroativo, isto é, não se aplicam a fatos anteriores à sua vigência: STJ, RHC 20.384, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6-2-2007. (in Lei Antidrogas Anotada - 10ª edição - pág. 242).*

Desse modo, para a obtenção do benefício de livramento condicional, em condenação pelo tipo penal previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 - associação para o tráfico de drogas -, o reeducando sujeita-se ao cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, não se aplicando as disposições do art. 83, incs. I e II, do Código Penal".

Como se vê, os dois julgados cuidam da mesma situação jurídica, ou seja, a aplicabilidade ou não da fração de 2/3 (dois terços) para concessão de livramento condicional a condenados pelo crime de associação ao tráfico (art. 35, Lei 11.343/06).

Em síntese:

Para o acórdão impugnado, "*associação para o tráfico de entorpecentes (...) não tem natureza hedionda, situação que impossibilita a imposição de interstício mais gravoso para o deferimento da liberdade condicional*"
Para o aresto paradigma, em sentido contrário, **"***Independentemente de ser hediondo ou não, há lei definindo lapso mais rigoroso para obtenção do livramento condicional na condenação pelo crime de associação para o tráfico. Necessário o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, nos termos do que determina o art. 44 da Lei n. 11.343/2006".*

Por seu acerto, deve prevalecer nestes autos a atual orientação jurisprudencial do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, afastando-se o entendimento adotado no acórdão recorrido.

4. DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrada a contrariedade e negativa de vigência a dispositivos de lei federal, bem como o dissenso jurisprudencial quanto aos temas destacados, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO aguarda seja **deferido o processamento** do presente **RECURSO ESPECIAL**, a fim de que, submetido à elevada apreciação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mereça **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO,** para a que seja determinada a realização de novo cálculo de penas, adotando-se a fração de 2/3 como requisito objetivo para concessão de livramento condicional ao crime de associação para o tráfico (art. 35, Lei 11.343/06).

São Paulo, 21 de fevereiro de 2017.

JORGE ASSAF MALULY
PROCURADOR DE JUSTIÇA

MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN
PROMOTOR DE JUSTIÇA DESIGNADO