



Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Turma de Procuradores de Justiça Criminal para
Uniformização de Entendimentos

ASSENTO nº 009/2009

É possível deferir-se o regime inicial semi-aberto e aberto aos condenados por crime de associação para o tráfico de drogas, atendidos os pressupostos dos artigos 33 e 59 do Código Penal.

O delito de associação para o tráfico de drogas está previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, *in verbis*:

“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.”

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci comenta *in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 4ª ed., São Paulo:RT, 2009, p. 366:

“(...) a pena de três a dez anos de reclusão, vedada a concessão de sursis, graça, indulto, anistia e a conversão em pena restritiva de direitos (conf. art. 44 desta Lei), deve ter início em regime fechado, por tratar-se de crime equiparado a hediondo, em nosso ponto de vista. Admite-se, portanto, unicamente, a progressão de regime.”

Renato Marcão, por sua vez, entende *in* Tóxicos, 6ª ed., São Paulo:Saraiva, 2009, p. 262/263:

“Crime não hediondo nem assemelhado: regime de pena

O crime de tráfico ilícito de entorpecente é equiparado a hediondo em razão de disposição expressa contida na Lei n. 8.072/90. Quanto ao crime de associação para o tráfico a Lei não faz qualquer referência.

Em se tratando de crime autônomo, não é correto entender seja ele equiparado a hediondo por força da existência de previsão em relação ao crime de tráfico. É juridicamente impossível ampliar o rol dos crimes hediondos para nele incluir crime não listado como tal.”

Luiz Flávio Gomes sustenta *in* Lei de Drogas Comentada, 2ª ed., São Paulo:RT, 2007, p. 206:



Ministério Público do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para Uniformização de Entendimentos

“Existe decisão no sentido de que este crime é também equiparado a hediondo, logo, sofrendo todos os consectários da Lei 8.072/90. Discordamos. (...) a CF/88 etiquetou, num rol taxativo, os crimes equiparados à hediondo, quais sejam, tortura, terrorismo e o tráfico ilícito de drogas e substâncias afins. Exclui-se, portanto, o delito de associação.”

Nessa esteira, vejamos a jurisprudência:

PENAL – HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – CONDENAÇÃO – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA – SUBSTITUIÇÃO – DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE – INDEFERIMENTO DE LIMINAR – SÚM. 691/STF – FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA – NÃO-CONHECIMENTO – MANUTENÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – SUPERAÇÃO, NESSE PONTO, DO ENTENDIMENTO DA MENCIONADA SÚMULA – PRECEDENTES – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA – EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO AOS CO-RÉUS DA AÇÃO PENAL DE CONHECIMENTO.

1. [...]

6. O crime definido no artigo 14 da Lei 6.368/1976 (atual artigo 35 da Lei 11.343/2006) é comum, sendo pacífico nesta Corte sua natureza não-hedionda, pois o legislador deixou de incluí-lo no rol taxativo da Lei 8.072/1990.

7. Portanto, a manutenção do reconhecimento de sua hediondez viola claramente o princípio da legalidade, autorizando, nesse ponto, a excepcional superação do óbice contido na Súmula 691/STF.

8. Afastada a hediondez do delito de associação para o tráfico, deve o Juízo de 1º Grau fixar novamente o regime inicial de cumprimento da pena aplicada, com base exclusivamente no artigo 33 do Código Penal.

9. Tratando-se de questão eminentemente de direito, devem os efeitos do julgado serem estendidos aos co-réus da ação penal de conhecimento.

10. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, estendendo-se seus efeitos aos co-réus da ação penal de conhecimento." (STJ, HC 89.757/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1). (Grifei).

"HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS) E ASSIM MANTIDA. REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA



Ministério Público do Estado de Mato Grosso

Turma de Procuradores de Justiça Criminal para Uniformização de Entendimentos

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. ORDEM CONCEDIDA.

1. O crime de associação para o tráfico de entorpecentes não é considerado hediondo, razão pela qual a fixação do regime prisional e a possibilidade de substituição da pena devem ser analisados com fulcro nos arts. 33, § 2o. e 44 do CPB (HC 49.896/SC, Rel. Min. NILSON NAVES, DJU 08.05.06 e HC 83.656/AC, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJU 28.05.04).

2. As duntas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso, apenas em razão da gravidade abstrata do delito (Súmulas 718 e 719 do STF).

3. Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ousar pensar que tal benesse, ainda que para condenado por crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente, ferindo o princípio da proporcionalidade, por colocar sob efeito de norma mais benéfica delito extremamente grave, além de minimizar a função reprovadora da sanção penal.

4. Entretanto, o colendo STF e este STJ já assentaram, em inúmeros julgados, a possibilidade dessa substituição, para delitos cometidos sob a égide da Lei 6.368/76, se a negativa se dá em função, apenas, da gravidade do delito.

5. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

6. Ordem concedida, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, permitida a substituição da sanção por restritiva de direitos, competindo ao Juízo das Execuções Criminais a definição das condições de seu cumprimento." (STJ, HC 86.035/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008). (Grifei).

PENAL. *HABEAS CORPUS* . ART. 14, DA LEI Nº 6.368/76. *WRIT* IMPETRADO PERANTE O E. TRIBUNAL A *QUO* AINDA NÃO APRECIADO. DENEGACÃO DE LIMINAR. LIBERDADE PROVISÓRIA DENEGADA POR SE TRATAR DE CRIME HEDIONDO.

I - Hipótese em que a impetração se volta contra decisão monocrática por meio da qual foi indeferido pedido de medida liminar, ainda não tendo ocorrido o julgamento colegiado do *writ* no e. Tribunal *a quo*.

II - *In casu*, o indeferimento da liberdade provisória se deu, unicamente, sob o fundamento de que o crime previsto no art. 14, da Lei nº 6.368/76 é hediondo.

III - É cediço nesta Corte que o crime previsto no art. 14, da Lei nº 6.368/76, não é hediondo. (Precedentes) Habeas corpus concedido. (STJ,



Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Turma de Procuradores de Justiça Criminal para
Uniformização de Entendimentos

HC 63.950/PR – Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma – Pub. no DJ em 12.03.2007, p. 283). (Grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 35, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO. ANIMUS ASSOCIATIVO ESTÁVEL E DURADOURO PARA A PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A ASSOCIAÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NATUREZA DO DELITO NÃO HEDIONDA.

REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006.

I - O tipo previsto no artigo art. 35 da Lei nº 11.343/2006 se configura quando duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade de praticar os crimes previstos nos art. 33 e 34 da norma referenciada. Indispensável, portanto, para a comprovação da materialidade, o animus associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer os crimes referenciados no tipo.

II - De outro lado, o delito de associação para o tráfico de entorpecentes é crime autônomo, sendo prescindível para sua configuração efetiva prática dos crimes previstos nos art. 33 e 34 da Lei nº 11.343/2006.

III - Na espécie, verifica-se que as razões que motivaram a condenação do recorrente pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 restaram esposadas pela e. Corte de origem de forma satisfatória e suficiente, porquanto levou em consideração, além das escutas telefônicas, o depoimento colhido em juízo de agente policial atuante na diligência investigativa para concluir que o acusado associou-se de forma reiterada e estável à organização criminoso voltada à prática do tráfico de drogas.

IV - O delito de associação para o tráfico de entorpecentes, como anteriormente afirmado, é crime autônomo, não sendo equiparado a crime hediondo (Precedentes).

V - Um vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o condenado, por crime hediondo ou equiparado, cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.



Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Turma de Procuradores de Justiça Criminal para
Uniformização de Entendimentos

VI - O art. 44 da Lei Nº 11.343/06 veda, expressamente, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em relação ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 (Precedentes).

Recurso parcialmente provido para fixar o regime inicial aberto para resgate da reprimenda imposta ao recorrente.

(REsp 1113728/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009) grifei

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII, não menciona o crime de associação para o tráfico dentre aquele rol de crimes em que foi determinado que a lei ordinária especificaria que seriam inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, entre eles, os hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Também não se encontra listado na Lei dos crimes hediondos (Lei 8072/90), nem mesmo na condição de crime equiparado a hediondo, como é o caso do tráfico.

Por seu turno, a Lei 11.343/06, em seu art. 44, trouxe vedação expressa de concessão de fiança, sursis, graça, anistia, indulto, liberdade provisória e de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pelos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e art. 34 a art. 37 da mesma Lei.

Observa-se que tais vedações alcançaram o crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35, da Lei 11.343/06, entretanto, não trouxe qualquer menção ao regime de cumprimento da pena, o que foi feito na Lei 8072/90 (art. 2º, § 1º), em relação ao tráfico de entorpecentes e drogas afins e os crimes hediondos.

Como vimos, o STJ vem sustentando entendimento firmado ainda na vigência da Lei 6368/76, de que a associação para o tráfico não é crime hediondo nem assemelhado, portanto, passível de fixação de regime semi-aberto ou aberto, desde que satisfeitos os requisitos do art. 33 c/c art. 59, ambos do Código Penal, sendo vedada, apenas, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e liberdade provisória.

Embora de gravidade impar, assim como o crime fim, ou seja, o tráfico, não vejo como sustentar a impossibilidade de fixação de regime



Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Turma de Procuradores de Justiça Criminal para
Uniformização de Entendimentos

inicial semi-aberto e aberto para o desconto da pena pelo crime do art. 35, da Lei 11.343/06, por absoluta falta de amparo legal.

José de Medeiros
Procurador de Justiça