

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A NÃO EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO A CRIME HEDIONDO

Júlia Virgínia Sampaio¹

Ciro Di Benatti Galvão²

Natália Elvira Sperandio³

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar os votos favoráveis e contrários à decisão que descaracteriza o crime de tráfico ilícito de drogas privilegiado como crime equiparado a hediondo, originada a partir do Habeas corpus 118.533/MS. Busca compreender a superação de uma decisão por outra, a partir do fenômeno do *overruling* as consequências jurídicas da não equiparação para sociedade. Objetiva o presente trabalho também, demonstrar o equívoco de referida decisão, a ausência de maior estudo e análise ao proferirem os votos bem como a carência da utilização de instrumentos como as audiências públicas e o instituto do *Amicus curiae*, que poderiam ser de grande auxílio em evitar que o crime de tráfico de drogas, que é a causa de outros diversos crimes, tivesse em seu tipo privilegiado outros benefícios além dos já estabelecidos pela lei, por ser agora considerado crime comum. A pesquisa segue o método descritivo-analítico utilizando os votos ministeriais, a análise da legislação penal, especial, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Tráfico privilegiado de drogas; crime hediondo; habeas corpus.

1 Considerações iniciais

A finalidade do Direito Penal brasileiro é a proteção de bens jurídicos sociais, dos quais ao serem violados geram uma sansão que comina em aplicação e execução de uma pena.

¹ Graduanda do 9º período do Curso de Direito.

IPTAN – Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves.

² Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Constitucional, de Teoria do Estado e de Administrativo. Conselheiro Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora/MG. Membro da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas (ABCJ). Parecerista ad hoc de periódicos jurídicos. Autor de livros e artigos jurídicos na área do direito público. cirogalvão@iptan.edu.br.

³ Doutora em Estudos Linguísticos (Linguística Aplicada, linha linguagem e tecnologia) pela Universidade Federal de Minas Gerais. Possui graduação em Letras (Licenciatura em língua portuguesa e suas respectivas literaturas) pela Universidade Federal de São João Del-Rei (2007), mestrado em Letras (Área de concentração: Teoria Literária e Crítica da Cultura - Linha de Pesquisa: Discurso e Representação Social) por essa mesma universidade (2010). Atualmente é professora do Instituto Presidente Tancredo Neves - IPTAN e revisora do periódico Saberes Interdisciplinares. thaiasperandio@yahoo.com.br.

A conduta do tráfico ilícito de entorpecentes é sancionada pelo direito penal, através da Lei 11.343/06, que pune aqueles que se dedicam ao comércio ilícito de drogas e afins, sendo que a constituição Federal para efeitos de aplicação de pena assemelha esta conduta à dos crimes considerados hediondos, a fim de gerar maior punição devido ao alto grau de reprovabilidade que possui.

Esse tipo penal trata não somente de um problema de segurança pública, como também de um problema de saúde pública, pois o país sofre economicamente com a expansão de referido crime, que possui dependentes em todas as faixas etárias e camadas sociais, são pessoas que mantêm este comércio ativo, nos quais sofrem alterações psíquicas, que levam ao cometimento de outros diversos crimes.

Consolidado está nos tribunais o entendimento de que o artigo 33, da Lei 11.343/06, deve ser equiparado à crime hediondo. Contudo, a partir de uma decisão proferida no *Habeas Corpus* 118.533/MS, o Supremo Tribunal Federal revogou esse entendimento, desconsiderando o § 4º como crime equiparado a hediondo, apesar de já pacificado e, inclusive, sumulado tal questão pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que tal decisão proferida após a impetração do referido *habeas corpus*, foi tomada baseando-se nesse caso concreto, porém com imensuráveis reflexos sociais, pois grande é a problemática trazida pelo tráfico de drogas no Brasil e grandes são as proporções, sendo que a sociedade brasileira sofre com o crescimento e fortalecimento da prática desse crime, agora sem o § 4º enquadrar-se como equiparado a hediondo, trazendo ainda mais benefícios aos praticantes dessa conduta.

Nesse sentido, após as considerações iniciais, o objeto do presente artigo é a compreensão da retirada da hediondez do tráfico privilegiado de drogas, cuja discussão iniciou-se com a impetração pela Defensoria Pública, do *Habeas Corpus* 118.533/MS. Pretende-se, ainda, analisar as consequências jurídicas e a demonstração do equívoco de referida decisão, com a análise dos votos favoráveis e contrários de alguns Ministros.

O presente estudo segue o método descritivo-analítico, baseando-se nos votos ministeriais no *habeas corpus* citado e na posterior decisão de retirada da hediondez do tráfico privilegiado, utilizando-se, para tanto, de fonte primária baseada na análise da legislação penal, especial, doutrinária e jurisprudencial.

Poucos e frágeis foram os argumentos que basearam os votos favoráveis e a decisão não foi unânime, mostrando que ainda carecia de maiores estudos e auxílio técnico, devido a sua grande importância. Verifica-se a carência de um estudo mais aprofundado, que poderia ter sido feito com o uso das audiências públicas ou da ferramenta jurídica do “*Amicus curiae*”, que não somente neste, mas em outros casos semelhantes, podem ser de grande auxílio para a melhor tomada de decisão referente a casos de repercussão geral e de interesse público relevante.

2 Desenvolvimento

2.1 Questionamentos concernentes à natureza hedionda do tráfico de drogas e análise dos dispositivos legais

A crescente disponibilização de drogas ilícitas no cenário atual reflete grande problemática social, sendo que a Lei 11.343/06 tipificou o crime de tráfico de drogas objetivando esvair essa conduta.

Todavia, anteriormente a Constituição Federal e, por conseguinte, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), já reconheciam a gravidade da referida conduta, haja ser um crime não só de natureza hedionda, mas também inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

A presente pesquisa terá por base o estudo da decisão proferida pelo STF que não considera o tráfico de drogas privilegiado como crime equiparado a hediondo. Para o desenvolvimento deste estudo foi observado o método descritivo-analítico, tendo como fundamento o comparativo de alguns votos dos Ministros prolores da referida decisão, bem como das Leis supramencionadas e o HC 118.533/MS, que deu origem a esta problemática.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, XLIII que “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)”.

O artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, Lei 8072/90, prevê os crimes que são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, assim como de fiança, elencando o tráfico ilícito de entorpecentes nesse rol. Com isso, o tráfico de drogas passou a ser

equiparado a crime hediondo, atentando-se para as regras especiais do referido tipo penal, como preleciona Capobianco (2014, p. 85):

Além dos crimes hediondos, a Lei 8.072/1990 também tratou dos crimes assemelhados (ou equiparados) a hediondos: Tráfico de Drogas, Tortura e Terrorismo (TTT). Curiosamente, os crimes supracitados, por sua gravidade, foram mencionados pelo constituinte como insuscetíveis dos benefícios retromencionados, da mesma forma que qualquer crime hediondo. Porém, ao utilizar a expressão “tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” (grifo nosso), o legislador constitucional deixou tais crimes fora do rol taxativo de crimes hediondos. É por isso que o Tráfico de Drogas, a Tortura e o Terrorismo não são hediondos e sim assemelhados a hediondos.

O tráfico de drogas tem previsão no artigo 33 da Lei 11.343/06, sendo que o parágrafo 4º da referida lei dispõe sobre o denominado Tráfico Privilegiado, também chamado de Traficância Menor ou Traficância Eventual, de forma que para o referido crime ser configurado é necessária a presença de alguns elementos, tal como explicita Greco (2008) *apud* Ferreira, Araújo e Silva (2016, p.4):

Os tipos penais derivados são espécies de infrações penais que estão ligadas, umbilicalmente, ao caput do artigo, ou seja, à sua modalidade fundamental, por intermédio de seus parágrafos. Isto quer dizer que os tipos derivados, sejam eles qualificados ou privilegiados, não possuem vida autônoma, sendo considerados, portanto, circunstâncias que permitem maior ou menor punição do agente. [...] considera-se como privilegiado o delito quando as penas previstas no parágrafo são inferiores àquelas cominadas no caput do artigo. [...] a doutrina, majoritariamente, também considera privilegiado o delito na hipótese de aplicação de causas de redução de pena.

Assim dispõe o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sobre a figura do tráfico privilegiado:

Art. 33 Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O mencionado paragrafo 4º, à luz do Princípio Constitucional da Proporcionalidade, traz uma redução de pena para aqueles que possuem primariedade, bons antecedentes e que não se dediquem a atividade criminosa nem integrem organização para tal fim, sendo que não afasta a hediondez do delito, apenas traz um benefício para aqueles que preenchem tais requisitos, como ensina Capobianco (2014, p. 76):

A figura do § 4.º do art. 33 torna, nesse ponto, o tráfico de drogas da lei nova muito mais brando do que o da lei antiga. Explica-se: se o agente pratica o tráfico, mas possui o conjunto de quatro requisitos (seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa), sua pena pode ser reduzida em até dois terços. Em outras palavras, a pena mínima para o tráfico pode ser de um ano e oito meses de reclusão, bem inferior à lei anterior.

A redução de pena prevista no § 4º do mencionado artigo, refletindo o menor grau de reprovabilidade da conduta, por ser menos gravosa para sociedade e com consequências mais benéficas ao agente, trouxe à tona uma discussão sobre não ser o tipo previsto nesse parágrafo equiparado a crime hediondo, mesmo estando elencado no rol do art. 33, implicando na discussão sobre a possibilidade de afastamento da natureza hedionda do mencionado parágrafo.

Sobre tal celeuma, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou ratificando o entendimento da natureza hedionda do tráfico privilegiado ao editar a Súmula 512, como se vê em seu enunciado: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

O Egrégio Tribunal, com referido posicionamento positivista sumulado, permitiu que a literalidade da Lei de Crimes Hediondos e da Constituição Federal deixasse que a Lei de Drogas definisse as condutas que se enquadram em seus tipos.

Além da edição da súmula, também se pronunciou a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada, tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime (BRASIL, Recurso Especial nº 1.329.088).

Entretanto, contrariando todos os entendimentos já pacificados e aplicados, o STF modifica esse entendimento, em sessão do dia 23 de junho de 2016, ao julgar o HC 118.533/MS, decidindo pela não equiparação a crime hediondo do tráfico privilegiado, sobrevivendo ainda para o tráfico comum, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, de forma que qualquer que seja a pena aplicada, ainda continua sendo crime equiparado a hediondo, retirando a natureza apenas do § 4º da Lei de Drogas. A Lei de Crimes Hediondos já se referia à figura do tráfico de drogas como equiparado, não fazendo distinção ao privilegiado, por se tratar de mesma conduta, com a única diferença de ser cabível uma redução de pena pela não reincidência. Contudo, não descaracterizava o crime como hediondo, já a ele fazendo referência desde 1990, no art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos.

Fundamento maior dessa decisão prolatada pelo Colendo Supremo Tribunal baseia-se no Princípio da Individualização da Pena, previsto no art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XLVI, sendo também um princípio basilar do Direito Penal, de forma que o Judiciário possui autonomia para aplicar a pena de acordo com o caso concreto analisado, sendo uma premissa no âmbito penal a individualização da pena.

Sobre este princípio, Nucci (2010) *apud* Ferreira, Araújo e Silva (2016, p. 7), preleciona que:

Quer dizer que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido.

Desta forma, nota-se que retirar a hediondez apenas do §4º objetiva tornar uma característica pessoal um meio de se aplicar uma pena mais branda, de modo que não faz referência a alteração de um tipo penal, mas sim apenas em abrandar uma conduta devido às circunstâncias pessoais que o agente possui.

2.2 Habeas corpus 118.533/MS e o início das discussões que levaram à decisão da não equiparação a crime hediondo do crime de tráfico de drogas privilegiado

Trata-se do *habeas corpus* 118.533/MS, impetrado em favor do autor de fato ocorrido em 15.06.2010, em Andradina/MS, no qual os pacientes foram condenados como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a sete anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado e também ao pagamento de setecentos dias-multa.

Referido *habeas corpus* foi impetrado pela Defensoria Pública da União em um caso envolvendo crime de tráfico de drogas, no qual os envolvidos transportavam setecentos e setenta e dois quilos de maconha.

Impetrado o *habeas corpus* surge uma discussão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o enquadramento do caso ao artigo 33, § 4º, da lei 11.343/2006, e sobre a natureza hedionda desse parágrafo, que descreve o denominado tráfico privilegiado.

Em sessão realizada no dia 23 de junho de 2016, por maioria de votos (8 a 3), decidiu o STF pela descon sideração da natureza hedionda do tráfico de drogas privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo a Ministra Carmem Lucia, atual presidente do colendo tribunal, relatado da seguinte forma:

*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida (BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 118533).*

Tal decisão mostra-se contrária a Súmula 512 do STJ, já mencionada, que vinha sendo adotada pelos magistrados como referência na equiparação do crime de tráfico privilegiado a crime hediondo.

Anteriormente, em decisões proferidas nos Habeas Corpus 111.247/MG e 112.195/SP já vinha o STF demonstrando interesse na descaracterização da hediondez do tráfico privilegiado, contudo, foi no julgamento do *habeas corpus* 118.533/MS que decidiu pela não equiparação, restando vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, tendo presidido o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski.

2.3 Análise dos votos dos Ministros Dias Toffoli, Carmem Lucia e Ricardo Lewandowski no *habeas corpus* 118.533

A questão a ser analisada no presente artigo é a recente decisão que retira a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas privilegiado, sendo o HC 118.533 o marco inicial. No dia 23 de junho de 2016, por maioria de votos (8 a 3), o STF decidiu pela não equiparação do crime de tráfico privilegiado a crime hediondo. Um dos argumentos para a decisão da não equiparação veio do presidente da Corte, na época, Ministro Ricardo Lewandowski, que afirmou em seu voto:

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileiro), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2016).

Lewandowski ressalta, principalmente, a questão da individualização da pena e da ressocialização das pessoas que, devido a circunstâncias desfavoráveis, se afastaram do convívio da sociedade e ressalta ainda que um dos motivos ensejadores da decisão favorável advém da superlotação carcerária e grande incidência de mulheres presas por tráfico de drogas. O voto do Ministro Lewandowski apresenta dados do Sistema Integrado de Informações (Infopen), ressaltando que cerca de 622.202 pessoas estão presas, sendo que 28% dessas prisões são decorrentes da Lei de Drogas, afirmando ainda:

Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres em situação de privação de liberdade estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 1118533).

Além disso, o Ministro ressaltou ainda que o Brasil possui a quinta maior população carcerária do mundo, devido ao grande número de mulheres presas, de forma que a maioria das pessoas que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade advém de crimes ligados ao tráfico de drogas ilícitas.

Em contrapartida, votou o Ministro Dias Toffoli pelo reconhecimento já firmado da natureza hedionda do delito. Inicialmente, cita o Ministro que os réus do caso do HC 118.533 foram pegos com 772 Kg de droga em um caminhão escoltado por batedores, sendo esse um forte indício de estarem atuando para organização criminosa, votando então, pelo indeferimento do HC, reconhecendo a hediondez do delito em estudo, como pontua o site Migalhas:

Na mesma data, Dias Toffoli votou pelo reconhecimento da natureza hedionda do delito. O ministro citou, inicialmente, que no caso concreto os réus foram pegos com 772 kg de droga, em um caminhão escoltado por batedores, um indicativo de que estariam atuando para organização criminosa. Ao votar pelo indeferimento do HC, Toffoli pontuou que, apesar de ser a primeira vez que o plenário do STF analisa o tema, as turmas do STF têm assentado caráter da hediondez do tráfico privilegiado (2016, s.p).

Os ministros que se posicionaram contrariamente ao decidido, ou seja, Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio, partiram do pressuposto da corrente positivista, pois afirmam que não se tratou sua criação advinda de lei, mas sim de uma criação doutrinária abarcada pela Constituição e pela Lei de Crimes Hediondos, sendo que bastaria apenas a redução da pena e não necessitaria de uma previsão legal para que fosse considerado hediondo, amparado, ainda, pela Súmula 512 do STJ, que já era matéria pacificada nos Tribunais.

A relatora do HC 118.533 Ministra Carmem Lúcia, atual Presidente da Suprema Corte, votou no sentido de conceder o HC, reconhecendo a não natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado prevista no artigo 33, §4º, afirmando que não se harmoniza considerar hedionda a conduta do tráfico privilegiado. Seu voto foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki,

Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio, que reconheceram como hediondo o crime de tráfico de drogas privilegiado.

No mesmo sentido do voto da Ministra Carmem Lucia, trouxe o Ministro Gilmar Mendes outros motivos para seguir o voto da ministra relatora, observando ainda que:

O legislador pode afastar a hediondez de duas formas: ou criando figuras típicas à margem do regime constitucional, ou relegando ao juiz certa margem de avaliação para decidir, na sentença, se o fato tem a necessária gravidade. Em qualquer hipótese, a descaracterização da hediondez é exceção. O legislador precisa de fazer constar, do texto legal, a exclusão, ou o poder do juiz para excluir (BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 1118533).

É notório, pois, que plausíveis foram todos os argumentos, tanto a favor, quanto contrários à decisão. Preponderou a descaracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo e, por conseguinte, todos os indivíduos que se enquadram nessa conduta não somente terão direito a redução de pena, mas também a todos os privilégios concedidos a quem pratica crime comum, tais como possuir direito a graça, anistia e indulto, desde que cumpridos os demais requisitos. Ademais, o livramento condicional se dará após o cumprimento de um terço ou um meio da pena e para a ocorrência da progressão de regime basta o cumprimento de um sexto da pena imposta.

Apesar da plausibilidade dos argumentos, evidente é o fato da tomada de decisão por parte dos Ministros de forma pouco aprofundada, pois um entendimento que era pacificado foi alterado com apenas um caso em concreto, não possuindo outro semelhante ligação para justificar a decisão naquele momento.

Para um melhor estudo das consequências trazidas pela decisão, ora em comento, várias ferramentas jurídicas poderiam ter sido utilizadas para auxiliar no amadurecimento da decisão, a fim de que menos precipitada fosse. Como exemplo, pode ser citada a utilização de audiências públicas a fim de se ouvir a população, e através de discussões com os “*Amicus Curiae*”, os chamados “amigos da corte”, que seriam de grande auxílio técnico, por compreenderem a relevância da conduta do tráfico de drogas para a sociedade atualmente.

O objetivo da figura do “*Amicus curiae*” é proteger o direito social, tanto na esfera privada quanto pública, daqueles em cujas lides refletirão com o desfecho do processo. Essa figura está prevista no novo Código de Processo Civil, no artigo 138, trazendo a seguinte redação:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

Dessa forma, de grande auxílio seria a atuação dessa figura em processos como o objeto do presente trabalho, pois evidente é a relevância social desta decisão.

Por conseguinte, o direito por ser amplo ao abarcar condutas que mesmo tipificadas em um tipo penal possuem liames diferenciados de acordo com o caso concreto, complexa é a mensuração das consequências da referida decisão.

2.4 O fenômeno do *overruling* e as consequências jurídicas da decisão

O fenômeno conhecido como *overruling* mostra-se presente na contradição entre a Súmula 512 do STJ e a decisão proferida no HC 118.533 do STF, sendo esse fenômeno entendido como processo de superação de um determinado entendimento. Nogueira (2010) *apud* Jobim (s.d. s.p), entende que:

O *overruling* vem a ser uma técnica, na qual o tribunal finaliza a aplicação de um precedente pela nova realidade oriunda de novos casos julgados sobre a matéria, sendo certo que não é a qualquer momento que isso pode ser feito sob pena de enfraquecimento do próprio instituto.

Tal fenômeno possui semelhança, para uma melhor compreensão, ao fenômeno da revogação de uma Lei por outra, por essa já não se enquadrar mais à realidade social vigente, sendo que o *Overruling* é um fenômeno de ocorrência principalmente nos sistemas *common law*, quando se verifica ser necessário alterar um entendimento já consolidado pela jurisprudência por um novo, mais adequado à realidade jurídica vivenciada.

Essa prática não somente no *common law*, também encontra respaldo no sistema *civil law*, adotado no Brasil, de modo que aqui as decisões fazem coisa julgada *inter partes*, sendo que a aplicação da Lei ocorre no caso concreto e não de modo geral.

As contradições nas decisões judiciais se tornaram algo comum, sendo que entendimentos divergentes ocorrem todos os dias, o que traz grande insegurança jurídica, de forma que a utilização desta técnica de superação faz com que ocorra uma efetiva busca pela estabilidade e uniformidade do direito.

Com a decisão pela não equiparação do crime de tráfico de drogas privilegiado a crime hediondo ocorre um tratamento diferenciado para aqueles que se enquadram no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. O legislador já trazia uma benesse aos agentes que se enquadravam nessa conduta, agora com a não equiparação a crime hediondo essa diferenciação estará ainda mais acentuada, acrescentando os diversos privilégios do praticante de crime comum.

Além da diminuição de pena já prevista na dosimetria da pena dos praticantes do tráfico privilegiado, por ser agora considerado crime comum, terão os benefícios da progressão de regime com o cumprimento de apenas um sexto da pena. O livramento condicional do apenado ocorrerá em um terço ou um meio da pena cumprida, observados os demais requisitos, e o agente passa a ter direito a graça, anistia e indulto, dentre os diversos benefícios do praticante de crime comum, somado também à redução de pena já imposta pelo legislador, por se tratar de tipo privilegiado.

Em sua redação original, o § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, vedava a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o que com esta alteração não está mais vigente, mas que não obstante demonstrava que para o legislador mesmo que a ação fosse menos reprovável pelo fato do agente ser primário, de bons antecedentes e não se dedicar a atividade criminosa e nem integrar organização criminosa, esta ainda deveria suportar o ônus da reprovabilidade e gravidade que possui, pois evidente é a problemática trazida pelo comércio ilegal de drogas ilícitas no Brasil.

3 Considerações finais

Depois de sistematicamente analisados todos os conteúdos abordados no presente artigo, quais sejam, as jurisprudências, as normas técnicas e jurídicas, a súmula 512 do STJ, o fenômeno do *overruling*, o *Habeas Corpus* 118.533 e as consequências jurídicas da retirada da hediondez do tráfico privilegiado, vê-se que ora seja decidida por maioria de votos o afastamento da hediondez, notórias são as fortes consequências sociais, políticas e econômicas que estão enraizadas no teor da decisão.

Os fundamentos para a desconsideração giram em torno de vários pareceres, porém, sobressaindo o entendimento que haverá diminuição da população carcerária, por carecer o Brasil de um sistema qualitativo de cumprimento de pena privativa de liberdade. Contudo, é notório o grande mal causado pela prática do tráfico ilícito de entorpecentes, pois, por trás do comércio ilícito de drogas, outros crimes são ocasionados, tais como furtos, roubos, homicídios, dentre outros, graves que causam relevantes males à sociedade.

No tocante ao argumento de se beneficiar aqueles que praticam o chamado tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, o próprio dispositivo normativo já traz uma benesse na dosimetria da pena, não carecendo maiores benefícios aos cometedores de crime de tamanho prejuízo social e que gera tamanha insegurança jurídica por ficar demonstrado que os agentes que se enquadram nesse parágrafo terão diversos benefícios, sendo uma forma de tirar a reprovabilidade que tal conduta possui.

O STJ em contrapartida entendeu pela superação da súmula 512, revogando-a expressamente, agindo de forma equivocada, assim como a decisão relativa ao *Habeas Corpus* 118.533, pois, no caso referido, os envolvidos transportavam mais de 700 quilos de maconha em um veículo escoltado por batedores, o que evidencia que agiam em organização criminosa, sendo beneficiados por agora ser considerado o parágrafo § 4º da Lei de Tóxicos crime comum.

A decisão do STF foi equivocada e necessitaria de maior estudo e aprofundamento nas consequências que traz socialmente, carecendo inclusive de audiências públicas para discussão do caso, pois evidente é que no Brasil o tráfico

de drogas tem sido o motivo do cometimento de diversos crimes, devendo ser punido com severidade a fim de se esvair essa conduta. Reduzir a população carcerária resolve o problema de forma paliativa, uma vez que não extingue a origem da problemática, sendo que o tráfico ilícito de drogas tão somente tomará proporções ainda maiores, tendo o incentivo da garantia dos benefícios.

Além da importante ferramenta que são as audiências públicas, outra se mostra interessante em ser adotada a fim de que se evite que novas decisões de tamanho porte sejam tomadas sem maior estudo e aprofundamento. Trata-se do “*Amicus Curiae*”, que é um instituto que objetiva proteger os direitos coletivos e difusos, em defesa de interesses públicos e privados, quando a sociedade fora do processo pode sofrer consequências advindas da decisão. No caso estudado essa figura teria sido de grande auxílio como uma fonte complementar de informação especializada, de forma que os julgadores poderiam ter decidido por não retirar a hediondez do § 4º, ocasião em que a decisão traria mais lisura e evitaria um abalo à segurança jurídica.

É notório que uma decisão de tamanha complexidade e consequências deveria ter um estudo mais aprofundado, pois sua gravidade gera influência direta na vida das pessoas nas diversas camadas sociais, afetando inclusive economicamente o país, que possui o dever de resguardo daqueles que se tornam dependentes químicos, evidenciando ainda mais os males causados pela leve reprimenda agora imposta aos praticantes do tráfico privilegiado.

Além dos argumentos ora apresentados, vê-se também que muitas vezes os agentes que se enquadram nessa conduta aceitam se submeter ou assumir o crime, com mais facilidade por ser notória a pouca reprovabilidade, por conseguinte, sendo ainda mais fácil que as mulheres, tão citadas no voto da Ministra Carmem Lucia, sejam usadas para evitar a punição dos verdadeiros agentes.

Após análise dos pontos favoráveis e contrários, conclui-se que apesar de tanto saber jurídico, os Ministros, agiram sem o estudo necessário que uma decisão desse porte carece. No presente artigo, evidencia-se que os reflexos prejudiciais serão grandes, sendo que após um estudo sistemático, o único benefício seria a redução da população carcerária, o que é não é um benefício, uma vez que com isso haverá uma sociedade ainda mais refém dos praticantes desse grande mal,

tráfico ilícito de drogas, que é o maior causador de outros crimes que assolam gravemente a sociedade brasileira.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompilado.htm . Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2016. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL, **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 512**. In: _____. Súmulas. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf . Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Habeas Corpus. Tráfico ilícito de drogas. Aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo (2/3). Impossibilidade. Dosimetria da pena devidamente fundamentada. Regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Ordem parcialmente concedida. *Habeas Corpus* nº 111.247-MG. Renato Martins versus Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Ricardo Lewandowski. Acórdão 27 mar. 2012. **Diário Oficial de Jurisprudência do STF**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21493293/habeas-corpus-hc-111247-mg-stf/inteiro-teor-110365431#>>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Habeas Corpus. Constitucional, penal e processual penal. Tráfico de entorpecentes. Aplicação da Lei n. 8.072/90 ao tráfico de entorpecentes privilegiado: Inviabilidade. Hediondez não

caracterizada. Ordem concedida. *Habeas Corpus* nº 118.533. Ricardo Evangelista Vieira de Souza, Robinson Roberto Ortega, Defensoria Pública da União e Defensor Público-Geral Federal. Versus Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Cármen Lúcia. Brasília. Acórdão 23 jun. 2016. **Diário Oficial de Jurisprudência do STF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. Pedido de fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. *Habeas Corpus* nº 112.195. Cristian Gomes dos Santos versus Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Gilmar Mendes. Acórdão 24 abr. 2012. **Diário Oficial de Jurisprudência do STF**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21809630/habeas-corpus-hc-112195-sp-stf/inteiro-teor-110459363#>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recurso Especial representativo da controvérsia (art. 543-C do CPP). Penal. Tráfico de drogas. Aplicação do art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006. Causa de diminuição. Caráter hediondo. Manutenção. Delito privilegiado. Inexistência. Execução da pena. Progressão. Requisito objetivo. Observância. art. 2º, 2º, da Lei n. 8.072/1990. Obrigatoriedade. Recurso Especial nº 1.329.088. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul versus Eduardo Almansa Jacob. Relator: Sebastião Reis Júnior. Acórdão Brasília. Acórdão: 13 mar. 2013. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23108692/recurso-especial-resp-1329088-rs-2012-0124208-0-stj/inteiro-teor-23108693>. Acesso em: 16 nov. 2016.

CAPOBIANCO, Rodrigo Júlio. **Leis Penais Especiais**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2014.

FERREIRA, Karla Jeanne Braz; ARAÚJO, Emilly Naeli Alves; SILVA, Luciano do Nascimento. **Divergência entre os Tribunais: reconhecer ou afastar a hediondez do tráfico privilegiado?**. Disponível em: http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/artigos_pdf/17_divergencia_tribunais_reconhecer_ou_afastar_hediondez_trafico_privilegiado.pdf. Acesso em: 21 abr. 2017.

JOBIM, Marco Félix. **Entendendo a nomenclatura dos precedentes**. Disponível em: <http://www.reajdd.com.br/html/ed4-6.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2017.

MIGALHAS. **STF: crime de tráfico privilegiado não tem natureza hedionda**. 17 nov. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI241278,51045->

STF+crime+de+trafico+privilegiado+nao+tem+natureza+hedionda . Acesso em: 17 nov. 2016.