

UNIVERSIDADE FEDERAL PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LARISSA DO AMARAL CYPRIANO

**ANÁLISE DE DECISÕES RELATIVAS AO LIVRAMENTO CONDICIONAL
APLICADO AOS DELITOS DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS
EMANADAS DO STJ**

BELÉM
2019

LARISSA DO AMARAL CYPRIANO

**ANÁLISE DE DECISÕES RELATIVAS AO LIVRAMENTO CONDICIONAL
APLICADO AOS DELITOS DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS
EMANADAS DO STJ**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito final para a obtenção de título de Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas (ICJ) da Universidade Federal do Pará.

Orientador: Prof. Ms. Benedito Wilson
Correa de Sá

BELÉM

2019

LARISSA DO AMARAL CYPRIANO

**ANÁLISE DE DECISÕES RELATIVAS AO LIVRAMENTO CONDICIONAL
APLICADO AOS DELITOS DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS
EMANADAS DO STJ**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito final para a obtenção de título de Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas (ICJ) da Universidade Federal do Pará.

Orientador: Prof. Ms. Benedito Wilson Correa de Sá

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Prof. Ms. Benedito Wilson Correa de Sá
Orientador - UFPA

Prof. Dr. Hélio Luiz Fonseca Moreira
Avaliador - UFPA

Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol
Avaliador - UFPA

Dedicado à Luiz Cypriano e Adilma
Teixeira Cypriano, meus eternos avós e
anjos.

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento deste trabalho constitui o fim de um dos ciclos mais importantes de minha vida, qual seja, o da conclusão do ensino superior em Direito pela Universidade Federal do Pará. Foram cinco anos de provas, estudos, testes e noites em claro, mas que só foram possíveis graças a uma extensa rede de apoio, essencial para a conclusão desta trajetória.

Primeiramente, agradeço a Deus por essa bênção. Agradeço também a Universidade Federal do Pará, cujo convívio foi essencial não apenas para a construção de uma profissional, mas sim, um ser humano melhor. O tempo de graduação em uma instituição pública abre nossos olhos para outras realidades e eu, que sempre tive acesso aos estudos em colégios e cursos particulares, pude ter contato com pessoas que, infelizmente, não tiveram as mesmas facilidades de acesso ao estudo que eu. Deixo a essas pessoas gratidão por me fazer enxergar além da minha bolha, admiração, bem como meus votos de sucesso em suas jornadas.

Agradeço ao Prof. Ms. Benedito Wilson Correa de Sá por ter me orientado na presente pesquisa, sempre estando presente e dispondo de seu tempo e experiência. Ademais, agradeço especialmente ao Prof. Dr. Hélio Luiz Fonseca Moreira, que sempre ajudou diretamente na confecção deste trabalho esclarecendo dúvidas, dando orientações importantes e acreditando em meu potencial para prosseguir com minha pesquisa. Toda minha gratidão e felicidade a esses mestres, que tanto me ampararam nessa caminhada.

Agradeço também ao meu pai, Luiz Márcio Teixeira Cypriano, meu amigo, parceiro e ombro amigo para todas as horas. Além de ser um pai presente, nunca mediu esforços pela minha educação, proporcionando todo o apoio necessários (seja de material de cursos, quanto psicológico). Minha gratidão e amor ao senhor, pai, por sempre ter acreditado no meu potencial e por sempre estar do meu lado, em todos os momentos da minha vida. Estamos juntos sempre.

À minha madrastra Renata, e meus irmãos de coração Lucas e Louise, que chegaram em nossas vidas em meu ano de convênio e continuaram nesses anos de graduação, meu muito obrigada pelo carinho e apoio de sempre e por acreditar em meu potencial.

Agradeço também à minha mãe, Lygia Barreto do Amaral Cypriano, que nunca duvidou do meu potencial e sempre desejou o meu sucesso. Aos meus queridos amigos de faculdade (Thays, Carol, Sophia, Glória, Rafa, Amanda, Amay, Adan, Vyt e Lipe), por terem vivido junto comigo esse curso. Com certeza, graças a vocês, essa estrada foi mais leve, divertida e proveitosa, seja em nossas conversas, saídas ou ajudas em estudos.

À minha melhor amiga de infância, Nicole Paiva, que tanto me orgulha cursando o curso de seus sonhos, agradeço a presença, carinho e companheirismo de sempre, mesmo em cursos diferentes. Fernanda, minha caçulinha do italiano e futura caloura, obrigada por todo carinho e apoio comigo em seu studygram e nas nossas conversas. E Anna, uma das minhas amigas mais próximas atuais, obrigada por mesmo distante (no Rio de Janeiro/Goiânia), por sempre ajudar a acalmar os ânimos e sempre me fazer rir nesse ano que foi tão difícil.

Sou realmente muito abençoada na minha vida. Meu amor a todos vocês. Obrigada meu Deus e espiritualidade amiga por mais uma vitória conquistada na minha trajetória terrena.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar o conteúdo de decisões contraditórias emanadas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relacionados à aplicação do benefício do livramento condicional aos delitos de associação para o tráfico de drogas. Tal análise foi determinada por conta de que este tribunal superior, mesmo pacificando o entendimento de que esse crime não possui natureza hedionda, ainda assim, aplica o quantum mais gravoso, destinado aos crimes hediondos para fins de concessão ao livramento condicional. Isso denota a presença do inimigo no direito penal, descrito na teoria de Günther Jakobs e criticada por Eugenio Zaffaroni. Pretende-se, portanto, examinar tais julgados a partir da abordagem metodológica de análise de decisões, a fim de identificar a presença da figura do inimigo nas decisões e se essa realidade é possível em um Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma pesquisa qualitativa com base no estudo de caso e pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-Chave: Livramento Condicional, Associação Para o Tráfico de Drogas, Superior Tribunal de Justiça, Inimigo no Direito Penal, Crime Hediondo.

ABSTRACT

The main objective of the present study is to analyze the content of contradictory decisions of the Brazilian Superior Court (Superior Tribunal de Justiça – STJ) related to the application of the conditional release benefit on crimes of association destined to drug traffic. This analysis was determined this court, even though pacifying the understanding that this crime doesn't have heinous nature, still applies the most severe quantum, intended for heinous crimes, for the application of conditional release. This reality denotes the presence of the enemy in criminal law, described in the theory of Günther Jakobs, criticized by Eugenio Zaffaroni. Therefore, this monography intents to examine these understandings by the methodology of decisions analysis, in order to identify the presence of the enemy figure in the decisions and if this reality is possible in a Democratic State.

Key words: Conditional Release. Association Destinated to Drug Traffic. Superior Tribunal de Justiça. Enemy on Criminal Law. Heinous Crime.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONCEITUAÇÕES INICIAIS	14
2.1	O delito de associação ao tráfico de drogas	14
2.2	O livramento condicional	17
2.3	Casos concretos de aplicação do quantum excessivo aos delitos de associação ao tráfico de drogas pelo STJ	19
2.3.1	Habeas Corpus nº 467.215/SP	21
2.3.2	Habeas Corpus nº 394.327/SP	22
3	A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	24
3.1	Considerações Iniciais Sobre a Teoria	24
3.2	Críticas à teoria do Direito Penal do Inimigo	27
3.2.1	Crítica de Eugénio Zaffaroni à Teoria do Direito Penal do Inimigo	28
3.3	O Direito Penal do Inimigo tem lugar em um Estado Democrático de Direito?	30
4	ANÁLISE DE DECISÕES EMANADAS PELO STJ	32
4.1	Breve histórico de guerra às drogas	32
4.2	Análise dos julgados do STJ sobre aplicação do livramento condicional aos delitos de associação ao tráfico	33
	REFERÊNCIAS	41
	ADENDO A – INTEIRO TEOR HC 467.215/SP	44
	ADENDO B – INTEIRO TEOR HC 394.327/SP	56

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como principal objetivo analisar o conteúdo de decisões contraditórias emanadas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relacionados à aplicação do benefício do livramento condicional aos delitos de associação para o tráfico de drogas. O STJ pacificou o entendimento de que o delito do artigo 35 da Lei de Drogas não possui natureza hedionda. Todavia, esse mesmo Tribunal Superior aplica o quantum mais maléfico ao apenado para a obtenção do instituto do livramento condicional, equivalente à fração exigida aos crimes hediondos e equiparados. Advém o seguinte questionamento: por esse entendimento contraditório?

Tal análise foi determinada pela relevância do assunto, haja vista que afeta diretamente à liberdade do indivíduo. Sobre essa perspectiva, esse questionamento do porquê da divergência de entendimentos dentro STJ traz à tona a crítica de Eugenio Zaffaroni (2007) à Teoria de Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo. Em sua crítica, o autor considera que o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos, conferindo a alguns, considerados perigosos ou uma ameaça ao meio social, o tratamento diverso do que deveria ser conferido à seres humanos. Dessa forma, a pessoa é rebaixada à condição de “inimigo”, perdendo seu caráter de ser humano.

O rebaixamento ao nível de “inimigo” dentro da sociedade, conforme Zaffaroni (2007), é uma contradição entre o Estado Democrático de Direitos e seus princípios constitucionais e ao Direito Penal. Isso se dá porque enquanto os princípios constitucionalmente previstos levam em consideração a dignidade da pessoa humana, o discurso do inimigo dentro do Direito Penal retira esse caráter de pessoa, legitimando o indivíduo visto como perigoso na legislação, ocasionando decisões díspares.

Dessa forma, os entendimentos diversos do STJ na aplicação do livramento condicional em delitos de associação para o tráfico de drogas se encaixam na ideia do inimigo de Jakobs, criticada por Eugenio Zaffaroni (2007). Essa divergência produz efeitos no meio jurídico que violam o princípio constitucional da liberdade do indivíduo e o princípio da proporcionalidade da pena do Direito Penal, haja vista que notoriamente o indivíduo está sendo responsabilizado de maneira mais maléfica, devendo cumprir o maior quantum de

pena para obtenção do benefício do livramento condicional, mesmo não cometendo um crime considerado hediondo (único tipo de crime passível de exigir o maior quantum de cumprimento de pena).

O referencial teórico do trabalho será constituído, primordialmente, por doutrinadores jurídicos, sociológicos e criminológicos, além de jurisprudências do STJ que demonstrem a contradição da aplicação do quantum de cumprimento de pena maior para obtenção do livramento condicional em casos da infração penal do art. 35 da Lei de Drogas.

Dessa forma, o presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro será destinado a conceituar o livramento condicional, o delito de associação para o tráfico de drogas, bem como a apresentação de julgados do STJ que demonstram a aplicação de quantum mais maléfico para obtenção do benefício em casos desse delito. Ademais, o segundo capítulo contém a definição da Teoria de Günther Jakobs sobre a Teoria do Inimigo no Direito Penal, bem como suas críticas, com especial ênfase na de Zaffaroni. Por fim, o terceiro capítulo será constituído na análise dos julgados do STJ apresentados no primeiro capítulo.

Nesse sentido, é imprescindível o estudo de doutrinadores da área do Direito Penal, tais como Bittencourt (2015) e Damásio de Jesus (2015), visando a melhor conceituação possível dos institutos. Além disso, ter-se-á a compreensão da Teoria do Inimigo no Direito Penal, conceituada por Jakobs (2007), com o intuito de melhor análise dos julgados do STJ em questão.

Em relação à perspectiva sociológica e criminológica, tem-se a importância do entendimento de Zaffaroni (2007), com o intuito de justificar e demonstrar os efeitos sociais que as decisões contraditórias do Superior Tribunal de Justiça acarretam. Zaffaroni (2007) também será essencial para demonstrar a violação aos preceitos constitucionais por conta da legitimação do discurso do inimigo perigoso à sociedade no Direito Penal. Ademais, outros livros e artigos dispostos nas referências embasarão a construção do presente trabalho.

Depreende-se que o presente estudo se propõe a analisar a contradição identificadas nos julgados do STJ relativos à concessão do livramento condicional, nos casos do delito de associação para o tráfico. Portanto, além da revisão da literatura correlata, adotar-se-á como procedimento metodológico a pesquisa documental, com base no estudo de casos (YIN, 2001). A partir de levantamentos de literatura e de análise dos dispositivos normativos envolvidos, a fim de verificar sua

aplicabilidade nos julgados do STJ, para que se possa discorrer sobre os entendimentos deste Tribunal Superior.

Nesse sentido, recorre-se à Metodologia de Análise de Decisões – MAD (FREITAS FILHO; LIMA, 2010), com o intuito de tornar sua análise mais proveitosa para obter uma explicação do sentido dessas decisões. Para isto, visa reunir e organizar as informações relevantes para a compreensão do julgado, tais como a busca de elementos informativos essenciais de uma decisão em um determinado contexto e de coerência decisória.

Sendo assim, o protocolo de análise de decisões elaborado por Roberto Freitas e Thalita Moraes (2010) será essencial para a devida análise dos julgados do STJ, visando a coleta do maior número de informações e de sentidos que os julgados se pautaram. Dessa forma, o voto dos relatores e dos ministros em cada julgado será necessário para embasar o desenvolvimento da Monografia.

O estudo será pautado, portanto, na coleta e análise de julgados do STJ, com busca do entendimento do sentido de tais decisões; levantamento da literatura correlata ao tema para conceituação dos institutos presentes na contradição e explanação de um possível motivo da presente divergência nos Julgados do referido Tribunal Superior; e a análise das consequências jurídicas e sociais que esses julgados implicam.

Cristalina, por conseguinte, a importância do assunto no Direito. Essa contradição presente nos julgados do STJ traz à tona aspectos sociais e jurídicos, proporcionando uma interessante discussão do motivo para tal divergência de entendimento. Além disso, a presente questão levanta debates entre princípios constitucionalmente previstos e princípios contidos nas legislações penais.

O presente trabalho possui relevância científica e jurídica, portanto. Tal realidade se dá por conta da possibilidade de análise de julgados de STJ juntamente aos efeitos sociais que tais decisões acarretam. Dessa forma, é reforçado o caráter interdisciplinar do Direito com outras áreas, especificamente o âmbito da sociologia, visando que essas decisões do Superior Tribunal de Justiça possam ser vistas com maior aplicabilidade e proporcionalidade aos casos concretos.

2 CONCEITUAÇÕES INICIAIS

É importante, anteriormente à análise dos casos, ter bem delineadas algumas conceituações. Dessa forma, este capítulo divide-se, nesta ordem, em considerações sobre o delito de associação ao tráfico de drogas. Depois, conceitua-se o livramento condicional. Por último, são apresentados os resumos dos dois casos que serão analisados no último capítulo deste trabalho.

2.1 O delito de associação ao tráfico de drogas

O delito de Associação ao Tráfico de Drogas, está previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), 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.

Impõe o número mínimo de dois agentes, dentre eles, pouco importando a presença de um inimputável ou de um agente não identificado. Dessa forma, é perfeitamente possível que as autoridades possam processar um único agente quando todos não forem identificados, desde que se tenha certeza da existência de outro membro.

O bem jurídico objeto da proteção penal desse delito é, da mesma forma que os outros previstos na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), é a proteção da saúde pública. Dessa forma, o bem tutelado juridicamente deve ser observado no plano coletivo ou social. Ou seja, levando-se em consideração a saúde geral de pessoas que habitam em uma sociedade, comunidade.

Associar-se é o ato de união, congregação ou de se aliar para consecução de uma finalidade comum, de maneira permanente ou estável. Ou seja, o atributo da associação é a constância do vínculo entre os agentes, ainda que nenhum dos crimes planejados aconteça. Vale frisar que, apesar de o artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 dispor a expressão “reiteradamente ou não”, esse tipo penal deve possuir a estabilidade ou a permanência (LIMA, 2015).

Consonante GRECO FILHO (apud LEAL; LEAL, 2008), essa permanência ou estabilidade temporal da associação criminosa é o animus associativo, a vontade de vincular-se por um determinado período, devendo esse vínculo entre os agentes ser estável. O próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, há muito tempo, para o delito ser caracterizado, deve-se ter o dolo de estabilidade e de permanência. Nesse sentido, o HC nº 245.469/RJ, julgado em 05/12/2012 pela 5ª Turma do STJ:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.

PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI N.º 11.343/2006. ESTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. **Diante da expressão "reiteradamente ou não", contida no caput do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário**, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, **que a reunião se dê de forma estável.**

2. **Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006.** Doutrina. Precedentes.

3. Tendo as instâncias de origem reconhecido, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, que a reunião do paciente com os demais corréus seria estável e permanente, a admitiram como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que vai ao encontro da interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas (STJ, 2012) . (Grifo nosso)

Percebe-se, dessa forma, a imprescindibilidade do dolo de estabilidade e permanência para a configuração do artigo 35 da Lei de Drogas. A simples associação de duas ou mais pessoas não é suficiente para o enquadramento na tipificação em questão. Esse entendimento prevalece nos dias atuais, a exemplo, no mesmo sentido, do acórdão do HC 438.022/RJ, julgado em 02/08/2018:

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. **Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006.** Doutrina. Precedentes.

2. Tendo as instâncias de origem reconhecido que os pacientes integravam a associação criminosa conhecida como "Comando Vermelho", sendo que um deles era responsável por entregar as drogas aos

usuários, ao passo que o outro tinha o encargo de controlar os valores obtidos com o comércio proscrito, está caracterizado o delito de associação para o tráfico, afastando-se a coação ilegal suscitada na impetração.

3. Para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido nos autos, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus (STJ, 2018). (Grifo nosso)

Portanto, para o enquadramento nesse tipo penal é imprescindível que haja uma estabilidade (isto é, um mínimo nível organizacional) e uma constância temporal dessa associação. Sendo assim, os agentes, ao criarem um vínculo associativo, devem fazer com que esta seja no mínimo organizada e se perdure no tempo, não havendo necessidade de um acordo formal, mas sim, apenas a manifestação e o propósito de praticar o delito conjuntamente.

Quanto aos requisitos da descrição legal, é um crime plurissubjetivo, ou seja, não se pode falar de co-autoria, mas de crime praticado em conjunto, de maneira coletiva. É crime comum e de perigo presumido pois, conforme LEAL E LEAL (2008), além de poder ser praticado por qualquer pessoa, basta o ato descrito no tipo penal (o ato de se associar) para que a tutela penal seja exercida de forma antecipada.

Ademais, o crime de associação para o tráfico de drogas é considerado formal, porque, segundo LIMA (2015), não importa, para sua consumação, se os agentes efetivamente praticaram os delitos para os quais se associaram. Ou seja, consuma-se independentemente da prática de quaisquer concretudes de tráfico e financiamento. Consonante Nelson Hungria (apud LEAL; LEAL, 2008, p. 201), em comentário em relação ao crime de quadrilha ou bando, mas que é relevante ao assunto, a consumação do crime se dá com o momento associativo, sendo este suficiente para se ter a tutela penal.

Insta salientar que o crime de associação não se configura apenas se o fim for o tráfico de drogas, mas, também, quando os agentes visam a união para praticar os tipos equiparados e previstos no mesmo artigo do delito. Isto é, comete o delito quando os agentes acordam em se reunir para efetuarem quaisquer dos crimes dispostos no artigo 33, caput e §1º e nos artigos 34 e 36 da mesma Lei de Tóxicos. Portanto, o elemento subjetivo deste delito se dá pela expressão de vontade dos indivíduos para a finalidade de realizar as condutas tipificadas no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 – dentro do contexto de uma associação estável.

Um importante aspecto a ser destacado é que o delito de associação para o tráfico não é considerado um crime hediondo. Este delito não é assim considerado porque não está previsto na Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos - LHC), a qual possui um rol taxativo de crimes. Essa realidade já foi pacificada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça que este não possui natureza hedionda, justamente pelo fato de não estar previsto no rol taxativo da Lei nº 8.072/1990, visualizado em diversos julgados desse mesmo Tribunal Superior. Exemplos desses julgados serão visualizados posteriormente nesse capítulo.

2.2 O livramento condicional

O livramento condicional, prefigurado no artigo 83 do Código Penal e no artigo 132 da Lei de Execuções Penais, se refere à saída antecipada do estabelecimento prisional de um sentenciado à pena privativa de liberdade. É concedido após o preenchimento de alguns requisitos, e, já em liberdade, deve o sentenciado atender as condições previstas na sentença de concessão do benefício. Portanto, configura-se como uma antecipação limitada da liberdade.

A definição da natureza jurídica do livramento condicional envolve divergências doutrinárias. Segundo Damásio de Jesus (2015), a partir da Reforma Penal de 1984, o instituto passou a ser considerado uma medida penal de natureza restritiva da liberdade, em vez de um direito público subjetivo de liberdade da pessoa condenada ou mero incidente da execução dependente da decisão do magistrado.

Em contrapartida, Cezar Roberto Bittencourt (2015) considera que o instituto deixou de ser uma discricionariedade do juiz para ser visto como um direito público subjetivo do condenado. Isto é, o livramento condicional é uma garantia, a partir de normas jurídicas ao sentenciado, no caso, o titular do direito, de faculdades jurídicas (a liberdade), condicionadas ao preenchimento dos seus requisitos.

O artigo 83 do Código Penal Brasileiro lista os principais requisitos deste instituto, que são, conforme Damásio de Jesus (2015), de ordem objetiva e subjetiva. Em relação aos requisitos objetivos, estão presentes: a natureza e quantidade da pena, haja vista que só pode ser aplicado o benefício em penas privativas de liberdade igual ou superior a dois anos; o cumprimento de parte da pena fixada na sentença condenatória, cujo quantum varia de acordo com o delito; e efetiva reparação do dano ocorrido por conta da infração penal, se for possível.

No que tange aos requisitos subjetivos, conforme Damásio de Jesus (2015), são os que fazem jus à pessoa do condenado: bons antecedentes; comportamento satisfatório durante a execução penal, devendo o sentenciado ter bom comportamento dentro e fora do cárcere; bom desempenho e aptidão para prover a própria subsistência por meio do trabalho que exercer, tanto dentro quanto fora do estabelecimento prisional.

Além do preenchimento dos requisitos do artigo 83 do Código Penal, o livramento condicional deve obedecer às condições presentes na Lei nº 7210/1984. A Lei de Execuções Penais dispõe, nos parágrafos 1º e 2º de seu artigo 132, sobre condições obrigatórias e facultativas ou judiciais. As condições obrigatórias são: a obtenção de ocupação lícita em tempo razoável, devendo este trabalho respeitar as condições físicas do indivíduo; comunicar ao juiz, periodicamente, a sua ocupação; e não alterar o território da comarca sem prévia autorização judicial, pois o acompanhamento do sentenciado é facilitado quando seu espaço territorial é limitado. Importa frisar, no entanto, que a obrigatoriedade dessas condições é questionável, principalmente porque as taxas de desemprego no Brasil são elevadas. Nesse caso, qual seria a garantia para um egresso do sistema penitenciário?

Em relação às condições facultativas, de acordo com Cezar Roberto Bittencourt (2015), são também denominadas judiciais por dependerem da cominação, da imposição do magistrado: o ato de não mudar de residência sem prévia comunicação ao juiz e autoridades responsáveis pela observação do apenado; o recolhimento à residência em hora fixa; não frequentar determinados lugares; e abstenção de práticas delituosas.

Frisa-se que livramento condicional pode ser revogado, sendo diversas as causas de revogação do instituto. Diante disso, tem-se o não cumprimento das condições obrigatórias e/ou facultativas, as causas de revogação obrigatória – as quais, por serem de natureza condenatória irrecorrível, conforme Cezar Roberto Bittencourt (2015), não há necessidade de ouvir o apenado – e as de revogação facultativa (permitindo que o liberado seja ouvido antes do ato de revogação, ou, dependendo, o juiz pode em vez de revogar, advertir ou agravar as condições do livramento do apenado).

À luz do tema, são causas obrigatórias de revogação do livramento condicional, presentes no artigo 86 do Código Penal: condenação irrecorrível por

crime cometido durante a vigência do livramento condicional, não importando se for doloso ou culposos, consoante Damásio de Jesus (2015); e condenação por crime cometido antes da vigência do livramento condicional. No tocantes às causas de revogação facultativa do livramento condicional, tem-se o não cumprimento das obrigações da sentença, ou seja, as condições obrigatórias e/ou judiciais; e a condenação a pena que não seja privativa de liberdade por crime ou contravenção penal.

É cristalino, dessa forma, que o livramento condicional é uma conquista antecipada da liberdade mediante o atendimento de condições, constituindo a última etapa do cumprimento de pena no sistema progressivo. Esse instituto não substitui nem finaliza a pena cominada, mas sim, altera o seu meio de cumprimento. Consoante Cezar Roberto Bittencourt (2015), o livramento condicional é uma forma de diminuição de efeitos prejudiciais ocasionados pelo cárcere ao indivíduo condenado, facilitando o seu retorno ao meio social.

Ante o exposto, é importante ressaltar, para o presente trabalho, o quantum de pena a ser cumprido para a obtenção do benefício. O artigo 83 do Código Penal Brasileiro, dispõe o valor da pena que deve ser cumprido, variável de acordo com o delito cometido. Dessa forma, de acordo com os incisos do artigo supracitado, o quantum é diverso para crimes comuns e crimes hediondos ou equiparados, quais sejam, respectivamente, o cumprimento de 1/3 e 2/3 da pena cominada. No entanto, essa regra não é aplicada nos casos de delito de associação ao tráfico de drogas, consoante será exposto a seguir.

2.3 Casos concretos de aplicação do quantum excessivo aos delitos de associação ao tráfico de drogas pelo STJ

Consoante exposto anteriormente, o quantum de pena a ser cumprido, para fins de obtenção de livramento condicional, é diferenciado para crimes hediondos e crimes comuns, sendo, respectivamente, 2/3 e 1/3. Considerações mais específicas sobre o crime hediondo serão feitas em capítulo posterior do presente trabalho, no entanto, em primeiro plano, entende-se este como o crime previsto no rol da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos – LCH). Entendimento pacificado do STJ não considera o delito do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 como hediondo. Nesse

contexto, tem-se o acórdão do HC 296.207/SP, julgado em 18/08/2015, pela 6ª Turma:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. DECISÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE DETERMINA REGRESSÃO DE REGIME. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME COMUM. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO 2/5 DA PENA DO CRIME HEDIONDO E 1/6 DO CRIME COMUM. REQUISITO ATENDIDO. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E LONGA PENA A CUMPRIR. SÚMULA N. 439 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RESTABELEECER DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU.

- Não há como conhecer de habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio (HC n.109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Verifica-se o pedido deduzido na impetração apenas no tocante à existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

- A Corte Estadual cassou a progressão para o regime aberto concedida ao apenado pelo Juiz de primeiro grau por considerar que o crime de associação para o tráfico é hediondo. Também determinou a realização de exame criminológico limitando-se a fazer menção sobre a longa pena a cumprir e a gravidade abstrata dos crimes praticados.

- **O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de 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.** Afastada a condição de delito hediondo em relação ao crime de associação para o tráfico, deve ser cumprido o lapso de 2/5 para o crime hediondo (tráfico de drogas) e de 1/6 de pena para o crime comum.

(...) Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para restabelecer a decisão do Juiz das Execuções que deferiu ao apenado a progressão para o regime aberto (STJ, 2015). (Grifo nosso)

Depreende-se, portanto, que o crime de associação para o tráfico de drogas não possui natureza hedionda, visto que não está expressamente previsto no taxativo rol da LHC. Na mesma linha de entendimento, há o HC 324.691/SP, julgado pela 6ª Turma do STJ:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. INCIDÊNCIA DOS LAPSOS DE 1/6 PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O crime de associação para o tráfico não integra o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n.º 8.072/90. Assim, a progressão de regime, em condenações pelo delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, sujeita-se ao lapso de 1/6, previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal.

(...)

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar o caráter hediondo do crime de associação para o tráfico e restabelecer a decisão do Juízo das Execuções que deferiu a progressão de regime ao ora Paciente (STJ, 2015). (Grifo nosso)

Nesse sentido, o correto seria que o delito de associação para o tráfico de drogas exigisse o menor quantum possível para a obtenção do livramento condicional. Isso porque a maior fração só é exigida aos crimes previstos taxativamente como hediondos ou equiparados e, consoante entendimento pacificado do próprio STJ, o artigo 35 da Lei de Drogas não possui natureza hedionda, justamente por não estar previsto no rol taxativo da LCH.

No entanto, a aplicação do benefício do livramento condicional nesse delito é controversa, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça aplica a fração de crimes hediondos no delito de associação ao tráfico de drogas, mesmo sendo consolidado seu entendimento de que este delito não possui natureza hedionda. Essa controvérsia de julgamentos está disposta nos julgados abaixo, e será analisada em capítulo posterior no presente trabalho.

2.3.1 Habeas Corpus nº 467.215/SP

Julgado em 23 de outubro de 2018, relatado pelo Ministro Felix Fischer, o Habeas Corpus nº 467.215/SP, teve como paciente Alef Willian dos Santos. Impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo em Execução nº 00531-95.2017.8.26.0509.

A partir de condenações pelos crimes do artigo 33, 35 e 40 da Lei 13.342/06, o Juízo das Execuções homologou os cálculos de pena utilizando a fração de 1/3 (um terço) para a concessão do livramento condicional para o delito de associação para o tráfico, por não se tratar de crime hediondo. Diante disso, o Ministério Público interpôs Agravo em Execução em busca da aplicação da fração de 2/3 (dois terços) da pena para a obtenção do livramento condicional neste delito. O juízo a quo deu provimento, estabelecendo, então a fração de 2/3 para o delito de associação para o tráfico.

E é justamente que se pauta a fundamentação do Habeas Corpus em análise, em que o impetrante argumentou que, em seu caso, deveria ser feita uma interpretação sistemática da Lei Especial junto ao Código Penal, a fim de aplicar o

artigo 83, I do Código Penal (o qual estabelece a fração de 1/3 para a obtenção do livramento condicional) e, por conseguinte, anular a decisão que exige o cumprimento de 2/3 da pena do delito de associação para o tráfico para a obtenção do instituto.

Em suma, o Habeas Corpus em exame buscou afastar a hediondez do delito de associação para o tráfico de drogas com sua posterior retificação do cálculo de pena para concessão do livramento condicional, a fim de anular a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e obter quantum mínimo de pena para acesso ao livramento condicional.

Em seu voto, o relator argumentou que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o delito do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 não possui natureza hedionda. Entretanto, relatou que o mesmo Tribunal Superior pacificou o entendimento quanto ao mesmo delito, a fim de concessão do instituto do livramento condicional, por conta do princípio da especialidade, a aplicação do parágrafo único do artigo 44 da Lei de Tóxicos, o qual dispõe que esse mesmo delito deve possuir 2/3 da pena cumprida para obter o instituto, sendo vedada a concessão do mesmo ao reincidente específico.

Sobre essa perspectiva, em seu voto, o Ministro relator concluiu que o lapso temporal para a obtenção do livramento condicional em casos de delito de associação para o tráfico independe de sua classificação como hediondo ou não, permanecendo a mesma fração de cumprimento de pena de um crime hediondo. Isso se dá por conta de a Lei de Drogas ser especializada, o que afasta a aplicabilidade do Código Penal, uma norma de caráter mais geral. Entendeu, portanto, a inexistência de um constrangimento ilegal. Dessa forma, o Habeas Corpus em exame não foi conhecido pelo Ministro Relator, sendo seu voto aceito por unanimidade pela 5ª Turma do STJ.

2.3.2 Habeas Corpus nº 394.327/SP

Julgado em 13 de junho de 2017, o Habeas Corpus nº 394.327/SP, o qual teve como relator o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, teve como paciente Rafael Pereira Carneiro, condenado pela prática do delito de associação para o tráfico. O presente Habeas Corpus foi impetrado pelo advogado particular do sentenciado, Douglas Teodoro Fontes.

O Juízo da Execução da comarca de São José do Rio Preto/SP homologou o cálculo de liquidação da pena, considerando o delito de associação ao tráfico de drogas como se hediondo fosse, inclusive para concessão do instituto do livramento condicional, instituindo o quantum de 2/3 para sua obtenção. O réu, nesse sentido, impetrou Agravo em Execução em face da decisão, sendo tal recurso considerado desprovido.

Sobre essa perspectiva, a defesa pleiteou o Habeas Corpus em questão a fim de alterar essa decisão homologada pelo juízo da Execução, afirmando, em sua argumentação, que o delito do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 não possui natureza hedionda justamente porque a própria Lei de Crimes Hediondos não o institui em seu rol, logo, nenhuma outra Lei poderia fazê-lo tornar-se hediondo, com fulcro constitucional. Ademais, alegou que mesmo tal crime não possua natureza hedionda, ainda é tratado como tal para a concessão do livramento condicional. Dessa forma, pleiteou pela consideração do crime em questão como não hediondo e seu consequente recálculo da pena para fins de livramento condicional.

Em seu voto, o Relator argumentou que é entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que o delito de associação para o tráfico de drogas não possui natureza hedionda, justamente pelo fato de não estar previsto no rol da Lei nº 8.072/1990. No entanto, um ponto interessante a ser ressaltado sobre essa questão é a conclusão do Ministro Relator de que o princípio da especialidade deve prevalecer nos casos desse crime.

Dessa forma, segundo o voto do Ministro Relator, o mesmo Tribunal Superior pacificou o entendimento que, por mais que o crime do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 não seja considerado como hediondo, ainda assim, para concessão do instituto do livramento condicional, deve-se cumprir 2/3 da pena previsto no parágrafo único do artigo 44 da Lei de Tóxicos. Isso se dá porque traz à tona o princípio da especialidade, em que a Lei de Drogas, por ser uma lei específica, deve prevalecer sobre o Código Penal, uma lei geral.

Ante o exposto, o voto do Ministro Relator concedeu provimento parcial ao Habeas Corpus em exame. Isto é, afastou a natureza hedionda do crime previsto no artigo 35 da Lei de Tóxicos, por conta de este não estar previsto na Lei de Crimes Hediondos. Porém, manteve a fixação de 2/3 de cumprimento de pena para obtenção do instituto do livramento condicional, tendo em vista a incidência do princípio da especialidade. O voto foi aceito por unanimidade pela 6ª Turma do STJ.

3 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O presente capítulo tem por objetivo a apresentação da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Dessa forma, sua divisão é composta por, inicialmente, algumas considerações iniciais, como suas bases filosóficas e suas características. Posteriormente, apresenta-se críticas à essa teoria, incluindo a mais famosa, de Eugenio Zaffaroni (2007). Por último, tem-se a avaliação se o Direito Penal do Inimigo é possível em um Estado Democrático de Direito.

3.1 Considerações Iniciais Sobre a Teoria

A Teoria do Direito Penal do inimigo foi formulada por Günther Jakobs, apresentando-a descritivamente, pela primeira vez, em 1985; e, posteriormente, em 2003, foi desenvolvida como tese afirmativa e legitimadora, como possível parte do sistema jurídico penal. Essa Teoria surgiu a partir de alguns preceitos filosóficos. Segundo Luiz Gomes (2010), Jakobs baseou-se em autores contratualistas, dentre eles, Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Nesse sentido, o inimigo, ao infringir o contrato social, perde todos os seus direitos, perdendo seu status de cidadão, entrando em guerra contra o Estado. Portanto, para essa corrente, quem infringe o contrato social não é merecedor dos benefícios do Estado (PILATI, 2011).

Salienta Rachel Pilati (2009), no entanto, que o pensamento de Günther Jakobs se assemelha mais às ideias de Hobbes e de Kant, pois esses autores entendem que a ideia de que apenas autores de delitos mais graves devem ser excluídos - enquanto que, para Fichte e Rousseau, todo indivíduo que vai de encontro ao ordenamento deve deixar de fazer parte do Estado. Ou seja, Hobbes e Kant, conforme Luís Greco (2005) distinguem inimigos de cidadãos, tratando-os diversamente.

Consonante Luís Greco (2005), Jakobs caracteriza o Direito Penal de acordo com a imagem do autor do caso concreto. Caso o autor seja enquadrado como cidadão, este é livre do direito penal (o qual só deve ser aplicado em casos de perturbação exterior e, mesmo assim, com direito a garantias penais). Todavia, o autor pode ser selecionado como inimigo, sendo considerado uma fonte de perigo aos bens jurídicos tutelados (nesse caso, o direito é aplicável até em cogitações e profundos pensamentos).

Jakobs, dessa forma, propõe a legitimação de dois tipos de direito penal: o aplicável ao cidadão e o aplicado ao inimigo. Em relação ao primeiro, quando um cidadão comete um crime, garante-se o devido processo legal e outras garantias penais, diferentemente do segundo: com o inimigo do direito penal, conforme Cancio Meliá (2008, apud PILATI, 2011, p. 33), o devido processo legal dá lugar a um procedimento de guerra - sendo uma estratégia de prevenção de riscos, haja vista que não são considerados como “pessoas”.

Segundo Luís Greco (2005), o termo “pessoa” é usado para apontar o indivíduo com comportamento alinhado ao regramento, cuja obediência à norma é confiável. Por conseguinte, os inimigos não são considerados pessoas, haja vista que não são indivíduos em que se pode confiar o cumprimento da norma e a segurança dos bens tutelados pelo Direito Penal.

Francisco Conde (2008) lista as características do Direito Penal do Inimigo. Em primeiro plano, tem-se a desproporcionalidade das penas, com aplicação das mais graves; além disso, há a redução ou extinção de garantias ao indivíduo; e a criminalização de atos que não representem danos concretos, antes mesmo da execução de um crime, punindo-se os atos preparatórios, bastando ser mera cogitação.

Sobre essa perspectiva de caracterização do Direito Penal do Inimigo, Gomes (2010) salienta que o inimigo não é punido de acordo com sua culpabilidade, mas sim, a partir de sua periculosidade apresentada ao meio social. Depreende-se, dessa forma, que mesmo que o indivíduo considerado cidadão cometa algum crime, este não perderá o seu status de pessoa, diferentemente do enquadrado como inimigo, agravando as represálias em face deste.

Conforme Rachel Pilati (2009), esse aumento das represálias não interessa a gravidade do fato, mas sim, apenas a emergência de contenção do inimigo, contra sua periculosidade. Isso se dá porque o inimigo, ao não ser considerado pessoa, é considerado, automaticamente, como objeto de coação. Dessa forma, mesmo que a pena seja intensa e desproporcional, é justificada a tutela penal antecipada.

Jakobs, portanto, situa esses indivíduos fora do ordenamento jurídico, privando-os de direitos e garantias próprios das “pessoas”. Consonante Rachel Pilati (2009), o inimigo em Jakobs é um indivíduo taxado por sua periculosidade, que não segue um comportamento aceitável perante a sociedade nem segue o regramento

proposto pelo Estado, vulnerabilizando, portanto, a segurança dos indivíduos considerados como “pessoas”.

Consonantemente à Teoria de Jakobs, haveria, portanto, dois direitos Penais. Segundo Gomes (2010), o primeiro seria destinado aos cidadãos, respeitando garantias penais e processuais. O segundo, dos inimigos, abarcando os indivíduos considerados uma ameaça ao Estado, não há garantia de direito algum, mas sim, coação física, um estado permanente de guerra.

Jakobs (2003 apud PILATI, 2009) considera como inimigo os indivíduos que ameaçam, com seu comportamento, a ordem social, isto é, o criminoso praticante de delitos mais gravosos e, segundo Francisco Conde (2008), os que praticam delitos com habitualidade e reincidência. Abarcam-se, pela conceituação de Günther Jakobs, os praticantes de delitos sexuais, terrorismo, crimes organizados, crimes econômicos, narcotráfico, entre outros.

Vale ressaltar que a Teoria é fundada a partir da concepção da função da pena para Jakobs. Segundo Jochen Bung (apud PILATI, 2009, p. 29), “a vigência da norma só existe onde também há confiança na vigência da norma”, sendo a pena uma forma de prevenção positiva. Nesse sentido, conforme Rachel Pilati (2009), a partir do funcionalismo sistêmico, a pena teria apenas a função de reafirmar a vigência da norma, tendo como finalidades, de acordo com Fábio Bozza (apud PILATI, 2009, p. 29), de intimidar, corrigir, neutralizar ou retribuir.

Tendo como base esse contexto, Jakobs considera a pena de prisão sob dois aspectos: como coação (simbólico) ou como segurança (físico). No primeiro sentido, a pena é meramente simbólica e, segundo Luiz Flávio Gomes (2005), a norma continua em vigor e válida mesmo depois de ser violada, sendo a pena o instituto que vai de encontro à sua violação, reafirmando a vigência da norma. Quanto ao segundo sentido de acordo com Rachel Pilati (2011), a pena já possui o condão de prevenir, haja vista que o criminoso, enquanto preso, não pode cometer novos delitos fora do presídio, de forma a proteger o meio social desse indivíduo.

Dessa forma, levando-se em consideração Rachel Pilati (2011), o Direito Penal do Inimigo pode ser considerado como uma “tática de contenção”. Ou seja, segundo Luiz Flávio Gomes (2005), após a eleição de quem seja o inimigo, a Teoria do Direito Penal do inimigo se distingue ao Direito Penal do Cidadão (o qual incide todas as garantias e direitos limitadores do Poder Estatal). É notório, portanto, que a

Teoria de Günter Jakobs foi pensada como um meio de impedir o avanço do poder punitivo nos países centrais, os quais possuíam capitalismo avançado.

3.2 Críticas à teoria do Direito Penal do Inimigo

A Teoria de Jakobs é objeto de várias críticas. Segundo Greco (2005), não há uma alternativa à classificação de inimigo, levando-se em consideração que os indivíduos não-pessoas são perigosos ao meio social, punindo-se a mera cogitação de um crime. De acordo com Pilati (2009), isso desrespeita o princípio penal do fato, o qual exige um fato criminoso, uma conduta para que se possa punir o agente. Nesse sentido, segundo Brunoni (apud PILATI, 2009, p.33), criminaliza-se não a ação do agente, mas sim, a personalidade, de forma que os inimigos já são autores sem ao menos cometer os delitos. Por exemplo, mesmo sem ter assassinado, é considerado um homicida.

Consonante Gomes (2010), são diversas e problemáticas as consequências do Direito Penal do Inimigo. Destacam-se, dentre elas, a flexibilização de princípios, tais como o da legalidade, por conta da vaga descrição de crimes e de penas, e o da imputação objetiva; aumento desproporcional de penas; execução penal mais gravosa; bem como a antecipação desnecessária da tutela penal.

Dessa forma, há o afastamento do critério de lesão aos bens jurídicos, o que torna, conforme Gomes (2010), o direito penal do inimigo algo meramente simbólico, apenas para proteger a vigência da norma. Ou seja, consonante Machado (apud PILATI, 2009, p. 35), para que o direito penal aplicável aos considerados inimigos fosse acionado, bastava a simples cogitação de violação de valores abstratos que eram definidos arbitrariamente, da mesma forma ocorrida nos regimes nacionais-socialistas, os quais não puniam a culpabilidade, mas sim, a periculosidade de alguém.

Nesse sentido, segundo Gomes (2010), critica-se a ideia de que não há represália a penas desproporcionais, visto que, em vez de respeitar um devido processo legal, clama-se por um eterno estado de guerra a esses indivíduos. Por conseguinte, não há espaço para garantias penais e processuais, aplicando medidas excepcionais (aplicáveis somente em estados de exceção) em tempos comuns, demonstrando claro desrespeito à constituição.

A teoria de Jakobs, além disso, é considerada um retrocesso, haja vista que, conforme Pilati (2009), pressupõe a criminalidade como um meio básico de comportamento de certos indivíduos. Segundo Greco (2005), a principal crítica era em relação à negação do status de pessoa a esses indivíduos, por conta de que constituiria um retorno ao pensamento nacional socialista de exclusão de determinados grupos. Zaffaroni (2007), cuja crítica será analisada posteriormente, por sua vez, afirma que a identificação de um indivíduo como inimigo, leva à radicalização.

Sobre essa perspectiva de radicalização, Gomes (2010) traz à tona a crítica de desproporcionalidade de sanção, não respeitando um devido processo legal, afetando diretamente garantias e direitos constitucionalmente previstos. Isso eleva à condição do indivíduo considerado inimigo de criminoso comum a um criminoso de guerra, visando a total eliminação deste. Consonante Pilati (2009), essa realidade destrói a razoabilidade, sendo considerado antidemocrático.

Por conseguinte, são diversas as críticas à teoria de Jakobs. Em síntese, consonante Gomes (2010), o direito penal do inimigo é um retrocesso por ser um conjunto normativo que pune não uma conduta, mas sim, um indivíduo por sua personalidade, haja vista que a existência do inimigo, por si só, afeta a legitimidade do ordenamento jurídico. Tal realidade, de acordo com Greco (2005), não é aceitável constitucionalmente, além de que representa o ápice do terrorismo estatal, servindo de justificativa a regimes autoritários atuais ou futuros.

3.2.1 Crítica de Eugénio Zaffaroni à Teoria do Direito Penal do Inimigo

Dentre as diversas críticas formuladas à Teoria de Jakobs, destaca-se a elaborada por Eugenio Zaffaroni, presente na obra “O Inimigo no Direito Penal” (2007). Em primeiro plano, o autor afirma que o discurso do inimigo não é novidade, haja vista que, historicamente, o poder punitivo sempre tratou diversamente alguns indivíduos, baseando-se em critérios discriminatórios, eliminatórios, tratando-os como indivíduos perigosos. À título de exemplificação, tem-se os hostis (inimigos políticos dos romanos, geralmente estrangeiros), as bruxas e os rebeldes na época da idade média, e as penas de prisão e de morte na época da Revolução Industrial.

Essa realidade, segundo Zaffaroni (2007), não foi diferente na América Latina visto que na época da colonização, o poder punitivo considerava os nativos

inimputáveis e os mestiços como potenciais imorais. Ademais, os discursos criminológicos sempre coadunaram com o tratamento diverso destinado aos inimigos. Por exemplo, na caça às bruxas, cujas inimigas eram as mulheres, o discurso era legitimado pelos teocráticos baseado no combate aos Demônios e à imoralidade. Essa eterna procura por um inimigo se justifica, segundo Gomes (2010), pelo fato de que o poder punitivo é o poder de defesa contra os inimigos e, para sua manutenção, é importante ter sempre a ideia de um inimigo para combater.

Consonante Pilati (2011), no século XIX, o inimigo foi considerado inferior por pertencer à uma raça não evoluída. De acordo com Zaffaroni (2007), essa definição de um inimigo ôntico trazida à tona pela Teoria de Jakobs, é criticada, pois leva facilmente à radicalização, tanto que constituiu fator primordial para o pensamento de regimes fascistas e nazistas.

Zaffaroni (2007), além disso, afirma que não há limitação ao conceito de inimigo, acarretando a falta de limites contra a guerra a esses indivíduos trazida à tona na Teoria. Dessa forma, ao não se estabelecer uma clara definição de quem seja o inimigo, abrir-se-á espaço para a discricionariedade do julgador, ou seja, a julgamentos subjetivos, sujeita à abusos, indo totalmente de encontro ao Estado Democrático de Direito, o qual será melhor abordado posteriormente.

Gomes (2010), ademais, salienta a crítica de Zaffaroni que essa prisão em massa possui função socioeconômica ao encarcerar os indivíduos tidos como perigosos. Isso se dá porque livra o meio social do convívio com esses inimigos e também porque, de acordo com Zaffaroni (2007), é rentável, pois o Direito Penal é considerado o único remédio para combater esse perigo, tornando-se mais um produto de mercado e midiático. Em suma, aprisionando-se esses indivíduos, consonante Pilati (2011), tem-se mais emprego, mais dinheiro e gera mais propagando sobre o Estado.

Segundo Zaffaroni, por conseguinte, tem-se que o sistema penal sempre foi seletivo, e a ideia de Direito Penal do Inimigo reforça esse entendimento, de modo que traz a ideia do indivíduo não-pessoa como um animal inferior, pouco evoluído. Dessa forma, a Teoria de Jakobs reforça a visão de que a solução para contenção dos criminosos tidos como ladrões, homicidas, narcotraficantes (entre outros considerados “inimigos” do meio social) é seu encarceramento, até mesmo por uma função socioeconômica.

3.3 O Direito Penal do Inimigo tem lugar em um Estado Democrático de Direito?

Levando-se em consideração as críticas formuladas à teoria, tem-se que é inviável sua aplicabilidade em um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, em tese, é impossível que a Teoria de Jakobs seja conciliada com o ordenamento jurídico brasileiro, pois vai de encontro com os princípios da Constituição Federal de 1988, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana.

Entende-se esse princípio da dignidade da pessoa humana como, segundo Flávia Piovesan (2013), o encontro entre o direito e a ética, a partir do pensamento kantiano em que as pessoas existem como um fim em si mesmas, não devendo ser usadas como meios de ações arbitrárias, haja vista que são dotadas de racionalidade (e não são consideradas como “coisas”) - sendo dotadas, portanto, intrinsecamente, de dignidade, sendo esta um valor absoluto, único e insubstituível. Sendo assim, a dignidade deve orientar o ordenamento jurídico como um todo.

Ao divergir a aplicabilidade de um Direito Penal para os cidadãos e os inimigos, de acordo com Greco (2005), estar-se-ia classificando pessoas como pessoa e não-pessoa e, partir disso, como perigosas ou não ao meio social. Sobre essa perspectiva, é inadmissível, segundo Pilati (2009), em um Estado Democrático de Direito, que se tenha indivíduos que não possuem os mesmos direitos como pessoa humana. Isso porque esse valor é absoluto e insubstituível, ou seja, não se pode delegar o status de não pessoa a alguém.

Gomes (2010), nesse contexto, afirma que o Direito Penal deve ser, necessariamente, vinculado à uma Constituição Democrática de um Estado. A separação do mesmo em dois direitos diversos é inadmissível, haja vista que, enquanto o direito penal do cidadão é necessário e óbvio, o direito penal destinado ao inimigo é contraditório, pois não respeita o status de pessoa desses indivíduos.

Consonante Ferrajoli (apud PILATI, 2009), além disso, o Estado Democrático de Direito, ao distinguir pessoas como inimigos ou amigos em vez de apenas culpados ou inocentes após um devido processo legal, perde sua essência, haja vista que contradiz seus próprios princípios. Segundo Pilati (2009), a categoria de inimigos, na maioria das vezes, não é claramente caracterizada, acabando por atingir vários indivíduos. Destaca-se aqui a ideia de Zaffaroni (2007) sobre a

ausência de limitação ao conceito de inimigo, sujeitando o indivíduo à discricionariedade do julgador, sujeita a diversos abusos.

Além disso, a aceitação do conceito de inimigo, segundo Gomes (2010), implica a anuência a um estado de guerra permanente contra ele. Essa lógica de Guerra conduz a excessos, o que, de acordo com Pilati (2011), estabelecer-se-ia medidas excepcionais, tais como regras predominantes em estado de defesa e de sítio, o tempo inteiro. Portanto, violaria a razoabilidade, a legalidade e demais princípios da Constituição, colocando-se em risco o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Jakobs (2007) confere à realidade uma visão estática, visto que acredita ser necessário o abandono do modelo ideal de Estado, por este ser impossível. No entanto, o modelo ideal deve servir como base orientadora, a fim de evitar excessos e abusos. Além disso, é importante extinguir a ideia de que o Direito Penal seja a solução para todos os problemas estatais, a fim de que este seja o último recurso implementado. Ante o exposto, é notório que a Teoria do Direito Penal do Inimigo viola a ideia de um Estado Democrático de Direito por ir de encontro aos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana (ZAFFARONI, 2007).

4 ANÁLISE DE DECISÕES EMANADAS DO STJ

O último capítulo do presente trabalho tem por objetivo analisar as decisões apresentadas no primeiro capítulo sob a ótica do Direito Penal do Inimigo. Para tanto, tem-se, inicialmente, um breve histórico sobre a guerra às drogas, justificando o fato de o narcotraficante ser encaixado na figura do inimigo. Por fim, há a análise dos julgados propriamente dita, baseada na metodologia de análise de decisões.

4.1 Breve histórico de guerra às drogas

Depreende-se, segundo as ideias de Zaffaroni (2007) já expostas no presente trabalho, que há uma eterna busca, por parte do Estado, de um inimigo. Não foi diferente com os Estados Unidos, visto que, Segundo Pilati (2011), o fim da Guerra Fria extinguiu a União Soviética e, portanto, não havia a denominada ameaça comunista para preencher o lugar do inimigo. Dessa forma, a guerra às drogas foi difundida para ocupar esse espaço.

De acordo com Pilati (2009), inclusive na América Latina, o discurso contra as drogas começou em meados da década de 1970, considerando-as como o inimigo, ganhando força a partir da década de oitenta. Iniciou-se o tratamento do consumidor de drogas como doente, enquanto que o traficante é tratado como o delinquente. Tem-se, a partir disso, a construção, a partir do discurso jurídico transnacional, da droga como inimigo externo, desenvolvendo-se a imagem de países do tráfico e países vítimas (DEL OMO, 1990 apud PILATI, 2011, p. 44-45).

Sobre esse contexto, segundo Pilati (2011), há a regulação jurídica do discurso de guerra às drogas, até mesmo nos países da América Latina. Diante disso, surgiram diversas legislações contra o narcotráfico, tais como a Lei nº 366 do Controle e Fiscalização do Tráfico de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas e a Lei Antitóxicos Brasileira nº 5.726/1971, entre outras.

Diante disso, a guerra contra o tráfico tornou-se, segundo Loïc Wacquant (2001), um meio de controle do que chamava de “classes perigosas”, consideradas entraves ao Estado e que seriam perigosas ao equilíbrio do meio social. Segundo o autor, esse discurso de guerra em face do narcotráfico foi fator primordial para acréscimo do número de encarceramentos ao redor do mundo.

Esse aumento da população carcerária foi feito segundo o risco, de acordo com Loïc Wacquant (2001), que essas chamadas “classes perigosas” pelo autor apresentavam. Não se considerava, dessa forma, os indivíduos dessa classe como pessoas, sendo todos considerados uma massa de excluídos. Cristalina aqui a existência de um enquadramento dos envolvidos, de alguma forma, com o narcotráfico, como inimigos, de acordo com a Teoria de Jakobs.

Configura-se, dessa forma, um direito penal do inimigo. O filtro da denominada “classe perigosa” por Loïc Wacquant constitui, segundo Pilati (2011), um estado de exceção em vez de um estado de direito. Essa realidade se dá por conta de que direitos fundamentais são afastados para combater os inimigos, no caso, os indivíduos envolvidos com o narcotráfico de alguma forma, considerados um problema para a manutenção do meio social.

Em sua crítica à Teoria do Direito Penal do Inimigo, Zaffaroni (2007) argumenta que essa nova emergência de combate aos inimigos justifica o aumento de legislações penais e processuais penais mais gravosas ao redor do mundo, incluindo a América Latina. Isso se dá porque, a necessidade de uma defesa contra os perigosos indivíduos envolvidos com o narcotráfico legitima um estado de guerra em face destes e, portanto, dispensam-se as garantias processuais devidas. Nesse sentido, pode-se citar a própria Lei de Drogas Brasileira, haja vista que, conforme será abordado posteriormente, esta institui quantum mais maléfico e ausência de benefícios para alguns delitos.

Vale frisar que, segundo Zaffaroni (2007), mesmo com a existência de legislações que respeitam o Estado Democrático de Direito, essa realidade autoritária também prevalece em decisões e entendimentos judiciais. Por conseguinte, percebe-se que, ao aplicar quantum mais gravoso para o delito de associação ao tráfico, o STJ coaduna com o discurso de guerra às drogas e aos indivíduos que estejam envolvidos no narcotráfico, conforme será analisado no tópico posterior deste capítulo.

4.2 Análise dos julgados do STJ sobre aplicação do livramento condicional aos delitos de associação ao tráfico

Nas diversas categorias de classificação de crimes, há a que distingue crimes comuns de crimes hediondos. Ambos divergem pela gravidade de lesão ao bem

jurídico protegido juridicamente, penas aplicadas e algumas consequências secundárias, tais como admissão de fiança, anistia entre outros. O crime hediondo, nesse sentido, enseja implicações mais rigorosas do que em relação ao crime comum por conta de seu tratamento mais severo.

Cumpra distinguir esses dois crimes pormenorizadamente. Em primeiro plano, os crimes comuns, segundo Cezar Roberto Bittencourt (2015) são aqueles que não são classificados como hediondos, de responsabilidade ou contravenções penais, sendo, portanto, uma conceituação excludente. Geralmente previstos no próprio Código Penal, podem ser praticados por quaisquer pessoas, sendo passíveis de anistia, graça, progressão de regime e livramento condicional a partir de um certo tempo de cumprimento de pena.

Já os crimes hediondos, consoante De Moraes e De Paula (2014), tiveram sua origem na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90 - LCH), a qual foi criada para complementar o inciso XLII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que trouxe pela primeira vez a expressão “hediondo”. Isso se deu porque tal dispositivo constitucional é de eficácia limitada e, para tanto, necessita de lei posterior para melhor definição.

Nesse contexto, segundo De Moraes e De Paula (2014), a LCH foi uma resposta à sociedade em relação ao crescimento dos níveis de criminalidade nos anos 1990, com o intuito de diminuí-la, trazendo um tratamento mais severo aos delitos contidos em seu rol. Dentre esses tratamentos mais severos, há aumento de quantum para progressão de regime e para obtenção do livramento condicional, vedação de anistia, graça e indulto, entre outros.

Importa ressaltar, neste trabalho, a diferença do quantum para obtenção do livramento condicional. O artigo 83 do Código Penal dispõe, em seus incisos, a quantidade de pena que deve ser cumprida para obtenção do benefício, sendo este valor variável pelo tipo de crime e pela reincidência do sentenciado. A quantidade de pena que deve ser cumprida para o acesso ao instituto é 1/3 e 2/3 para crimes comuns e hediondos, respectivamente.

Sobre essa perspectiva, consoante De Moraes et al (2014), frisa-se que o Brasil adotou o critério legal para definir os crimes hediondos. Isto é, são considerados como tais apenas os crimes elencados no taxativo rol do artigo 1º da LCH, bem como os equiparados pela Constituição Federal. Depreende-se da leitura de tal dispositivo que o delito de associação ao tráfico de drogas não se encontra

elencado nesse rol. Diante disso, o STJ pacificou o entendimento, em suas decisões, de que o crime de associação para o tráfico de drogas não é hediondo, haja vista que não está previsto no rol do artigo 1º da LCH¹.

Ocorre, porém, que o STJ, mesmo com o entendimento pacificado de que o delito do artigo 35 da Lei de Drogas não possua caráter hediondo, pacificou o entendimento de que, para o delito de associação ao tráfico de drogas, continuar-se-á aplicando o quantum de 2/3 para fins de obtenção do livramento condicional.

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.

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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 (STJ, 2018).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. BENEFÍCIOS. REQUISITO OBJETIVO. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. LAPSOS TEMPORAIS DISTINTOS. CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) NO CASO DE PROGRESSÃO E DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA O LIVRAMENTO, VEDADA A SUA CONCESSÃO AO REINCIDENTE ESPECÍFICO. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol taxativo de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

2. Não se tratando de crime hediondo, não se exige, para fins de concessão de benefício da progressão de regime, o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente para a progressão do regime

¹ No mesmo sentido: STJ, Habeas Corpus 296.207/SP, Ministro Relator Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Julgado em 18/08/2015, DJE 04/09/2015; STJ, Habeas Corpus 324.691/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em 30/06/2015, DJE 03/08/2015.

prisional, sujeitando-se ele, apenas ao lapso de 1/6 para preenchimento do requisito objetivo.

3. No entanto, a despeito de não ser considerado hediondo, o crime de associação para o tráfico, no que se refere à concessão do livramento condicional, deve, em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, exigir que o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico.

4. Ordem concedida para afastar a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico e determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São José do Rio

Preto/SP proceda a novo cálculo da pena, considerando, para fins de progressão de regime e de livramento condicional, respectivamente, as frações de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços) (STJ, 2017).

Segundo essa ótica jurisprudencial, por conseguinte, o aludido delito possui o tratamento dado a um crime hediondo, isto é, mais severo, sem ser assim considerado conforme entendimento do mesmo Tribunal Superior, sendo maléfico ao sentenciado. Tais decisões violam os princípios da legalidade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. Ao destinar esse tratamento mais maléfico ao agente de associação ao tráfico de drogas, tem-se um desrespeito ao rol da LHC, dificultando o acesso à garantia do livramento condicional, afetando a razoabilidade do cumprimento de pena e, portanto, a dignidade da pessoa humana ao privar o indivíduo de sua liberdade por mais tempo que o necessário (BITTENCOURT, 2015).

Diante disso, percebe-se o enquadramento do narcotraficante como um inimigo da sociedade. A própria Lei de Drogas, segundo Leopoldino e Lencina (2017), ao dispor de prazos específicos maiores para a prisão temporária e conclusão de inquérito policial, bem como a disposição do crime de tráfico de entorpecentes como equiparado à hediondo já demonstra maior severidade no tratamento com esses agentes. O próprio artigo 44 da Lei, in verbis, dispõe a ausência de garantias e de quantum maior para obtenção de livramento condicional para delitos específicos, incluindo o do artigo 35:

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.

Há nessa situação um estereótipo criminal em cima de indivíduos que sejam relacionados ao narcotráfico de alguma forma, seja no tráfico propriamente dito ou

até mesmo apenas em associação para este fim, considerando-os agentes altamente nocivos ao meio social. Segundo Salo de Carvalho (2006), esses estereótipos moldam o raciocínio judicial, de forma a alterar hipóteses de condenação, absolvição, fixação de pena, acesso à benefícios, entre outros. No caso em comento, restringe-se o acesso à garantias fundamentais e há majoração de penas, características dos destinatários do título de inimigo em Jakobs, considerados como não-pessoas.

Consonante Borges e De Oliveira (2013), isso se dá devido ao discurso punitivista em relação aos traficantes traduzida a partir de uma tendência internacional de combate às drogas. As autoras argumentam que há um aumento de projetos de lei no Congresso Nacional os quais versam sobre aumentos desproporcionais das penas e suspensão de benefícios a qualquer pessoa envolvida por essas práticas. Isso inclui os indivíduos envolvidos apenas na associação, não havendo necessidade de consumação do tráfico de drogas.

Notório, dessa forma, a partir desses entendimentos jurisprudenciais, a incidência do Direito Penal do Inimigo. Verifica-se a configuração de um estado eterno de exceção em face de qualquer figura que pode estar envolvida com o narcotráfico, até mesmo os que apenas se associaram, vistos como agentes altamente perigosos, segundo Jakobs, garantindo a vigência da norma como medida urgente, a fim de combatê-los (ZAFFARONI, 2007).

Diante disso, passa-se à análise de conteúdo dos julgados do STJ que versam sobre a aplicação do livramento condicional em delitos de associação ao tráfico de drogas. Em primeiro plano, tem-se o voto do Ministro Relator disposto no Habeas Corpus 467.215/SP:

Com efeito, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que o crime de associação para o tráfico não integra o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n. 8.072/90.

Todavia, no que concerne ao lapso temporal exigido para o livramento condicional, a Lei n. 11.343/06 prevê requisito objetivo específico para a concessão do benefício aos condenados pelo delito de associação para o tráfico, conforme dispõe o parágrafo único do art. 44.

Em observância ao Princípio da Especialidade, aplica-se o disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06 em detrimento dos incs. I e II do art. 83 do Código Penal nas condenações pelo delito de associação para o tráfico (STJ, 2018).

Mais uma vez, o Tribunal Superior deixa claro o entendimento pacificado de que o delito do artigo 35 da Lei de Drogas não possui natureza hedionda, justamente

pelo fato de não estar prevista em seu rol taxativo. No entanto, consonante Bittencourt (2015), o artigo 44 dessa Lei indica a clara vontade de majoração de punições de alguns delitos, ignorando-se os princípios da proporcionalidade e da legalidade.

Esses objetivos de repressão aos considerados inimigos são claramente demonstrados pelo excesso de legislação especial, o que é duramente criticado por Cezar Bittencourt (2015), pois, segundo esse autor, a ausência de cientificidade e delimitações claras dessas legislações penais destruiu a harmonia e a coerência do sistema criminal brasileiro.

No mesmo sentido, Leopoldina e Lencina (2017), consideram que os indivíduos processados pela Lei de Drogas são destinatários de diferente tratamento, não se levando em consideração a proporcionalidade, a razoabilidade e até mesmo a individualização da pena, haja vista que essas pessoas já respondem mais gravosamente pelo fato de estarem envolvidas em algo diretamente relacionado ao narcotráfico. Levando-se isso em consideração, observa-se a conclusão do voto do Ministro Relator do HC 467.215/SP:

Conclui-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 acerca de sua classificação como hediondo, ou não (STJ, 2018).

Cristalina a crítica de Zaffaroni (2007) da eterna busca de um inimigo pelo Estado e sua consequente aplicação do direito penal como primeira ratio como meio mais fácil de resolução de conflitos. O fato de aplicar o quantum de livramento condicional mais gravoso para o delito de associação ao tráfico de drogas independentemente de este ser classificado como hediondo ou não configura uma resposta estatal contra o narcotráfico perante à sociedade, em um eterno estado de exceção em face desses ditos inimigos.

Na mesma linha de raciocínio do Tribunal Superior, passa-se à análise do segundo caso concreto. Em seu conteúdo, o Habeas Corpus 394.327/SP traz o voto do Ministro Relator, em que mais uma vez se reconhece o entendimento pacificado do STJ de que o crime de associação para o tráfico de drogas não possui natureza hedionda. Além disso, reconhece, portanto, o benefício de menor cumprimento de pena para a progressão de regime:

Com efeito, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n.11.343/2006) não figura no rol taxativo de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

Portanto, não se tratando de crime hediondo, não se exige, para fins de concessão de benefício da progressão de regime, o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente para a progressão do regime prisional, sujeitando-se ele, apenas ao lapso de 1/6 (um sexto) para preenchimento do requisito objetivo (STJ, 2017).

Entretanto, novamente a Teoria de Jakobs se mostra presente nos julgados do STJ. Por conta de o delito envolver associação que envolve narcotráfico, mesmo que este não seja hediondo, deve prevalecer o quantum mais gravoso para obter benefícios. Tanto que, em sua conclusão, o voto do Ministro Relator no julgado em exame afastou a hediondez do crime do artigo 35 da Lei de Drogas, mas, mesmo assim, manteve o quantum mais grave para obtenção de livramento condicional.

No entanto, a despeito de não ser considerado hediondo, o crime de associação para o tráfico, no que se refere à concessão do livramento condicional, deve, em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, exigir o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico (STJ, 2017).

Ante o exposto, concedo a ordem para afastar a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico e determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São José do Rio Preto/SP proceda a novo cálculo da pena, considerando, para fins de progressão de regime e de livramento condicional, respectivamente, as frações de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços) (STJ, 2017).

Segundo Leopoldina e Lencina (2017), verifica-se que os dispositivos da Lei de Drogas dispõem de um tratamento diferenciado aos indivíduos que praticam os delitos contidos nesse dispositivo legal. Esse tratamento é consubstanciado em julgados do STJ, sendo mais gravoso por conta de envolverem um determinado grupo de indivíduos considerados como inimigos, quais sejam, os envolvidos de alguma forma com o narcotráfico. Mais uma vez, o Direito Penal do Inimigo se mostra incidente na jurisprudência pátria, restringindo garantias individuais e princípios basilares do Direito aos agentes processados pela Lei de Drogas.

Consonante a crítica de Zaffaroni (2007) à Teoria de Jakobs, a figura do inimigo sempre existiu de alguma forma no meio social. Com ele, sempre houve um poder punitivo para combatê-lo, em uma eterna guerra em que o Direito Penal é a medida urgente. Mesmo que o status de um Direito Penal do Inimigo sem garantias

não seja admitido formalmente, suas características estão vigentes na jurisprudência pátria.

Borges e De Oliveira (2013), nesse sentido, consideram que mesmo que o status de direito penal do inimigo não seja reconhecido, não há impedimento à aplicação de penas desproporcionais ou supressão de acesso a benefícios aos indivíduos em processos que envolvam a Lei de Drogas. Essa realidade é demonstrada nos julgados analisados acima, em que o próprio Tribunal Superior Brasileiro, mesmo considerando o delito como não hediondo, aplica quantum mais gravoso para acesso ao livramento condicional por versar sobre o grupo envolvido com drogas.

Depreende-se que os julgados em análise demonstram um estado de guerra em face dos envolvidos, de alguma forma, com o narcotráfico. Isso se dá por conta do estereótipo de inimigo a esse grupo, gerando um estado de guerra velado contra os mesmos, isto é, um direito penal do inimigo não aceito formalmente, mas com sucessivas suspensões de garantias e limitações de definição de pessoa a esse grupo.

Tal realidade vai de encontro ao Estado Democrático de Direito, atentando contra sua essência. Ao admitir penas e acessos desproporcionais à um grupo de indivíduos por considerá-los perigosos, há um rebaixamento para um status de não-pessoa, considerando-os inimigos do meio social. Dessa forma, vai de encontro à Constituição e aos princípios basilares do Direito (ZAFFARONI, 2007).

Ante o exposto, há a discussão de meios alternativos de combate às drogas que não envolvam o direito penal repressivo. Pilati (2011) dispõe que, em relação ao tratamento de modelos alternativos para o combate às drogas, cada país deve levar em consideração suas particularidades. Além disso, a autora considera que o uso exclusivo do direito penal, especialmente repressivo com os envolvidos com o narcotráfico, não resolve o impasse, devendo-se investir na reinserção social de egressos do sistema carcerário envolvidos com o narcotráfico. Deve-se ter em mente a, por conseguinte, a prevenção, com investimento em políticas públicas de esclarecimento da população e de tratamento adequado a quem possui o vício. Dessa forma, ter-se-ia a superação da imagem de inimigo desses indivíduos.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Especial 4. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Clara Maria Roman; DE OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes. Direito Penal do Inimigo e a Guerra Contra o Tráfico de Drogas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, n. 57, p. 221-243, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34565>. Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 467.215/SP**. 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. Relator: Ministro Felix Fischer. Data de julgamento: 23/10/2018, DJE: 31/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 245.469/RJ**. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI N.º 11.343/2006. ESTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. Relator: Ministro Jorge Mussi, Data do Julgamento: 09/10/2012, DJe: 05/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 438.022/RJ**. [...] ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. BENEFÍCIOS. REQUISITO OBJETIVO. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. LAPSOS TEMPORAIS DISTINTOS. CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) NO CASO DE PROGRESSÃO E DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA O LIVRAMENTO, VEDADA A SUA CONCESSÃO AO REINCENTE ESPECÍFICO. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. Relator: Ministro Jorge Mussi. Data do Julgamento: 02/08/2018, DJe: 09/08/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 394.327/SP**. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. BENEFÍCIOS. REQUISITO OBJETIVO. (...) CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) NO CASO DE PROGRESSÃO E DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA O LIVRAMENTO, VEDADA A SUA CONCESSÃO AO REINCENTE ESPECÍFICO. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Data de julgamento: 13/06/2017, DJE: 23/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 296207/SP**. [...] PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. DECISÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE DETERMINA REGRESSÃO DE REGIME. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME COMUM. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO 2/5 DA PENA DO CRIME HEDIONDO E 1/6 DO CRIME COMUM. REQUISITO ATENDIDO. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E LONGA PENA A CUMPRIR. SÚMULA N. 439 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RESTABELECER DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. Relator: Ministro Ericson Marinho (desembargador convocado do TJ/SP), Julgado em 18/08/2015, DJE 04/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 324.691/SP**. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. INCIDÊNCIA DOS LAPSOS DE 1/6 PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 30/06/2015, DJE 03/08/2015.

DE CARVALHO, Salo. Política de Guerra às Drogas na América Latina Entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente. **Revista Jurídica**, n. 5, 2006. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosjuridico/index.php/juridico/article/view/5>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

DE JESUS, Damásio. **Direito Penal** – Parte Geral. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DE MORAES, Ilydia Fonseca; DE PAULA, Maurício Lopes. Do Caráter Hediondo do Crime de Associação Para o Tráfico: Uma Análise Comparativa com o Homicídio Privilegiado-Qualificado à luz da Lei 8.072/90. **Revista Letras Jurídicas**, n. 3, 2014. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2015/06/LJ-0315.pdf>. Acesso: 11 de novembro de 2019.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Universitas JUS**, n. 21, p. 1-17, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/0>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). **Conteúdo Jurídico**. 2010. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 07 de outubro de 2019.

GRECO, Luís. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, nº 7, 2005. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000748561>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: Noções e críticas**. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Controle Penal das Drogas e o Crime de Associação Para o Tráfico Ilícito: Comentários ao art. 35, da Lei 11.343/2006. 2008. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (organizadores). **Doutrinas Essenciais – Direito Penal: Leis Especiais I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEOPOLDINA, Cândida Joelma; LENCINA, Mariana Hazt. A Análise da Lei N. 11.343/2006 Sob a Ótica do Direito Penal do Inimigo. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 17, n. 33, 2017, p. 85-102. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/18625>. Acesso em: 11 novembro de 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. [s. l.], 12 jan. 2005. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>. Acesso em: 01 nov. 2019.

PILATI, Rachel Cardoso. Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**, v. 13, n. 25, 2009, p. 23-44. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1333>. Acesso em:

PILATI, Rachel Cardoso. **Direito Penal do Inimigo e Política Criminal de Drogas no Brasil: Discussão de Modelos Alternativos**. 2011. Dissertação (mestrado em direito). - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WACQUANT, Löic. **As Prisões da miséria**. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ADENDO A - INTEIRO TEOR HC 467.215/SP

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 467.215 - SP (2018/0225329-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF WILLIAN DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

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

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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.

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, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e

Superior Tribunal de Justiça

Joel Ian Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 467.215 - SP (2018/0225329-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF WILLIAN DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de ALEF WILLIAN DOS SANTOS, contra o v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, no agravo em execução n. 0005331-95.2017.8.26.0509.

Depreende-se dos autos que o paciente cumpre pena pela prática dos delitos descritos nos artigos 33, **caput** (duas vezes) e 35, **caput**, c/c art. 40, **caput**, todos da Lei n. 11.343/06. Consta que o Juízo das Execuções homologou os cálculos da pena do paciente, utilizando a fração de 1/3 como requisito objetivo para a concessão do livramento condicional no tocante ao delito de associação ao tráfico.

Irresignado o Ministério Público interpôs agravo em execução buscando a aplicação do percentual de 2/3, com base no parágrafo único do artigo 44 da Lei 11.343/2006. O eg. Tribunal **a quo** deu provimento ao recurso a fim de determinar a elaboração de novos cálculos, considerando que a fração de cumprimento de pena para o livramento condicional é de 2/3 em relação ao crime de associação ao tráfico, nos termos do v. acórdão de fls 30-33.

Daí o presente **mandamus**, no qual a impetrante alega, em síntese, que os cálculos homologados para fins de livramento condicional quanto ao crime de associação não podem subsistir, pois "*ao realizar uma interpretação sistemática da Legislação Especial e do Código Penal, merece aplicação o referido artigo 83, inciso I, que exige o cumprimento de apenas 1/3 da pena para fim de livramento condicional*" (fl. 11).

Requer, ao final, a concessão da ordem, a fim de anular a decisão proferida pela autoridade coatora, no que tange à exigência do percentual de 2/3 para a concessão do livramento condicional quanto ao delito de associação ao tráfico.

Superior Tribunal de Justiça

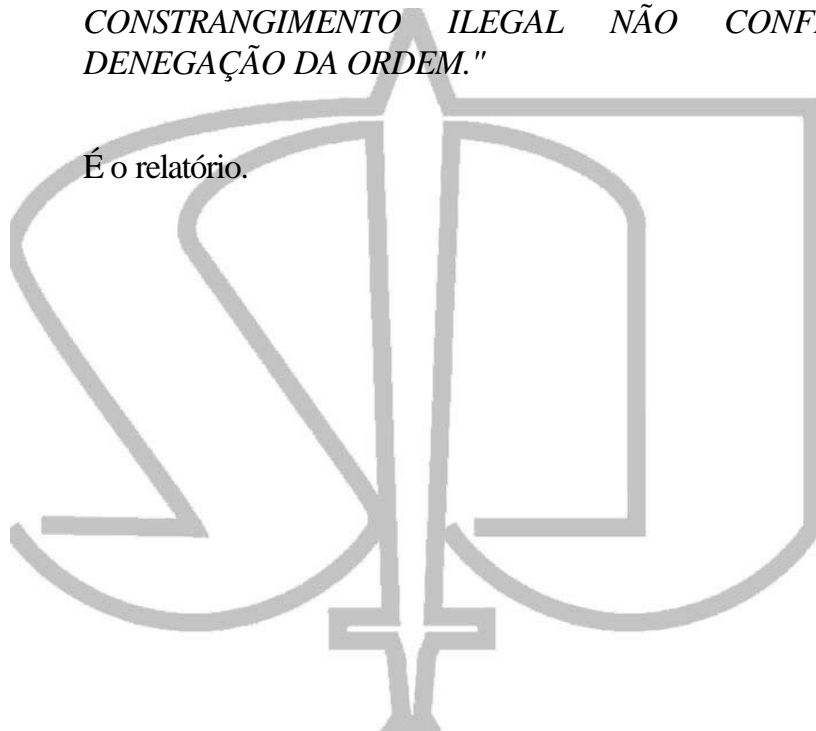
O pedido liminar foi indeferido (fls. 43-45).

Informações prestadas às fls. 53-63 e 66-75.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 324-328, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. ACÓRDÃO QUE ELABOROU NOVO CÁLCULO DE PENAS. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 467.215 - SP (2018/0225329-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF WILLIAN DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

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

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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.

VOTO

Superior Tribunal de Justiça

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A Defesa busca, em síntese, por meio do presente **habeas corpus**, afastar a hediondez do delito de associação para o tráfico, com a consequente retificação do cálculo das penas do paciente para o fim de fazer incidir a fração relativa ao crime comum para a concessão do livramento condicional.

Para delimitar a **questio**, transcrevo o seguinte excerto do v. acórdão do eg. Tribunal **a quo** (fls. 32-33):

"Muito embora não seja desajustado afirmar ser a associação para o tráfico delito comum - não equiparado aos hediondos - a fração de cumprimento de pena para o livramento condicional é de 2/3, conforme expressamente dispõe a lei antidrogas:

"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".

[...]

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para determinar seja elaborado novo cálculo de penas, nos termos acima expostos."

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que o crime de associação para o tráfico não integra o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n. 8.072/90.

Todavia, no que concerne ao lapso temporal exigido para o livramento condicional, a Lei n. 11.343/06 prevê requisito objetivo específico para a concessão do benefício aos condenados pelo delito de associação para o tráfico, conforme dispõe 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 incs. I e II do art. 83 do Código Penal nas condenações pelo delito de associação para o tráfico.

Conclui-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 acerca de sua classificação como hediondo, ou não.

Nesse sentido:

"PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NULIDADE. HOMOLOGAÇÃO CÁLCULOS. NOVA VISTA À DEFESA APÓS MANIFESTAÇÃO DO PARQUET. PRESCINDIBILIDADE. 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. REINCENTE ESPECÍFICO. VEDAÇÃO. CRIME ANTERIOR GERADOR DA REINCIDÊNCIA. PREVISÃO NO MESMO TIPO PENAL DO QUE O PRATICADO POSTERIORMENTE. PRESCINDIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - Embora a jurisprudência desta Corte Superior considere que o crime de associação para o tráfico de entorpecente não é hediondo

Superior Tribunal de Justiça

ou equiparado, por não constar no rol dos artigos 1º e 2º, da Lei n.8.072/90, o art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, além de estabelecer prazo mais rigoroso para o livramento condicional, veda a sua concessão ao reincidente específico.

V - Para fins de reincidência específica, o crime anterior gerador da reincidência não precisa, necessariamente, estar previsto no mesmo tipo penal do que aquele praticado posteriormente, pois basta a reincidência específica em crimes dessa natureza, ou seja, aqueles dispostos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006. Ademais, não é necessário que o crime anterior, gerador da reincidência, tenha sido praticado na vigência da Lei n. 11.343/2006.

VI - In casu, após o paciente ter praticado o crime de tráfico de drogas em 4/2/2005, cuja condenação transitou em julgado em 27/11/2006, sofreu nova condenação pelos delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, tráfico e associação para o tráfico na vigência da nova Lei de Drogas (fato praticado em 23/10/2011 e trânsito em julgado certificado em 18/11/2013), sendo, portanto, reincidente específico.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 372.365/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 25/10/2017).

"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 n. 71.796/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe de 25/08/2017).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006). CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO DE 1/6 A SER APLICADO (ART. 112 DA LEP). FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. LIVRAMENTO

Superior Tribunal de Justiça

CONDICIONAL. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. NORMA ESPECIAL. APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A teor da jurisprudência consolidada desta Corte, o delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente elencado no rol do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990.

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). Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que afaste a hediondez do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), procedendo-se novo cálculo da pena em relação a progressão de regime, à luz do art. 112 da LEP" (HC n. 381.202/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 04/05/2017).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. FRAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O crime de associação para o tráfico não é considerado hediondo ou equiparado, contudo o art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006 estabelece prazo mais rigoroso para a concessão de livramento condicional, qual seja, 2/3 do cumprimento da pena, vedando a sua concessão ao reincidente específico.

2. Agravo regimental improvido" (AgInt no AREsp n. 532.666/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 1º/08/2017).

*"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.*

Superior Tribunal de Justiça

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

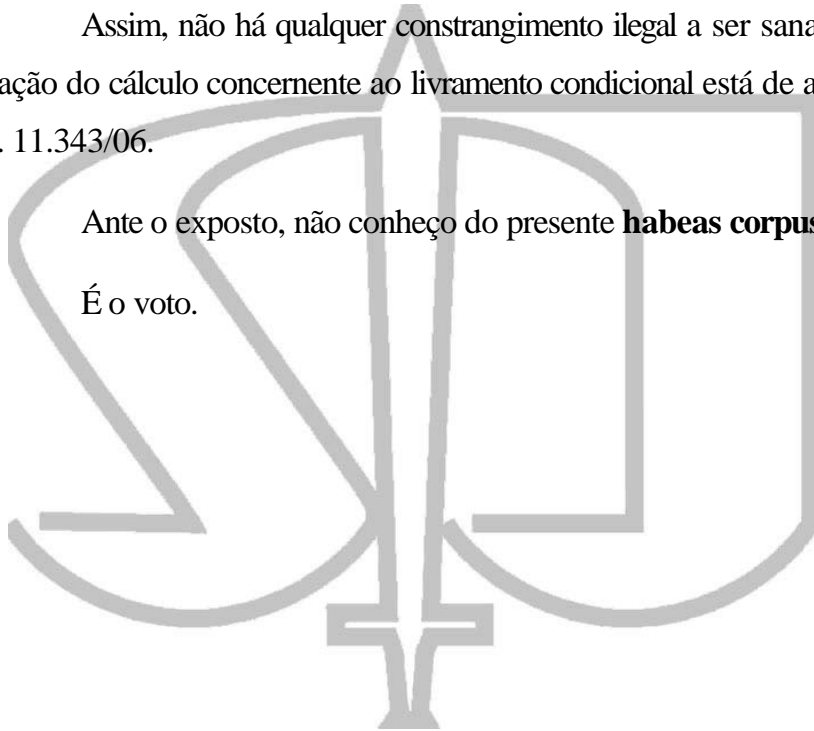
2. Na condenação pelo crime de associação para o tráfico, perpetrado sob a égide da Lei 11.343/2006, faz-se necessário o desconto de 2/3 da pena para obtenção do livramento condicional, (ressalvados os casos de reincidência específica, em que há vedação), na condenação por associação para o tráfico, 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.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/8/2014).

Assim, não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado, considerando que a elaboração do cálculo concernente ao livramento condicional está de acordo com a previsão da Lei n. 11.343/06.

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

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2018/0225329-7

HC 467.215 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00037868720178260509 00053319520178260509 37868720178260509
53319520178260509

EM MESA

JULGADO: 23/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF WILLIAN DOS SANTOS (PRESO)

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

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

ADENDO B – INTEIRO TEOR HC 394.327/SP

HABEAS CORPUS Nº 394.327 - SP (2017/0071912-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO
ADVOGADO : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO(S) - SP222732
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL PEREIRA CARNEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. BENEFÍCIOS. REQUISITO OBJETIVO. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. LAPROS TEMPORAIS DISTINTOS. CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) NO CASO DE PROGRESSÃO E DE 2/3 (DOIS TERÇOS) PARA O LIVRAMENTO, VEDADA A SUA CONCESSÃO AO REINCENTE ESPECÍFICO. ARTS. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol taxativo de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

2. Não se tratando de crime hediondo, não se exige, para fins de concessão de benefício da progressão de regime, o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente para a progressão do regime prisional, sujeitando-se ele, apenas ao lapso de 1/6 para preenchimento do requisito objetivo.

3. No entanto, a despeito de não ser considerado hediondo, o crime de associação para o tráfico, no que se refere à concessão do livramento condicional, deve, em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, exigir que o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico.

4. Ordem concedida para afastar a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico e determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São José do Rio Preto/SP proceda a novo cálculo da pena, considerando, para fins de progressão de regime e de livramento condicional, respectivamente, as frações de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços).

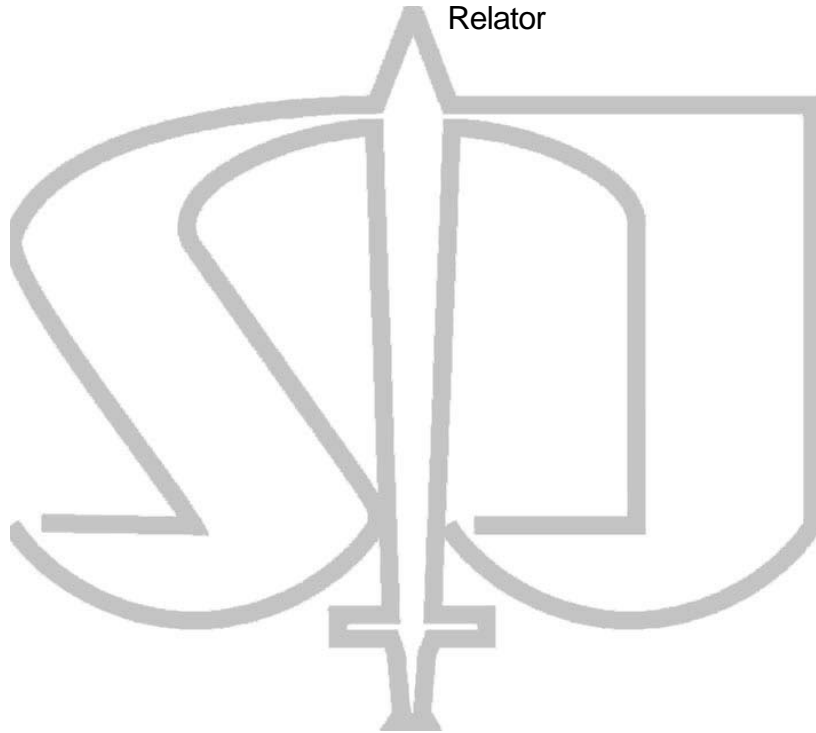
ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 13 de junho de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



HABEAS CORPUS Nº 394.327 - SP (2017/0071912-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO
ADVOGADO : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO(S) - SP222732
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL PEREIRA CARNEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL PEREIRA CARNEIRO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem o paciente interpôs agravo em execução contra decisão do Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto/SP, que homologou cálculo de liquidação de pena, considerando como hediondo o delito de associação para o tráfico, previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006.

O recurso, no entanto, foi desprovido, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 201):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - Pleito de retificação de cálculo - Associação para a prática de tráfico ilícito de drogas - Crime equiparado a hediondo - Lapso temporal para benefícios a ser regido pelo disposto na Lei 11.464/07- Recurso desprovido.

Na presente impetração alega a defesa que, "*conforme consta na legislação, o crime de associação não é de natureza hedionda, porquanto a lei 8.072/90 assim não o denomina, bem como não o faz outra lei para o crime ser hediondo, à luz da CF/88, deve ser expressamente declarado por lei essa natureza*" (e-STJ fl. 4).

Por isso, afirma que "*muitos juízes que deixam de aplicar o direito para simplesmente aplicar a lei seca e, assim, mesmo NÃO SENDO DE NATUREZA HEDIONDA, exigem que para alcançar o livramento condicional, o condenado nas iras do art. 35 (associação) deve cumprir 2/3 da pena, pois assim estabeleceu o parágrafo único do art. 44 da Lei 11.343/06, 'inconstitucionalmente' e não recepcionada pela Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), pois nesta não há previsão no sentido que*

Superior Tribunal de Justiça

associação para o tráfico seja hediondo" (e-STJ fl. 5).

Diante disso, pleiteia, em tema liminar e no mérito, o recálculo da pena do paciente para que seja considerado o crime de associação para o tráfico como crime comum.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 214/215).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 220/227 e 229/240).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou "*pela concessão da ordem, a fim de que os cálculos referentes aos futuros benefícios da progressão carcerária e do livramento condicional a serem obtidos pelo sentenciado RAFAEL PEREIRA CARNEIRO levem em consideração, a título de requisito objetivo, as frações de pena purgada estabelecidas no art. 112 da Lei de Execução Penal e no art. 83, incisos I e II, do Código Penal" (e-STJ fls. 243/249).*

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 394.327 - SP (2017/0071912-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

A questão posta a deslinde refere-se à possibilidade de afastar a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006).

No caso dos autos, o Tribunal de origem negou provimento ao agravo em execução interposto pela defesa, mantendo, assim, a decisão de primeiro grau, ao fundamento de que (e-STJ fls. 202/203):

O agravante cumpre pena pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, iniciado o cumprimento de pena em 16.07.2013.

Em que pesem as argumentações defensivas, bem como do Ministério Público, perfilhamos a corrente que assevera que o delito previsto no artigo 35 da Lei. 11.343/06 é crime equiparado aos crimes hediondos.

Neste sentido ensina o culto Guilherme de Souza Nucci (Leis penais e processuais comentadas/4ª edição/Ed. RT/2009, fls. 365): “Em nosso entendimento, cuida-se de delito equiparado a hediondo, como os 33 e 34 (antigos arts. 12 e 13 da lei 6.368/76), pois a associação criminosa tem justamente essa finalidade, vale dizer, o tráfico.”

[...]

Ademais, o sistema implementado pela nova lei de drogas aponta no sentido de que os tipos penais contidos nos artigos 33, caput, 1º e 34 a 37, da Lei 11.343/06, podem ser considerados hediondos, em virtude de estarem submetidos ao mesmo rigor imposto aos crimes hediondos, sendo lhes impostas as mesmas restrições (insuscetíveis de fiança, sursis, graça, indulto e anistia), nos termos do artigo 44 do referido diploma legal.

Assim, o lapso temporal a ser aplicado para fins de progressão de regime no que tange ao crime de associação para o tráfico será de 2/5, no caso de primário, e 3/5, no caso de reincidente, requisito objetivo estatuído na Lei 11.464/07, não carecendo a decisão monocrática de reparos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo, mantendo-se a decisão monocrática que homologou o cálculo de liquidação de pena.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol taxativo de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

Portanto, não se tratando de crime hediondo, não se exige, para fins de concessão de benefício da progressão de regime, o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente para a progressão do regime prisional, sujeitando-se ele, apenas ao lapso de 1/6 (um sexto) para preenchimento do requisito objetivo.

Nesse sentido:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. INCIDÊNCIA DOS LAPSOS DE 1/6 PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*

2. **O crime de associação para o tráfico não integra o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n.º 8.072/90. Assim, a progressão de regime, em condenações pelo delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, sujeita-se ao lapso de 1/6, previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal.**

3. *Na espécie, o Paciente foi condenado às penas de 7 anos e 6 meses de reclusão pelo crime de tráfico de entorpecentes e 4 anos e 6 meses pelo crime de associação ao tráfico. Cumpridos 2/5 referentes ao crime de tráfico e 1/6 referente ao crime de associação ao tráfico, foi concedida a progressão para o regime aberto pelo Juízo das Execuções, considerando o lapso de 1/6 somente no que toca ao crime de associação. Entretanto, o Tribunal de origem determinou o imediato retorno do Paciente ao regime semiaberto, por considerar que o lapso temporal a ser aplicado para fins de progressão de regime, no que tange ao delito de associação para o tráfico, é de 2/5. Assim, o acórdão impugnado, que cassou o decisum do Juízo das Execuções, contrariou a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores.*

4. *Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar o caráter hediondo do crime de associação para o tráfico e restabelecer a decisão do Juízo das Execuções que deferiu a*

progressão de regime ao ora Paciente (HC 324.691/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015, grifei).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. INCIDÊNCIA DO LAPSO TEMPORAL DE 1/6 (UM SEXTO) PARA PROGRESSÃO DE REGIME. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o crime de associação para o tráfico, por não constar no rol de crimes previstos na Lei n. 8.072/1990, não é considerado hediondo ou equiparado, razão porque a progressão de regime, em condenações pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, sujeita-se ao lapso de 1/6 (um sexto), previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 238.820/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015, grifei).

No entanto, a despeito de não ser considerado hediondo, o crime de associação para o tráfico, no que se refere à concessão do livramento condicional, deve, em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, exigir o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige o cumprimento de 2/3 da pena para obtenção do livramento condicional aos condenados pelo delito de associação para o tráfico de drogas, uma vez que, embora o crime não figure no

rol taxativo de delitos hediondos ou a eles comparados, a exigência decorre do disposto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 301.393/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016, grifei).

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 1.484.138/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015, grifei).

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 2/3. PREVISÃO LEGAL. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006.

Esta Corte consolidou o entendimento de que "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" (HC n. 292.882/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/8/2014).

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 718.467/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 22/02/2016, grifei).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO

RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

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. 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.

1. 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.

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.º 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, grifei).

Ante o exposto, **concedo a ordem** para afastar a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico e determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São José do Rio Preto/SP proceda a novo cálculo da pena, considerando, para fins de progressão de regime e de livramento condicional, respectivamente, as frações de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços).

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2017/0071912-0

HC 394.327 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00117101420138260664 1099831 117101420138260664 20140000755914
20160000458688 3562013 3702012 6640120120114654
70075416120158260576

EM MESA

JULGADO: 13/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO
ADVOGADO : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO(S) - SP222732
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL PEREIRA CARNEIRO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.