

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 311.656 - RJ (2014/0330595-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : RAFAEL DOS SANTOS AVELINO

## EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. NÃO PREENCHIDO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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 - 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 nº 11.343/06. (Precedentes).

**Habeas corpus** não conhecido.

## 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.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2015 (Data do Julgamento).



**HABEAS CORPUS Nº 311.656 - RJ (2014/0330595-3)**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de RAFAEL DOS SANTOS AVELINO, contra v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

Depreende-se dos autos que o d. Juízo da Execução indeferiu o pleito de cálculo diferenciado em relação ao crime de associação para o tráfico para fim de concessão do livramento condicional.

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o eg. Tribunal **a quo**, o qual negou provimento ao recurso, em ementa cujo teor transcrevo a seguir:

*"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS (07 ANOS) E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (03 ANOS E 06 MESES) - AGRAVANTE QUE POSSUI UMA CES EM TRÂMITE PERANTE À VEP - TOTAL DAS PENAS: 10 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO - RECURSO INTERPOSTO PELA DEFESA, OBJETIVANDO A REALIZAÇÃO DE CÁLCULO DIFERENCIADO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME, COM A EXCLUSÃO DO QUANTUM DA REPRIMENDA REFERENTE À CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO IV, DA LEI 11.343/06, JÁ QUE ESTA NÃO ESTÁ LEGALMENTE DEBAIXO DO RÓTULO DA HEDIONDEZ - CORRETA A DECISÃO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONFECÇÃO DE CÁLCULO DISCRIMINADO COM A EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO IV, DA LEI 11.343/06, TENDO EM VISTA QUE SE TRATA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ANALISADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENAL, QUE GUARDA NATUREZA HEDIONDA. DE OUTRO PRISMA, LIVRAMENTO CONDICIONAL INDEFERIDO POR AUSÊNCIA DO LAPSO TEMPORAL - O CARÁTER HEDIONDO, OU NÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 35 DA LEI 11.343/06, NÃO INTERFERE NO CÁLCULO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI DE DROGAS - EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA PARA O DEFERIMENTO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL - LAPSO TEMPORAL PARA ANÁLISE DO BENEFÍCIO SOMENTE EM 26/12/2018 - DESPROVIMENTO DO*

# *Superior Tribunal de Justiça*

**RECURSO** " (fls. 40-41).

No presente **writ**, a impetrante sustenta que o delito de associação para o tráfico não está contido no rol de crimes hediondos, assim, para a concessão do livramento condicional, tem de observar a fração de 1/3 ou 1/2 a depender se o apenado é primário ou reincidente, nos moldes do art. 83, I, da Lei 8072/90.

Assevera ser inviável a aplicação da fração de 2/3 como requisito objetivo para o livramento condicional.

Requer, assim, a concessão da ordem para determinar a realização de cálculo diferenciado para o livramento condicional referente ao crime de associação para o tráfico.

A liminar foi indeferida à fl. 48.

As informações foram prestadas (fls. 53-69).

A d. Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 73-80, manifestou-se pelo **não conhecimento da ordem**.

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 311.656 - RJ (2014/0330595-3)**

**EMENTA**

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. NÃO PREENCHIDO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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 - 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 nº

11.343/06 (Precedentes).

**Habeas corpus** não conhecido.

**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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Busca-se, na presente impetração, em síntese, a concessão do livramento condicional com base no art. 83, I, do Código Penal, pelo delito de associação para o tráfico.

Trago excerto do que ficou consignado da r. decisão de primeiro grau, **verbis:**

*"[...] Quanto ao pleito de cálculo diferenciado para LC, indefiro-o,*

# *Superior Tribunal de Justiça*

porquanto há expressa previsão legal para o cumprimento de 2/3 da pena em relação aos delitos previstos nos artigos 33 e 35, da Lei 11343/06, nos termos do artigo 44 do mesmo Diploma Legal.

Saliente-se que a fração de 2/3 apontada para LC não decorre do caráter hediondo do delito, porquanto a Lei 8072/90 possui rol taxativo dos delitos hediondos ou equiparados, no qual o delito de associação ao tráfico não está incluído.

Sua aplicação é única e exclusivamente sustentada pela legislação especial (Lei 11343/06) que define os crimes relativos a entorpecentes ilícitos e suas penas. Assim, decorre a expressa previsão em legislação especial, qual seja, a Lei 11343/06, cuja aplicação deve prevalecer em relação ao CP, em observância ao princípio da especialidade" (fl. 29).

O v. acórdão ora reprochado, ao manter a r. sentença, assim dispôs:

"Registre-se que os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico foram praticados em 27/12/2011, ou seja, quando já se encontrava em vigor a nova redação dada pela Lei 11464/07 (28/03/2007) ao art. 2º, § 2º, da Lei 8072/90.

[...]

Conforme consta dos autos, foi elaborado cálculo de pena, sendo apontado o término da reprimenda para 26/06/2011 e a data de 26/12/2018 para a concessão do benefício de livramento condicional, com o cumprimento de 2/3 da reprimenda.

[...]

Ocorre que, a questão a decidir, nestes autos, não é se o crime descrito no art. 35 da Lei 11.343/06 é, ou não, hediondo ou a ele equiparado, para que, então, se decida sobre o lapso temporal exigido para o livramento condicional, mas sim, o cumprimento, ou não, do requisito previsto no art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas [...]

Conforme se vê, a previsão da necessidade de cumprimento de 2/3 da pena para a concessão do livramento condicional não se restringe ao crime de tráfico de drogas, mas também, aos delitos previstos nos arts. 34 a 37 da Lei 11343/06, sendo incluído neste rol a associação para o tráfico tipificada no art. 35 da mesma lei.

[...]

O fato é que, independentemente do caráter hediondo, o parágrafo único do artigo 44 da Lei 11.343 determina que o livramento condicional só se dará após o cumprimento de 2/3 da pena privativa de liberdade.

Assim, como a Lei de Drogas é especial e sobrepõe à norma geral do artigo 83 do CP, ela deve ser aplicada, sendo exigido o requisito de 2/3 para o benefício de livramento condicional e não 1/3, conforme pleiteado pelo nobre impetrante.

[...]

Neste contexto, não há que se falar em constrangimento ilegal, vez que o agravante não atingiu o requisito objetivo para o benefício de livramento condicional,

# Superior Tribunal de Justiça

que somente ocorrerá em 26/12/2018" (fls. 43-46).

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

Nesse sentido:

*"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 n. 1.484.138/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 15/6/2015).*

*"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*



# Superior Tribunal de Justiça

## *Normativo.*

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

Dessarte, a própria Lei n.º 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.º 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 nº 11.343/06 independe da análise do caráter hediondo do crime.

Assim, não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado, haja vista que a elaboração do cálculo concernente ao livramento condicional está de acordo com a previsão da Lei de Drogas.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2014/0330595-3

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 311.656 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00534506220148190000 01627222220138190001 1627222220138190001  
534506220148190000

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS AVELINO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Livramento condicional

**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."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.