



Isabella Paula da Silva

**Reversão de Jurisprudência e a Fundamentação da
Decisão Judicial: Uma Análise das Motivações do STJ nas
Mudanças de Súmulas de Matéria Penal**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
orientação de Natália
Pereira Lana e Mariana
Vilella.**

**SÃO PAULO
2023**

*"If reasons were as plentiful as blackberries,
I would give no man a reason upon compulsion."*¹

William Shakespeare

Henry IV, Part 1' (1597) act 2, sc. 4, l.

"As palavras são assim, disfarçam muito, vão-se juntando umas com as outras, parece que não sabem aonde querem ir, e de repente saem, por causa de duas ou três, ou quatro que de repente saem, simples em si mesmas, um pronome pessoal, um advérbio, um verbo, um adjetivo, e aí temos a comoção a subir irresistível à superfície da pele e dos olhos, a estalar a compostura dos sentimentos, às vezes são os nervos que não podem aguentar mais, suportaram muito, suportaram tudo, era como se levassem uma armadura."

José Saramago

Ensaio Sobre a Cegueira

¹ Tradução Livre e autoral: Se razões fossem tão abundantes quanto amoras, eu não daria a homem algum razão à compulsão

Agradecimentos

Quando é chegado o momento derradeiro do desfecho de uma pesquisa científica, juntamente com um ano inteiro de dedicação exclusiva à Escola de Formação, mais que nunca se percebe a importância de se ter uma base de apoio sólida e presente. Em razão da presença de um grupo de pessoas que atuaram como esse amparo (acadêmico, psicológico e financeiro) ao trabalho e à autora é que o desenvolvimento e conclusão desta monografia foi possível.

Primeiramente, gostaria de agradecer às duas orientadoras que tive no processo de construção, elaboração e revisão da monografia: Natália Pereira Lana e Mariana Vilella.

Em relação à Natália, minha gratidão será eterna... ter conhecido e mantido contato, mesmo que por alguns meses, com uma pessoa tão gentil, empática e acolhedora, foi realmente um privilégio. A Natália foi a pessoa que, com todo seu tato e conhecimento, direcionou meu olhar acadêmico ainda em desenvolvimento para horizontes inimagináveis... Honrar sua última atuação como orientadora da Escola de Formação tornou-se também um dos objetivos desta pesquisa; espero, de algum modo, ter conseguido fazer isso, mesmo que singelamente.

À Mari, antes de tudo, agradeço por ter sido um suporte emocional em um dos momentos mais difíceis – que foi a perda da Natália – que me fez pensar se conseguiria concluir a monografia. Mais que gratidão por ter se disponibilizado para ser minha nova orientadora – e ter me ajudado até o último momento nessa trajetória –, sou grata pela pessoa e profissional que, desde o primeiro dia de EFp, você se mostrou ser. Com certeza, finalizo este curso a admirando ainda mais.

Também agradeço aos meus pais, Estela e William, por terem sempre acreditado em mim – apesar dos meus muitos momentos de descrença em mim mesma – e investido tanto nos meus estudos e sonhos acadêmicos. Espero continuar dando motivos para que vocês se orgulhem de mim, além, claro, de poder honrar todos os pequenos e grandes sacrifícios feitos por amor e fé em meu sucesso futuro. Obrigada por tudo.

Por fim, agradeço às boas amigas que fiz nesse um ano de EFp; o grupo de nove pessoas formado por cinco franciscanos, duas mackenzistas, uma aluna da São Judas e um da Faculdade de Direito de S. Bernardo, realmente foi o melhor alívio nos dias mais intensos das aulas da EFp. Todavia, meu maior (e especial) agradecimento fica à pessoa que, mesmo antes da minha aprovação no processo seletivo, estava ao meu lado torcendo por mim e, até o momento, permanece ao

meu lado concedendo-me o mesmo amor, carinho e confiança. À pessoa que me deu forças nos momentos em que a palavra "monografia" não podia ser pronunciada por motivos de desespero e dor de cabeça instantânea. Muito obrigada por ter sido esse alguém, Gregório V. Lourenço.

A todos os mencionados, minha genuína gratidão. Espero que, de alguma forma, esse trabalho também possa ser apreciado por cada um de vocês, da mesma forma que a presença de vocês nesse momento foi tão essencial.

Resumo

A presente monografia discute quais são as razões que levam o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a superar um enunciado sumular de matéria penal através do cancelamento de súmulas e como e se os ministros atendem ao Princípio da Fundamentação da Decisão Judicial na construção de seus argumentos de formação e superação do entendimento pacificado na Súmula. Para tanto, utiliza-se da metodologia de estudo de casos voltada a extrair as rationes decidendi dos argumentos dos precedentes e do cancelamento como forma de compreender as motivações da então reversão de jurisprudência. Como resultado, aferiu-se que as principais razões que levam ao cancelamento de súmulas penais pelo STJ são questões associadas à Segurança Jurídica e à proteção da pessoa humana, bem como que os argumentos empregados pelos membros da corte são, em sua maioria, fundamentados mas com fundamentações passíveis de serem vistas como insuficientes à alteração que se propõe. Por fim, suscitaram-se dúvidas a respeito do modo de tratamento das motivações suscitadas sobre a segurança jurídica e a proteção da pessoa humana.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça; Reversão de Jurisprudência; Cancelamento de súmulas; Motivações; Princípio da Fundamentação;

Lista de abreviações

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

HC - Habeas Corpus

AGRG - Agravo Regimental

EDcl - Embargos de Declaração

REsp - Recurso Especial

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

MP - Ministério Público

MPF - Ministério Público Federal

PGE - Procuradoria-geral de Justiça do Estado

TRF - Tribunal Regional Federal

Sumário

| | | |
|--------|--|----|
| 1. | Introdução..... | 9 |
| 1.1. | Teoria dos precedentes e as súmulas..... | 10 |
| 1.2. | Direito Sumular no Brasil: súmulas persuasivas e vinculantes..... | 13 |
| 1.2.1. | O agir dos tribunais através das súmulas..... | 15 |
| 1.3. | Princípio da Fundamentação..... | 17 |
| 1.3.1. | Fundamentação e arbitrariedade nos tribunais..... | 19 |
| 2. | Metodologia..... | 22 |
| 2.1. | Recorte e análise das decisões..... | 22 |
| 2.2. | Súmulas selecionadas..... | 23 |
| 2.3. | Estudo de caso: os procedimentos implementados..... | 24 |
| 3. | Análise dos precedentes de formulação das súmulas 174, 512, 528..... | 25 |
| 3.1. | Precedentes da Súmula 174 do STJ..... | 25 |
| 3.1.1. | REsp 5679..... | 26 |
| 3.1.2. | REsp 12279..... | 27 |
| 3.1.3. | REsp 36752..... | 28 |
| 3.1.4. | REsp 28590..... | 28 |
| 3.1.5. | REsp 38136..... | 29 |
| 3.1.6. | REsp 67524..... | 30 |
| 3.1.7. | REsp 62724..... | 31 |
| 3.1.8. | REsp 33003..... | 32 |
| 3.2. | Resultado da análise dos Precedentes da Súmula 174..... | 33 |
| 3.3. | Precedentes da Súmula 512 do STJ..... | 35 |
| 3.3.1. | HC 143361..... | 36 |
| 3.3.2. | HC 149942..... | 37 |
| 3.3.3. | AgRg no REsp 1116696..... | 38 |

| | | |
|--------|--|----|
| 3.3.4. | HC 254139..... | 39 |
| 3.3.5. | HC 224038..... | 39 |
| 3.3.6. | REsp 1329088..... | 41 |
| 3.3.7. | AgRg nos EDcl no REsp 1297936..... | 41 |
| 3.3.8. | AgRg no REsp 1259135..... | 42 |
| 3.3.9. | Resultado da análise dos Precedentes da Súmula 512..... | 43 |
| 3.4. | Precedentes da Súmula 528 do STJ..... | 46 |
| 3.4.1. | CC 41775..... | 47 |
| 3.4.2. | CC 112306..... | 49 |
| 3.4.3. | CC 109646..... | 50 |
| 3.4.4. | CC 132897..... | 50 |
| 3.4.5. | CC 133003..... | 52 |
| 3.4.6. | CC 133566..... | 52 |
| 3.4.7. | CC 134421..... | 53 |
| 3.5. | Resultado da análise dos Precedentes da Súmula 528..... | 54 |
| 4. | Análise das motivações que levaram à superação das súmulas..... | 57 |
| 4.1. | Cancelamento da Súmula 174 (arma de brinquedo) e as motivações apontadas pelos ministros em seus argumentos..... | 57 |
| 4.2. | Cancelamento da Súmula 512 (minorante que interfere na hediondez) e as motivações apontadas pelos ministros em seus argumentos..... | 61 |
| 4.3. | Cancelamento da Súmula 528 (competência para julgar crimes de tráfico internacional) e as motivações apontadas pelos ministros em seus argumentos..... | 62 |
| 5. | Análise crítica dos argumentos utilizados no processo de transição da formulação à superação das súmulas segundo o princípio da fundamentação..... | 64 |

| | | |
|------|--|----|
| 5.1. | As razões fáticas das mudanças e os argumentos dos ministros.... | 64 |
| 5.2. | Argumentos de formulação Vs. Argumentos de superação..... | 66 |
| 6. | Conclusão..... | 68 |
| 7. | Referências Bibliográficas..... | 72 |
| 8. | Anexos..... | 76 |

1.Introdução

Na presente pesquisa, fez-se objetivo central o estudo de quais seriam as razões para a mudança do entendimento consolidado do STJ nos casos envolvendo tipos penais. Em última análise, foi idealizada uma investigação de como os ministros do Tribunal lidam com conflitos envolvendo matéria penal expressa em enunciados sumulares no quesito de justificar uma possível alteração de uma jurisprudência consolidada. A pergunta “o que levaria uma súmula de matéria penal a ser cancelada?” foi, em síntese, o estopim para que o projeto de pesquisa empírica fosse direcionado no então objeto.

Como foco central, o trabalho questionou não apenas quais as razões que fazem com que o STJ mude seu entendimento consolidado – expresso em súmulas – em casos envolvendo tipos penais, mas também como o Tribunal abarca o princípio da fundamentação da decisão judicial no manejo de tais modificações. À vista disso, em pormenores, estabeleceram-se subperguntas a respeito de (i) qual a relação que os ministros estabelecem entre as motivações existentes e os argumentos usados para justificar a mudança e (ii) se houve um atendimento do princípio da fundamentação nos argumentos empregados pelos ministros para justificar a reversão de jurisprudência. Em essência, idealizou-se um estudo de súmulas e o princípio da fundamentação.

No que tange à motivação da presente pesquisa, o anseio pela busca de respostas muitas vezes ocultas ou de perguntas sequer formalizadas foi um primeiro ponto pelo qual se decidiu dar prosseguimento aos anseios iniciais quanto ao objeto a ser investigado. Conforme se verá nos capítulos seguintes, as súmulas, por si só, trazem em si o conteúdo de um entendimento consolidado pelos tribunais e que assumem a forma de tal enunciado para facilitar que sejam implementados em peso aos casos em concreto. As súmulas, com o passar do tempo, tornaram-se fontes do direito e passaram a dispor de força equivalente às leis; situações reais estão condicionadas ao que é postulado em uma súmula. Em última instância, questionar a motivação da alteração de um instrumento jurídico frequentemente aplicado na deliberação de causas particulares ou coletivas, além de se fazer um direito de todos, estabelece-se como forma do exercício da cidadania e, por isso, que se quis tanto entender como os tribunais fazem e desfazem, muitas vezes com tanta facilidade, esses instrumentos tão importantes e que deveriam ser tratados com tamanha particularidade.

Outro ponto, para além da superação de súmulas em geral, diz respeito à ocorrência de modificações em âmbito penal que não podem se dar de maneira arbitrária, em razão das consequências extremas produzidas quando articulado tal mecanismo jurídico. Nesse sentido, entender as razões de decidir dos magistrados poderia fazer com que fosse possível demandar dos mesmos uma responsabilização pelos efeitos (positivos e/ou negativos) de sua proposição e efetivas ações.

Em suma, refletiu-se que compreender os fundamentos daquelas que se fazem máximas ao comportamento geral da nação e que podem restringir direitos fundamentais não pode mais ser dispensável, e o presente estudo poderia se articular como um primeiro passo à luta progressiva e constante visando a quebra das mazelas da deliberação jurídica oculta e aparentemente injustificada que já deixou de ser novidade àqueles que se afeiçoam ao direito. Nesse sentido ainda, concluiu-se que examinar o objeto da pesquisa em questão não apenas possibilitaria a construção do escopo orientador dos magistrados em suas decisões – o que permitiria por si só análises jurídicas associadas ao tema ou para além dele –, mas também funcionaria como uma iniciativa na mitigação da monopolização do conhecimento jurídico proeminentemente movedor das estruturas sociais e o determinante dos rumos da vida em sociedade.

1.1. Teoria dos precedentes e as súmulas

Os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015^{2 3} fazem-se bem enfáticos ao determinarem o caráter dos precedentes como fontes do direito e estabelecerem alguns critérios para sua aplicação. Todavia, por se tratar de uma característica dominante do sistema de common law, constata-se que, de início, houve certa resistência em aceitar tal método de tratamento da lei no Brasil⁴.

² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. §2º Ao editar os enunciados de súmulas, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁴ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A implementação do sistema de precedentes no Brasil e a efetivação do princípio da segurança jurídica. In: MENDES, Gilmar F.; PINHEIRO, Victor M. (coords.). Súmulas, teses e precedentes : estudos em homenagem a Roberto Rosas. Rio de Janeiro: GZ, 2023. p. 366-384.

Em razão disso que, não por outra razão, ainda nos dias atuais, presencia-se uma relutância de alguns magistrados ao sistema de precedentes por acreditarem que isso afetaria sua independência em interpretar e aplicar a lei.

Segundo as considerações de Roberto Rosas, os precedentes carregam uma particularidade que apresenta mais que uma utilidade material e uma praticidade; para o autor, um precedente "*serve de informação, de simplificação de trabalho*"⁵. Na realidade, as palavras do jurista ganham ainda mais sentido quando efetivamente se reflete a respeito da definição de precedentes, isto é: decisões cuja estrutura serve como parâmetro a outras decisões análogas em um procedimento de preservação da coerência do sistema. Através dessas deliberações que expressam um padrão decisório, situações futuras que possuam certo grau de similitude (no que diz respeito a suas características fundamentais) com aquela abarcada no paradigma ganham um tratamento mais célere. Assim, os precedentes se tornam ferramentas para facilitar o acesso à justiça por meio de sua atuação como exemplares do tratamento específico que pode ser oferecido pelo magistrado diante de casos equivalentes.

Precedentes têm sua origem em um conjunto de decisões interpretadas e decididas de modo semelhante. Eles são aplicáveis a casos que possuam um grande grau de semelhança no que concerne às pretensões e à discussão central. Acerca dos órgãos competentes para editá-los, não se constata legislação atual que estipule uma restrição ao grau do tribunal que o pode fazer; tanto tribunais inferiores quanto os tribunais superiores detêm para si a competência de formular seus precedentes. Entretanto, sabe-se que, atuando o STF e o STJ como Cortes Superiores com função de dar unidade ao direito através da formação de precedentes, esses carregam uma força e responsabilidade maior quando se trata da elaboração, observância e aplicação de precedentes.

Outro ponto que cumpre destacar é a segurança jurídica advinda do uso dos precedentes (e a insegurança resultante do mau uso). A aplicação de precedentes, como já mencionado, faz com que se disponha de respostas mais céleres e isonômicas: conforme uma das máximas do direito romano, a *equity*, cabe ao julgador tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

⁵ ROSAS, Roberto. Direito sumular : comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 12.

Estabelecer, portanto, a mesma resposta a casos equiparáveis é prezar pela igualdade dos envolvidos nos casos em questão. Porém, esse tratamento também deve ser feito com muita cautela para que não se promova uma completa insegurança na tentativa de igualar o inigualável, através da aplicação instantânea e automatizada dos precedentes, por conta de traços superficiais de semelhança entre as situações concretas. Sobre isso, ressalta-se os dizeres do Professor André Ramos Tavares: "*A confusão entre seguir um precedente adequado e seguir cegamente e de maneira genérica e sem justificativa (motivação adequada) os supostos precedentes, significa desrespeito à igualdade, à segurança e à própria ideia de ter uma decisão judicial que analise a situação concreta e apresente motivação adequada.*"⁶

Precedentes não são universais, sua aplicação não se faz obrigatória, ainda que seu uso ofereça uma segurança jurídica. Diante de temas conexos, mas que possuam elementos centrais divergentes, é dever do magistrado afastar o uso de precedentes, sob sacrifício daquela que originalmente se objetivava oferecer. Querer usufruir de um "caminho mais fácil" apenas fará com que se tenha a proliferação de decisões desconexas em seus conteúdos, que não tratam das especificidades do caso e que, ocasionalmente, podem vir a produzir efeitos inconvenientes, quando não produzirem efeito algum. Assim, resta mister a observação das estipulações dos parágrafos 3º, 4º e 5º artigo 927 do Código de Processo Civil⁷ ao montarem a necessidade de modificações respaldadas em razões justificadas, publicizadas e com o olhar voltado ao princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Em última colocação, volta-se a atenção necessária à relação existente entre os precedentes, a jurisprudência e as súmulas. Uma vez que se tenha o advento da aplicação reiterada desses padrões decisórios (os presentes), começa-se a emergir no sistema jurídico a chamada jurisprudência – o conjunto

⁶ TAVARES, André Ramos. O dever de fundamentação e a ratio decidendi. In: MENDES, Gilmar F.; PINHEIRO, Victor M. (coords.). Súmulas, teses e precedentes : estudos em homenagem a Roberto Rosas. Rio de Janeiro: GZ, 2023. p. 48-64.

⁷ Art. 927, § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

de decisões, aplicações e interpretações das leis tidas pelos tribunais sobre certo assunto. Todavia não é todo precedente que vira jurisprudência, apenas caso se faça aplicado repetidamente em múltiplos julgados é que pode ser sim que ocorra de um precedente virar uma jurisprudência. Por fim, essa mesma jurisprudência, formada de precedentes, se usada em vezes igualmente consideráveis, pode vir a se transformar em um enunciado sumular, conforme destaca Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira em sua obra "Curso de direito processual civil"⁸.

As súmulas, como visto então, configuram a última etapa desse sistema de padronização de entendimento dos tribunais sobre determinado assunto. Contudo, também se destaca que essas não se fazem um precedente mas uma representação do precedente que a originou; ou seja, uma súmula não tem por objetivo reproduzir a tese do precedente que a originou, ela é autônoma em relação a ele. Em face disso é que ocorrem as situações nas quais se presencia a própria corte interpretando a súmula de modo diverso ao aludido pelo precedente originário. Em síntese, o enunciado da súmula apenas remete à ideia de que há um precedente por trás que possui relação muito forte com a súmula.

1.2. Direito Sumular no Brasil: Súmulas Persuasivas e Vinculantes

Advinda do latim *summula* – que significa "índice" ou "sumário" –, o entendimento jurídico das chamadas súmulas remete à contemplação de um enunciado voltado a sintetizar decisões reiteradas dos tribunais a respeito de questões jurídicas determinadas, por vezes, controversa e que existe como fonte de orientação aos aplicadores do Direito. No que tange à assimilação doutrinária deste mecanismo, verifica-se conceituações que o intitula como "*o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal*"⁹, o "*preceito doutrinário que ultrapassa os casos concretos originários, servindo de referencial em*

⁸ São os dizeres dos autores: "*Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da ratio decidendi (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente — jurisprudência — súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas*". Curso de direito processual civil, v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 487.

⁹ FONSECA, Francine Cabral de Aguiar. Súmula de efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 15, n. 1, p. 306, 2007.

*juílgamentos posteriores sobre a mesma controvérsia*¹⁰ e “teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem”¹¹.

Todavia, além de se perceber que as concepções atribuídas às súmulas são plurais, também se afere que essas detém um modo de funcionamento de acordo com o nível de incorporação objetivado. Súmulas podem ser persuasivas (também chamadas de simples) ou vinculantes, ambas reguladas com base na aceitação e adesão de seus enunciados. As primeiras, servem como referências a juílgamentos futuros de casos similares e não possuem caráter obrigatório – o que permite ao magistrado fazer prevalecer sua livre convicção no caso concreto. As segundas, por outro lado, são entendidas como aquelas permeadas pela obrigatoriedade de sua observância¹², ou seja, o(a) juiz(a) fica condicionado(a) ao postulado pela súmula independente de qualquer assimilação própria em contrário ou em harmonia para com a mesma.

No Brasil, as súmulas persuasivas nasceram no ano de 1963, em razão do posicionamento do ministro do STF Victor Nunes Leal que, à época, compunha a Comissão de Jurisprudência, juntamente com os ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, e decidiu por publicar, através da Emenda Regimental de 28 de março, a primeira súmula da jurisprudência da corte, nomeando-a de “Súmula de Jurisprudência Dominante”. Desde esse episódio, o Supremo passou a editar muitas mais – em um ano já contabilizavam 412¹³ súmulas –, até que se chegasse 2004 e, com a Emenda Constitucional nº45¹⁴, e a consequente

¹⁰ LOR, Encarnación Alfonso. Súmula vinculante e repercussão geral : novos institutos do direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 17.

¹¹ SIFUENTES, Mônica. A súmula e os esqueletos. Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 9, n. 466, 16 out. 2004. Disponível em : <<https://jus.com.br/artigos/5839>>. Acesso em: 18/06/2023.

¹² MORAIS, Natanne Lira de. A evolução do direito sumular no Brasil. Conteúdo Jurídico, Brasília, 18 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45996/a-evolucao-do-direito-sumular-no-brasil>>. Acesso em: 18/06/2023.

¹³ FRAGOSO, Evander Corrêa. Direito sumular : necessária revisão, atualização e contextualização dos enunciados. 2017. 210 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

¹⁴ De acordo com o site do STF, “Publicada no Diário Oficial da União de 31/12/2004, a Emenda Constitucional (EC) 45, que instituiu a Reforma do Judiciário, completou 15 anos. Criada com a missão de dar mais celeridade e eficiência ao sistema judiciário, a emenda proporcionou várias mudanças na organização e no funcionamento da Justiça brasileira” (Promulgada há 15 anos, Reforma do Judiciário trouxe mais celeridade e eficiência à Justiça brasileira. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434106&ori=1>. Acesso em: 22/06/ 23.)

“reforma do poder judiciário”, a súmula vinculante¹⁵ fosse introduzida e, posteriormente, dois anos depois, em 2006, regulamentada pela Lei 11.417.

Diante de todo o exposto, verifica-se, desde já, revelada parte da complexidade características das súmulas, bem como sua importância ao funcionamento do sistema jurídico brasileiro, que tornam seu exame ainda mais instigante e necessário. Frente a isso, a presente pesquisa dedicar-se-à a investigar com minúcia as facetas da incidência e aplicação deste mecanismo dentro dos limiões do ordenamento brasileiro – em especial, das atuações de um dos tribunais superiores (STJ) – no que tange às mudanças do posicionamento das cortes refletida nas súmulas (modificadas).

1.2.1. O agir dos tribunais através de súmulas

A fim de homogeneizar as decisões relativas a temas específicos, de modo a assegurar um agir coerente, harmonioso, facilitado e menos arbitrário dos tribunais, as súmulas passaram a exercer força semelhante a de lei, mediante sua pacificação do entendimento dos órgãos julgadores, e a modelar o funcionamento tanto dos tribunais inferiores quanto dos superiores. Também motivaram críticas sobre o assunto: a vinculação que limita a autonomia dos magistrados e os torna apenas “bocas da lei escrita”.

Outrossim, apesar do disparate tempo de introdução de alguns tribunais na formulação de súmula, atualmente, percebe-se que os regimentos internos dos tribunais superiores são claros em estipular, a partir de um evidente reconhecimento da relevância dessas que sintetizam uma interpretação dominantes e, conseqüentemente, oferecem uma maior segurança jurídica ao ordenamento:

Art. 7º Compete ainda ao Plenário:

¹⁵Ainda com base no postulado pelo Supremo, “O instituto da súmula vinculante, introduzido na Constituição por meio do artigo 103-A, tem por objetivo pacificar controvérsias entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Editadas pelo STF com fundamento em reiteradas decisões sobre a matéria, as súmulas são de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública federal, estadual e municipal.” Ibidem

VII – deliberar sobre a inclusão, alteração e cancelamento de enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal;

(destaquei)

(Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)

e

Art. 122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º Poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.

Art. 125. Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno.

(destaquei)

(Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça)

Todavia, mesmo que se façam expressões de estabilidade jurídica, as súmulas podem ser superadas, revogadas ou canceladas. Seja persuasiva ou vinculante, uma súmula, assim como muitos instrumentos jurídicos, pode transformar-se, conforme ocorra uma reversão da própria jurisprudência nela compendiada. Diante disso, um questionamento que surge diz respeito à possível perda da segurança jurídica resultante da modificação de uma ferramenta que serve de referência a todos os tribunais (inferiores e superiores) presentes em território nacional. O foco do presente trabalho versará sobre a fundamentação oferecida por estes tribunais quando em face da alteração de seus entendimentos e interpretações pacificados efetivada pela mudança do enunciado de uma súmula; quais os motivos existentes para se mudar algo que parece funcionar muito bem e já é acatado por todos?

1.3. Princípio da fundamentação

Quando o Código de Processo Civil elenca os elementos essenciais da decisão judicial no Art. 489, I, II e III, não se pode deixar de salientar a colocação da fundamentação como um desses que compõem as variadas espécies das decisões que podem ser declarativas, constitutivas, modificativas ou extintivas. Na realidade, uma decisão judicial se faz um ato argumentativo que reflete os debates entre as partes no exercício do contraditório, as ponderações do magistrado, o contexto etc., e que necessita da devida justificação para que encontre, no mínimo, validade perante o sistema jurídico. Desse modo, uma decisão não fundamentada, segundo as disposições processuais vigentes, recai sobre um vício absoluto que gera a nulidade.

Não é outro o entendimento doutrinário:

"A falta ou insuficiência de motivação constitui vício formal, reputando-se inválida a decisão judiciária que nesse vício houver incidido. Essa invalidade [...] diz respeito diretamente à própria estrutura do sistema e à ordem pública: uma sentença não motivada ou insuficientemente motivada constitui fator de desgaste da confiabilidade do próprio Poder Judiciário, que a emitiu, e da idoneidade das instituições processuais do país."
(DINAMARCO, BADARÓ, LOPES, 2020, p.101)

Tanto se faz relevante a fundamentação que o Código de Processo Civil tratou por estabelecer no artigo 489 e nos incisos de seu parágrafo primeiro as circunstâncias que configuram uma falta de fundamentação na decisão¹⁶. No Inciso I do dispositivo, por exemplo, constata-se a alusão ao necessário processo de concretização e ratificação da lógica utilizada na decisão judicial; enquanto no Inciso II, rememora-se o dever do juiz em dar conteúdo à norma a partir do

¹⁶ Art.489. §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

conceito abstrato (indeterminado), de modo que a norma precisa ser adaptada às circunstâncias do caso e o conceito devendo ganhar definição. Os incisos IV e V, por sua vez, refletem a busca da estabilidade do sistema que se tem a partir do uso de padrões decisórios, enquanto o inciso III ainda se faz objeto de ponderações doutrinárias¹⁷. Conforme se verá adiante, mais que uma estipulação processual, a devida fundamentação se faz uma determinação constitucional.

Nas palavras de Roberto Rosa:

*"A explicitação de um pensamento é a forma de demonstração do raciocínio lógico.[...] Uma decisão sem lastro de convencimento não significa um juízo e, portanto, vale como força. [...] A fundamentação desse pensamento deve ser objetiva e clara. [...] Mais alicerçada, mais forte será a decisão se ela tem os fundamentos. Esses são calcados nos motivos, nas razões de decidir. Motivar uma decisão significa portanto dar os motivos, a ratio decidendi."*¹⁸

Quando pensada a relação entre a fundamentação e aquilo que Rosas chamou por *ratio decidendi*, tem-se que uma se faz diretamente ligada à outra. A *ratio decidendi* nada mais é que os fundamentos centrais, fatos relevantes, razões de decidir dos magistrados que o levam a determinada conclusão dos fatos. Nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira, "a razão essencial de decidir; os fundamentos determinantes da tese jurídica colocada"¹⁹. Uma *ratio* pode estar associada à interpretação da norma, à tese jurídica, ao modo de aplicação da norma etc., e se faz necessária à identificação de casos futuros que podem ser vinculados a certos precedentes.

¹⁷ Muitas doutrinas não concordam tanto com ele, por acreditarem não ser sempre necessário ou possível que ocorra o refutamento de todos os argumentos suscitados previamente. No REsp 1.814.271-DF (junho de 2019), por exemplo, foi entendido pelo STJ que "não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram".

¹⁸ ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional : princípios constitucionais do processo civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 45.

¹⁹SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O papel dos precedentes penais em face da segurança jurídica: embate sobre a persuasão e a obrigatoriedade em debates futuros. In: MENDES, Gilmar F.; PINHEIRO, Victor M. (coords.). Súmulas, teses e precedentes : estudos em homenagem a Roberto Rosas. Rio de Janeiro: GZ, 2023. p. 705-723.

Através da *ratio decidendi* é que a fundamentação revela suas reais intenções e objetivos. O argumento de fundamentação serve de palco para que a *ratio* se manifeste, apesar de nem todo argumento possuir uma *ratio* clara ou identificável. Rationes decidendi estão sujeitas a serem questionadas e, em razão disso, que se torna essencial que a proposição e construção das rationes possuam uma racionalidade e lógica que prezem pela manifestação ordenada. Uma vez que esteja o juiz com o ônus de fundamentar sua decisão, o esperado é que o faça de modo que suas motivações principais para se chegar a determinada conclusão sejam compreensíveis.

Outro ponto de grande relevância quando se discute a conexão entre as rationes decidendi e a fundamentação, concentra-se na influência que ambas exercem sobre o Sistema de Precedentes e, por consequência, sobre as súmulas. De antemão, pontua-se que a fundamentação se faz essencial ao sistema de precedentes, dado que a formação e aplicação de precedentes requer a identificação das razões de decidir da decisão que só se manifestam através de uma efetiva fundamentação. Ou seja, as rationes compõem os argumentos de fundamentação que são necessários não apenas à formação dos precedentes, mas a sua aplicação em casos análogos, bem como à formação e aplicação dos enunciados simulados. Por tal razão que um dos objetivos do presente trabalho será analisar as rationes decidendi dos argumentos dos ministros.

1.3.1. Fundamentação e arbitrariedade nos tribunais

Ao estabelecer em seu artigo 93, inciso IX (primeira parte) que “ todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, a Constituição Federal de 1988 não tarda em dar ênfase àquele que se faz disciplinador do poder jurisdicional: o Princípio da Motivação das Decisões Judiciais. Ainda, ressalta-se o enumerado pela Lei Complementar nº 35 de 1979 – também denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional – no Art.35, I, ao delimitar o dever de cumprir e fazer cumprir com exatidão as disposições legais por parte de todos e quaisquer magistrados. Diante disso, torna-se inegável a garantia ofertada pelo texto

constitucional ao corpo social que decide pela tutela jurisdicional de um deliberar justificado e não arbitrário.

Nessa perspectiva:

"O dever de fundamentar as decisões judiciais ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de Direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei [...] deverá buscar na fundamentação da decisão subsídios para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada." (NOJIRI apud ZAVARIZE, 2004, p.46-47)²⁰

Ademais, vale-se sublinhar que, dada a relevância do princípio abarcado pela Constituição que serve de base, fonte de interpretação e inspiração a todas as codificações infraconstitucionais, as leis processuais, em especial a lei processual penal em seu artigo 381, de igual modo, salienta a necessidade das motivações factuais e jurídicas à resposta jurisdicional dada ao caso concreto. Conforme acentuam Dinamarco, Badaró e Lopes em sua obra "Teoria Geral do Processo", a função política da motivação não se limita tão somente a servir de fonte plausível de justificação a um possível pedido de recurso pelas partes, antes pode orientar a própria sociedade na formação de juízo a respeito da legitimidade (ou ilegitimidade) das decisões do Poder Judiciário.

Uma vez compreendido o valor da fundamentação das decisões na esfera jurídica, torna-se válido indagar se esse respaldo jurídico não exerceria, portanto, igual (ou superior) importância no que tangem questões vinculadas à coletividade mais que a um número restrito de particulares conforme se verifica nas expressões jurisprudenciais dos tribunais superiores por meio de suas súmulas. O ordenamento é claro em declarar a imprescindibilidade do agir jurídico motivado às partes em um processo habitual, bem como as doutrinas em especificar a seriedade do mesmo ao funcionamento jurídico-político-social que se torna interpretável por esses paradigmas judicialmente assentados como se constata na atuação do STJ ao deliberar à nação brasileira.

²⁰ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. A fundamentação das decisões judiciais. 1 ed. Campinas: Millenium, 2004. p. 46-50.

Diante da possível falta de justificativa às mudanças de entendimento por parte dos Tribunais Superiores, o que se esperaria, por exemplo, é um movimento em cadeia da não presença da uniformidade nas decisões judiciais acarretando na imprevisibilidade do agir do Poder Judiciário, que, por consequência, poderia resultar em uma insegurança jurídica desmedida e um proceder arbitrário acentuado por parte dos magistrados que exercem esse poder. O próprio STJ, por sua vez, reconhece que há três formas possíveis de se examinar a Segurança Jurídica, compreendendo-a como: garantia de previsibilidade das decisões judiciais, veículo garantidor da fundamentação das decisões e fundamentação judicial adequada²¹.

Nessa linha, destaca Gomes Canotilho que “A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis [...] e o princípio da proteção da confiança[...]”²², estabelecendo que a confiança no agir jurisdicional – conforme demonstrado nos parágrafos anteriores, resultante da função política da motivação em permitir a formação de juízo social no que tange à legitimidade do judiciário – deturpa-se diretamente com a possibilidade da arbitrariedade pelo não amparo factual e/ou legal.

Em última análise, passa-se pois à ponderação referente ao elemento agravante da discussão da falta de fundamentação, sucedendo à insegurança jurídica pelo atuar arbitrário: o Direito Penal. Sabe-se que a característica diferenciadora deste ramo do direito é exatamente sua aptidão para garantir a segurança jurídica através da coercitividade mais gravosa, ou seja, com a particularidade de se fazer *ultima ratio* dentre as resoluções jurídicas e concretizar-se por meio de uma sanção de caráter essencialmente preventivo – em relação à ocorrência de condutas delituosas –, reparador²³ e, conseqüentemente, restritiva de direitos – em especial, o direito de liberdade. Assim sendo, evidencia-se que deliberar sobre tal disciplina passa a exigir um tratamento muito mais cauteloso e preciso por parte dos agentes que a isso se

²¹DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. [s.l.: s.n.], 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120>>. Acesso em: 30/05/2023.

²²CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 371-372.

²³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro : parte geral. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 1. p. 58-94.

propõem, haja vista as consequências por vezes irreversíveis inerentes de uma simples tutela jurídica.

A arbitrariedade no Direito Penal, portanto, configura-se de modo ainda mais alarmante, por, mais que implicar em uma falta de imparcialidade jurídica – o que, por si só, feriria o princípio da isonomia constitucionalmente assegurado –, impactar na perda e/ou limitação de bens caros a todo o ordenamento jurídico brasileiro: a vida, a liberdade e a cidadania. Um mínimo ponderar injustificado do órgão superior competente inviabiliza a atuação do contraditório e da ampla defesa coletiva – pela falta de informações, então ocultadas pelos magistrados –, além de poder perpetuar o já existente controle social institucionalizado das elites jurídicas sobre os demais cidadãos, dessa vez, entretanto, através do saber condicionado pelo poder exercido por aqueles com o dever de “promover a justiça”.

2. Metodologia

2.1. Recortes e análise das decisões

Dado que o direito apresenta múltiplos campos de atuação, o estudo em questão vai se ater apenas ao campo do direito penal, haja vista as peculiaridades desta área e suas consequências mais graves previamente mencionadas. Como é sabido, o direito penal acaba por receber um tratamento diferenciado, principalmente, por seu modo de lidar com a privação de direitos fundamentais; como já destacado, por sua coercitividade mais gravosa, seja para aplicar pena aos crimes cometidos ou para prevenir a ocorrência de crimes pelo mesmo sistema de imposição de penalidades, a área penal do direito tem sobre si uma administração muito cuidadosa e que desperta curiosidade aos estudiosos. Por tal razão que, para se estudar a reversão de jurisprudência e o acolhimento do princípio da fundamentação da decisão judicial através do cancelamento de súmulas, escolheu-se aquelas de matéria penal.

Optou-se pelo recorte por Tribuna, escolhendo-se o STJ em razão de se verificar neste tribunal uma das grandes fontes de uniformização do direito e de interpretação da lei federal. Na verdade, não se mostra incomum a referência às súmulas formuladas pelo STJ seja por tribunais inferiores, tribunais superiores ou pelos meros afeitos ao direito. Em última instância, o STJ mostra-se como um

dos tribunais de hierarquia superior que mais produzem pacificações de jurisprudências que orientam toda uma sociedade; ao todo, em dezembro de 2023, foram contabilizadas uma edição de 665 súmulas e 8 enunciados administrativos pela tribuna²⁴.

Para encontrar as súmulas de direito penal do STJ, recorreu-se ao próprio documento disponibilizado pelo órgão no qual se verifica a separação das súmulas por ramos do direito e intitulado "Súmulas Organizadas por Ramo do Direito".

2.2. Súmulas selecionadas

Com os parâmetros temáticos e temporais estipulados e aplicados, chegou-se ao total de três súmulas que se fariam pertinentes ao objetivo da pesquisa. Abaixo se pode conferir aquelas selecionadas, assim como as respectivas informações essenciais para este momento inicial.

| Súmula | Ano de formulação | Ano de superação | Enunciado |
|--------|-------------------|------------------|--|
| 174 | 1996 | 2001 | No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena. |
| 512 | 2014 | 2016 | 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. |
| 528 | 2015 | 2022 | Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional. ²⁵ |

²⁴ MORETO, Mariana. A Súmula 83 e o papel fundamental do STJ na uniformização de jurisprudência. *JOTA*, 08 de abril de 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sobre-sumula-83-do-stj-08042021>>. Acesso em: 17 fev.2024.

²⁵ Apesar de o conteúdo da súmula ser muito semelhante aos entendidos como de processo penal, segundo o enquadramento que o próprio STJ faz ao separar as súmulas por ramo do direito. Tal classificação pode ser consultada em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>

2.3 Estudo de Caso e os procedimentos implementados

Quando Robert K. Yin descreve em sua obra "Estudo de Caso: Planejamento e Métodos" que a análise de dados pressuposta da metodologia de estudo de caso "consiste em examinar, categorizar, classificar, [...] recombina"26 informações a partir dos objetivos do próprio estudo, o autor enumera a particularidade principal que torna tal metodologia tão necessária ao presente trabalho: seu enfoque em um trabalho detalhado e com dados qualitativos. O estudo de caso, nas palavras de Yin, "é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos"27. Tendo em vista tais colocações, e que o processo de superação de súmulas se faz contemporâneo, e que, por vezes, não detém seu contexto justificativo definido, é que utilizou-se de tal estratégia para realizar a pesquisa.

A metodologia de estudo de caso em si ocorre em cinco etapas, conforme as postulações teóricas: o delineamento da pesquisa, o desenho da pesquisa, a preparação e coleta dos dados, a análise dos dados e entre os dados, e a elaboração de relatórios28. As duas últimas etapas ocorrem simultaneamente, porém.

Quando aplicadas ao caso concreto da presente pesquisa e as suas peculiaridades, as etapas se dispõem com a seguinte configuração:

(I) Delineamento da pesquisa: análise das motivações da mudança de jurisprudência expressas nos argumentos das decisões, a partir do ano de 1988, pelo STJ no campo do direito penal através da modificação por cancelamento de súmulas, mais especificamente das súmulas 174, 512 e 528, bem como a verificação do atendimento ao princípio da fundamentação por esses mesmos argumentos;

(II) Desenho da pesquisa: execução da pesquisa por meio da leitura, análise e classificação dos argumentos utilizados pelos ministros do STJ durante

²⁶YIN, Robert K. Estudo de caso : planejamento e métodos. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001. p. 131.

²⁷ Ibidem.

²⁸BRANSKI, Regina Meyer; FRANCO, Raul Arellano Caldeira; LIMA JR., Orlando Fontes. Metodologia de estudo de casos aplicada à logística. [s.l.: s.n.], 2010.

a formulação da súmula e, posteriormente, em seu cancelamento expresso nos respectivos acórdãos.

(III) Preparação e coleta dos dados: busca por dados nas decisões disponibilizadas nos sites do próprio STJ a partir de solicitações a sua ouvidoria, e a textos doutrinários complementares para auxiliar na interpretação.

(IV) Análise dos casos e entre os casos: para a leitura e análise dos argumentos e suas fundamentações, filtragem e extração dos argumentos relevantes à discussão central da súmula, a partir de perguntas centrais como “O argumento formulado pelo ministro diz respeito ao conteúdo da súmula?”, “ O argumento é estritamente necessário para compreender porque a súmula foi formada ou superada?”, “ O argumento é original ou apenas uma replicação de um argumento já utilizado?”. Nesse sentido, buscou-se filtrar e extrair os argumentos considerados mais relevantes ao debate que se fazia objeto da análise da pesquisa, bem como selecionar à análise, em argumentos estruturados em jurisprudência, quando existentes, os grifos dos próprios ministros e as partes que melhor se conectam com a temática estudada.

(V) Elaboração de relatórios: realizada abarcando as respostas obtidas na análise dos casos dos precedentes e de superação e que se pode verificar nos anexos da presente monografia.

3.0 Análise dos precedentes de formulação das súmulas 174, 512, 528

3.1 Precedentes da Súmula 174 do STJ

Para que o enunciado da súmula 174 se formasse – e permitisse a presente análise –, precedentes de um período de um pouco mais de quatro anos foram coletados e analisados para constatar a recorrência do entendimento do tribunal de modo que a formulação de uma súmula fosse possível. No total, oito foram os precedentes que deram origem ao postulado sumular, sendo que todos se tratavam de Recursos Especiais (REsp); oito situações nas quais o tribunal pronunciou entendimento semelhante, e deliberou o tendo por base, para circunstâncias que guardam entre si um grau considerável de equivalência. São os precedentes: REsp 5679 SP 1990/0010652-4; REsp 12279 SP 1991/0013243-8; REsp 28590 SP 1992/0026952-4; REsp 36752 SP 1993/0019012-1; REsp 38136 SP 1993/0023790-0; REsp 62724 SP

1995/0014016-0; REsp 67524 SP 1995/0028095-7; REsp 33003 SP 1993/0006798-2 – o primeiro deles data de fevereiro de 1991, e o último novembro de 1995.

Acerca das matérias principalmente abrangidas pelos precedentes, e que se tornaram o objeto central do posterior enunciado sumular, verifica-se uma discussão focalizada em discutir a utilização da arma de brinquedo no cometimento do crime de roubo. Mais especificamente, as ponderações se fazem, em essência, sobre o conteúdo do artigo 157, §2º, I, do Código Penal²⁹ que abarca o uso de “arma” como causa de aumento da pena para o referido crime. Assim, em síntese, os precedentes se voltam a refletir e deliberar a adequação do brinquedo na categoria “arma” e a incidência das consequências desse possível enquadramento.

A seguir, confere-se uma síntese das informações fundamentais de cada um deles.

3.1.1 REsp 5679

No Recurso Especial número 5679 SP 1990/0010652-4 interposto pela Procuradoria da República em 6 de fevereiro de 1991, de relatoria do Ministro Flaquer Scartezini, presencia-se a tese geral do ministro relator amparada na ideia de que o aumento da pena referido no art.157, §2º, I do CP se justifica, em caso de arma de brinquedo, quando o meio utilizado foi suficiente para tolher a capacidade de resistência da vítima que desconhecia da ineficácia do objeto. Diante disso, destaca-se que, na situação, o réu havia sido condenado a 4 anos de reclusão e 10 dias de multa com início de cumprimento de pena em regime semi-aberto, por infração ao art.157, caput, do CP³⁰. A Procuradoria entrou com Recurso para reaver a decisão de primeiro grau.

Em face do desacordo com a deliberação tida pela Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo ao desconsiderar, em apelo, a qualificadora do artigo supramencionado, a Procuradoria interpôs o então Recurso para que a decisão que estabeleceu pena e regime prisional diverso do

²⁹Art. 157 § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma (revogado)

³⁰Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa

que o seria caso houvesse consideração da qualificadora fosse analisada. Através de um acordo por maioria, o STJ reconheceu o REsp e o proveu. Na ocasião, ficou vencido o Ministro Assis Toledo, e com voto vencedor o Ministro Relator.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

1. “[...] a arma, ainda que de brinquedo, presta-se a qualificar o roubo, desde que na vítima reflita-se o temor inibitório de qualquer reação, desconsiderando a ineficiência lesiva do objeto empregado pelo agente.” - Ministro Flaquer Scartezzini
2. “O problema está, pois, na idoneidade ou aptidão do meio empregado para intimidar, anular a capacidade de resistir ao emprego da arma dita de brinquedo, mas ignorado pela vítima.” - Ministro Jesus Costa Lima
3. “Não há hoje nenhuma diferença visual entre muitos revólveres de verdade e muitos de brinquedo.” - Ministro Edson Vidigal

3.1.2 REsp 12279

No Recurso Especial número 12279 SP 1991/0013243-8, verifica-se a situação de um réu que havia sido condenado a 7 anos de reclusão e 17 dias-multa por infração ao art.157, §2º, I e II do CP, combinado com os art.70 e 14 do mesmo Código³¹³². Mediante apelo, sua pena se fez reduzida a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão por conta do cancelamento da qualificadora – a ser aplicada sobre hipótese de arma de brinquedo. Diante disso, e por entender haver divergência jurisprudencial, pediu a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo por deliberação do REsp.

Sob relatoria do Ministro Paulo Costa Leite, e com julgamento em 25 de agosto de 1992,o tribunal compreendeu, por unanimidade, ser devido o conhecimento e provimento do Recurso, a partir da tese fixada de a qualificadora

³¹Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código

³²Art. 14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;_II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

estar fundamentada no fato de a vítima ter sido intimidada e sua capacidade de resistir ter sido anulada ou diminuída.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumentos:

1. *"Ha de se entender que o crime de roubo pode ser praticado por conduta alternativa: violência ou grave ameaça. [...] gerar o medo, o pavor, a ponto de vencer a capacidade de resistência, é ínsito à conduta delituosa. A arma de brinquedo, ao contrário da hipótese anterior, é idônea, válida para alcançar o resultado típico."* - Ministro Vicente Cernicchiaro

3.1.3 REsp 36752

Ao julgar o Recurso Especial número 36752 SP 1993/0019012-1, em 19 de outubro de 1993, por unanimidade a Quinta Turma do STJ, conheceu do recurso e o proveu sob a tese geral de se dever considerar a vontade criminosa do agente e a comprovada intimidação da vítima. No caso relatado pelo Ministro José Cândido de Carvalho Filho, o Réu havia sido condenado a 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 4 dias-multa por infringir o art.157, §2º, I, c.c o art.14, II, ambos do CP. Mediante apelação, foi fixada a pena privativa de liberdade em 1 ano e 4 meses de reclusão e, por entender existir divergência da decisão proferida com as decisões das Cortes Superiores, a Subprocuradoria Geral de Justiça interpôs o recurso.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

1. *"[...] se a vítima apavorada não evitou, desde o início, o assalto, em razão do medo, firme está a classificação da sentença, no art.157, §2o, inciso I [...]. In casu, o que se deve levar em conta é a vontade criminosa do agente."* - Ministro José Cândido
2. *"O que importa é a eficácia produzida pela 'arma de brinquedo' [...]. No caso concreto, no momento do assalto, aos olhos do homo medius, tal brinquedo tomou feições de arma intimidatória."* - Ministro Adhemar Maciel

3.1.4 REsp 28590

No julgamento do Recurso Especial número 28590 SP 1992/0026952-4, ocorrido em 7 de dezembro de 1992, afere-se o caso do Réu condenado por extorsão qualificada (art.158, § 1º, CP³³) e por posse de drogas (art.16 da Lei 6.368/76³⁴) a uma quantidade de pena não mencionada no acórdão proferido pelo tribunal. Ainda assim, verifica-se que, sob decisão de apelação, foi desclassificado o crime de extorsão para sua modalidade simples em face do emprego de arma de brinquedo. Diante disso, e por entender haver divergência entre a decisão proferida e as decisões do STF e do próprio STJ, é que a Procuradoria-geral de Justiça do Estado entrou com um recurso para que fosse revista a deliberação obtida no apelo.

Na apreciação, verificou-se que a Quinta Turma do STJ, compreendeu, por maioria de votos, ser válido o conhecimento e provimento do Recurso interposto, sob a tese de o fato de a arma ser um brinquedo não eliminar o fato de se ter utilizado, antes de tudo, de uma arma para subjugar a vítima à vontade do agente. Na ocasião ficou vencido o Ministro Relator Ministro Assis Toledo, e teve-se como voto vencedor o proferido pelo Ministro Edson Vidigal que lavrou o acórdão.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. "*[...] nas cidades e nos campos, os revólveres de verdade já são confundidos com os de brincadeira, servindo uns e outros a um mesmo fim – o de assalto que se consuma mediante grave ameaça e até violência [...]*" - Ministro Edson Vidigal

3.1.5 REsp 38136

Ao julgar o Recurso Especial número 38136 SP 1993/0023790-0, de relatoria do Ministro Adhemar Maciel e apreciado no dia 31 de maio de 1994, a Sexta Turma do STJ analisou o caso da Ré que havia sido condenada

³³Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

³⁴Art.16 - Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

monocraticamente em primeira instância a 7 anos de reclusão e 18 dias-multa em regime fechado, por infringir o art.157, §2º, I, do CP – com uso de arma de brinquedo. Em apelo, ficou verificado que a pena da ré tinha sido reduzida para 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 15 dias-multa em regime semi-aberto, pela desconsideração da qualificadora. Diante dos fatos, e em face da divergência jurisprudencial, é que o Ministério Público do Estado de São Paulo propôs recurso especial para pleitear a cassação do acórdão recorrido e restabelecimento da pena imposta pela sentença de 1º grau.

O Recurso em questão se fez conhecido e provido, com base no entendimento de que se deveria considerar o que arma de brinquedo pode aparentar a um sujeito leigo para efeitos de violência e intimidação, mais que se essa poderia efetivamente funcionar. Não houve votos contrários e a deliberação foi por acordo unânime.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. “[...] deve-se levar em linha de conta o pavor da vítima diante de um ‘revólver’, ainda que, sob o ângulo objetivo, não seja arma. [...] O que importa é a eficácia produzida pela ‘arma de brinquedo’ [...]”
- Ministro Adhemar Maciel

3.1.6 REsp 67524

Na apreciação do Recurso Especial número 67524 SP 1995/0028095-7, julgado em 21 de agosto de 1995, a Quinta Turma do STJ deliberou sobre o caso de um réu condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão com regime inicial semiaberto, por infração do art.157, §2º, inciso I do Código Penal, por seu uso de arma de brinquedo. No curso do processo, em face do pedido de recurso inicialmente interposto, a Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, afastou a qualificadora, impôs o regime inicial fechado e decretou a redução da pena para 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Nesse cenário é que a Procuradoria-Geral da Justiça interpôs recurso para o STJ, por entender do posicionamento contrário por parte do STF e STJ sobre a incidência da qualificadora.

No julgamento, o recurso foi conhecido e provido por maioria de votos, sob a tese de ser válida a aplicação do §2º, inciso I do art.157 quando a ferramenta empregada foi suficiente para afetar a capacidade de resistir da vítima que desconhece a ineficácia do objeto. Ficou vencido o Ministro Relator Assis Toledo, de modo que se tornou relator para o acórdão o Ministro José Dantas que se teve em posição de voto vencedor.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. “[...] se há bis in idem no concurso da grave ameaça com a qualificadora do uso de arma de brinquedo, segundo a construção jurisprudencial, tal bis in idem estaria na própria lei, que a seu tempo qualifica o roubo pelo uso de “arma” ofensiva sem consideração a que já seja “grave a ameaça”, segundo a tipificação do caput do mesmo art. 157 do Cód. Penal; donde a objeção não me parecer procedente, com a devida vênia.”
- Ministro José Dantas

3.1.7 REsp 62724

No Recurso Especial número 62724 SP 1995/0014016-0, de relato do Ministro Jesus Costa Lima e julgado em 17 de maio de 1995, a Quinta Turma do STJ acordou por maioria conhecer e prover o recurso, a partir da premissa de “arma” dever ser considerada como “todo instrumento de ataque ou de defesa capaz de infundir no espírito da vítima”. Entendeu no mais que, havendo intimidação da vítima, o artefato deveria ser considerado como arma.

Na situação, apreciava-se o Recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do afastamento da qualificadora do §2º, I, art.157, CP, pela Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de SP, sob alegação de arma de brinquedo não possuir potencialidade ofensiva. Em caso de redução de pena, o réu teria sido condenado a 4 anos de reclusão e multa por infringir o caput do referido artigo. O MP alegou estar sua ação amparada nos precedentes do STF e STJ e pleiteou que a pena de primeiro grau fosse restabelecida.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. “[...] ainda se entenda que a lei empregue arma no sentido técnico, este não se alheia do conceito geral de que, como tal, se considera todo instrumento de ataque ou de defesa capaz de infundir no espírito da vítima justo receio de uma agressão, coarctando-lhe as possibilidades de agir.” - Ministro Jesus Costa Lima

3.1.8 REsp 33003

O último dos precedentes, o Recurso Especial número 33003 SP 1993/0006798-2, versou sobre o caso do Réu condenado a 4 anos e 8 meses de reclusão em regime semiaberto, juntamente com 11 dias de multa, por infração ao art.157, caput, c.c. o art.70 – ambos do Código Penal, e a Primeira instância que não aplicou a qualificadora do §2º, inciso I do art.157. Diante do ocorrido, a Procuradoria entrou com pedido de recurso para fazer incidir a qualificadora em questão, sob imposição de sentença do STJ em sentido de acolher e prover o pedido.

A Sexta Turma do STJ, por sua vez, ao apreciar o pedido, decidiu por unanimidade, no dia 14 de novembro de 1995, conhecer e prover o recurso sob a tese geral de ser o uso de arma de brinquedo suficiente para intimidar a vítima caso essa não tenha conhecimento do fato. O relato ficou sob responsabilidade do Ministro Vicente Leal.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. “O emprego de arma desmuniada no roubo foi suficiente para tolher a capacidade de resistência das vítimas, que ignoravam a ineficácia do objeto, alcançando, assim, o agente, o resultado típico almejado [...]” - Ministro Vicente Leal
2. “[...] o art.157, ao falar na subtração, afirma que o agente se valeu da ameaça ou violência, inculcando terror e medo. [...] Não há dúvida alguma, a arma, seja no sentido próprio ou impróprio, contribuiu para aumentar o terror, afastando a possibilidade de defesa. No caso concreto não foi utilizada violência, sendo a ameaça suficiente para inculcar terror e medo.” - Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro

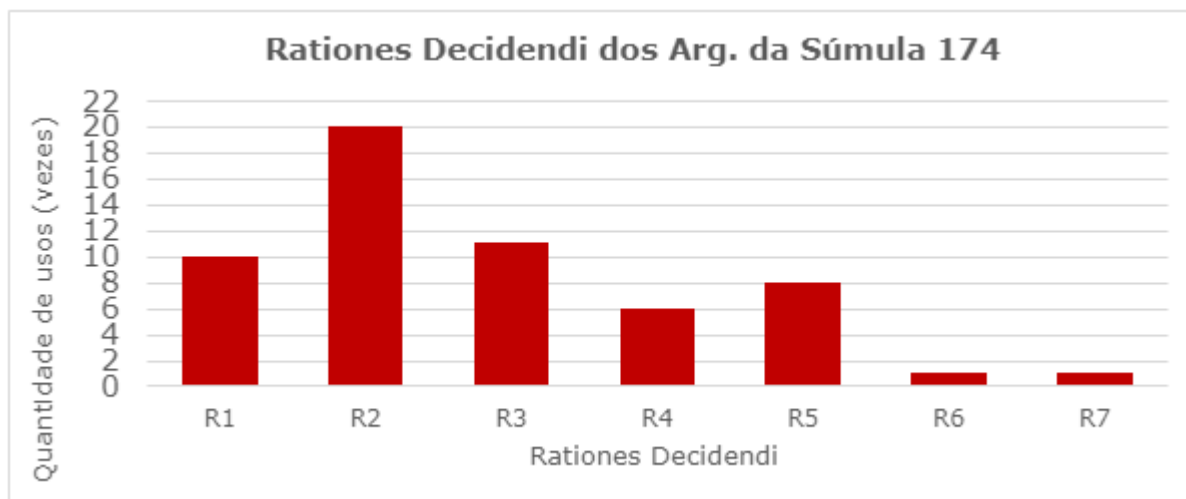
3.2 Resultados da análise dos Precedentes da Súmula 174 envolvidos

Ao analisar a coletânea de informações extraídas da análise dos argumentos interpostos nos múltiplos precedentes, tornou-se possível postular de imediato alguns dados relativos ao caráter predominante nas rationes decidendi adotadas (em argumentos favoráveis à incidência da qualificadora) e às especificidades dos argumentos dos julgadores no que tange o sistema de classificação adotado. Primeiramente, em matéria de ratio decidendi, os ministros, em sua maioria, optam por centrar seus argumentos na ideia da intimidação da vítima advinda do uso da arma falsa e na influência do brinquedo em afetar a capacidade de resistência da mesma. No que concerne ao perfil desses argumentos, por sua vez, afere-se uma forte preponderância do uso de argumentos sustentados com base em precedentes da própria Corte (em grande parte dos casos).

Rationes Decidendi dos argumentos

Ao argumentar sobre a necessidade de se considerar a arma de brinquedo como meio que abarca a qualificadora do Art.157, §2º, I, do Código Penal, nos variados precedentes que dão origem à súmula 174, os ministros do STJ, favoráveis à aplicação do dispositivo aos casos que versam sobre tal tipo de armamento, demonstram uma preferência em considerar mais os aspectos associados à pessoa da vítima do ilícito que a literalidade do texto da lei – que tornaria possível uma interpretação diversa, conforme fazem seus opositores. Através das numerosas e variadas razões de decidir que servem de fundamentação ao posicionamento que prevalece (no contexto dos precedentes), os magistrados validam a premissa central de que “no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”.

Abaixo afere-se o número de vezes em que as principais rationes decidendi identificadas foram empregadas nas argumentações dos ministros que se posicionaram favoravelmente à consideração da arma de brinquedo como suficiente para fazer incidir a qualificadora :



| Rationes | Significados | | |
|-----------|---|-----------|---|
| R1 | Influência da arma na resistência da vítima | R5 | Potencial ofensivo da arma sendo desconhecido pela vítima |
| R2 | Intimidação da vítima que se sente ameaçada diante da arma de brinquedo | R6 | Vontade criminosa do agente devendo ser considerada |
| R3 | Aparência da arma aos olhos da vítima que se vê afetada de modo semelhante ao que seria por arma real | R7 | Reconhecimento jurisprudencial firme à autorização do aumento |
| R4 | Lei estipula o uso de "arma" | | |

Não obstante à adesão da percepção majoritária do tribunal, verifica-se a ocorrência de argumentos contrários à ideia espelhada no enunciado sumular. Na ocasião, o Ministro divergente (Ministro Assis Toledo) concentrou sua oposição (nas variadas vezes)³⁵ em argumentações que se fundamentam em seis rationes diferentes, sendo elas que:

(I) O STF entendia que arma de brinquedo não seria causa de aumento de pena;

³⁵ Na ocasião, o Ministro Assis Toledo esteve em posição de voto vencido por três vezes, sendo elas no REsp 67524 SP 1995 / 0028095-7, no REsp 62724 SP 1995 /0014016-0 e no REsp 5679 SP 1990 / 0010652-4

(II) O entendimento da arma de brinquedo como arma real apenas se faria a partir de uma analogia in malam partem;

(III) A lei estipulava o uso de "arma";

(IV) Armas de brinquedo não seriam armas por definição;

(V) Armas de brinquedo gerariam um potencial de risco com gradação diversa das armas convencionais;

(VI) Roubo com arma de brinquedo seria, na verdade, uma situação de furto mediante fraude.

Conforme se verifica, assim, a adoção do convencionado na súmula não foi unânime.

3.3 Precedentes da Súmula 512 do STJ

Para que houvesse a formulação do enunciado da súmula 512, precedentes de um período de três anos foram coletados e analisados para constatar a recorrência do entendimento do tribunal de modo que a formulação de uma súmula fosse possível. No total, oito foram os precedentes que deram origem ao postulado sumular, sendo quatro casos de Habeas Corpus (HC), três de Agravo Regimental (AgRg) e um Recurso Especial (REsp). São os precedentes: HC 143361 SP 2009/0146161-5; HC 149942 MG 2009/0196394-1; AgRg no REsp 1116696 MG 2009/0101586-7; HC 254139 MG 2012/0192944-4; HC 224038 MG 2011/0264392-3; REsp 1329088 RS 2012/0124208-0; AgRg nos EDcl no REsp 1297936 MS 2011/0300624-3; AgRg no REsp 1259135 MS 2011/0143385-2. Os precedentes contam de fevereiro de 2010 a junho de 2013.

Acerca das matérias principalmente abrangidas pelos precedentes, e que se tornaram o objeto central do posterior enunciado sumular, verifica-se uma discussão focada em discutir as situações nas quais o agente do crime de tráfico de drogas está sobre as condições do artigo 33, § 4º da Lei de drogas (nº 11.343 de 2006) – que tipifica as chamadas minorantes –, e permanece o questionamento quanto à hediondez do tipo penal. Nesse sentido, as ponderações se fazem, em essência, sobre a possibilidade de se afastar a hediondez do tráfico de drogas e as consequências de regime prisional decorrente, em razão de ser o agente do crime réu primário, possuir bons

anteriores e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

A seguir, confere-se uma síntese das informações fundamentais de cada um deles.

3.3.1 HC 143361

No julgamento do Habeas Corpus 143361 SP 2009/0146161-5, de relatoria do Ministro Jorge Mussi e com julgamento no dia 23 de novembro de 2010, o STJ analisou recurso contra acórdão proferido pelo TRF da 3ª Região. Na deliberação, o TRF da 3ª Região manteve na íntegra, os termos da sentença que condenou o paciente ao cumprimento de 4 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 430 dias-multa, em razão da prática do crime do art. 33, caput³⁶ e § 4º, c/c 40, I³⁷ da Lei 11.343/2006. Em face disso, o impetrante sustentou que o caso previsto no § 4º afastaria a hediondez do caso e que a imposição do regime fechado seria uma forma de constrangimento ilegal por ofender ao princípio da individualização da pena. Por fim, pede o início da sanção reclusiva no regime semiaberto

Na apreciação, a Quinta Turma, por unanimidade, denegou o Habeas Corpus, usando da tese de que as causas de diminuição da sanção do agente primário subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

³⁶ 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: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

³⁷ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

1. “[...] as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.” - Ministro Jorge Mussi
2. “[...] a simples vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos prevista no próprio art. 33, § 4o, da Lei no 11.343/2006 reafirma o posicionamento ora adotado, no sentido de que, por certo, não quis o legislador afastar o caráter hediondo dessa conduta, mesmo permitindo punição mais branda, quando preenchidos os pressupostos legais [...]” - Ministro Jorge Mussi
3. “[...] o simples fato de o rol das vedações previstas no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 não contemplar o § 4o do art. 33 dessa lei não afasta o caráter hediondo dessa figura, vez que, da leitura atenta daquele dispositivo, observa-se que ele elenca apenas tipos penais (art. 33, caput; art. 33, § 1o; e arts. 34 a 37), o que autoriza a conclusão de que esse rol não deveria mesmo incluir uma causa especial de diminuição de pena.” - Ministro Jorge Mussi

3.3.2 HC 149942

Ao julgar o Habeas Corpus 149942 MG 2009/0196394-1, em 6 de abril de 2010, o entendimento da corte sobre a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art.33, § 4º, da Lei 11.343/2006 interferir na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas, levou-a a denegar o HC. Diante disso, menciona-se que o remédio constitucional foi impetrado contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, nos autos do recurso de apelação criminal no 1.0145.08.436533-0, condenou o paciente em questão a 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 1200 dias-multa, com base no art. 33, caput, e art.

35³⁸, ambos da Lei de Drogas. Nessa circunstância, aduziu o impetrante (Defensoria Pública de Minas Gerais) que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em razão da fixação do regime inicial fechado e que o benefício do regime aberto não estaria vedado pela hipótese do art. 33, § 4º, e, em razão disso, seria cabível o HC.

A decisão da Quinta Turma foi no sentido de acompanhar por unanimidade o relator do caso, Ministro Felix Fischer, no sentido de concluir o Habeas Corpus como denegado, menciona-se, mais uma vez, por entender ocorrer interferência pela minorante na quantidade da pena, e não na natureza do delito.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. “[...] apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.” - Ministro Felix Fischer

3.3.3 AgRg no REsp 1116696

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1116696 MG 2009/0101586-7, em primeiro de março de 2012, a Sexta Turma decidiu, por unanimidade, desprover o Agravo. Na ocasião, sob relatoria do Ministro Og Fernandes, o tribunal entendeu que a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não afasta a hediondez do delito de tráfico de drogas. Em face disso, o agravo regimental interposto contra decisão monocrática foi improvido, uma vez que tal deliberação deu parcial provimento ao recurso especial e, assim, assentou que a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas não afasta a hediondez do delito de tráfico de drogas.

³⁸ 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.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. *"[...] de acordo com o entendimento desta Corte Superior, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o, da Lei 11.343/06 não retira do delito a sua hediondez ou sua considerável lesividade."* - Ministra OG Fernandes

3.3.4 HC 254139

O Habeas Corpus número 254139 MG 2012/0192944-4, foi impetrado pela Defensoria Pública Do Estado De Minas Gerais contra a decisão do TJMG que condenou o réu a de 3 anos de reclusão e 300 dias-multa por estar incurso no art. 33 da Lei 11.343/2006. Na situação, a defensoria pediu que fosse afastado o caráter hediondo do crime pelo qual o Paciente foi condenado, por entender tratar-se de "tráfico privilegiado". O Ministério Público Federal, por sua vez, se manifestou pelo não conhecimento da impetração ou, caso conhecida, pela denegação da ordem de habeas corpus.

Na apreciação ocorrida em 13 de novembro de 2012, o STJ, por meio de sua Quinta Turma, deliberou, por unanimidade, pelo não conhecimento do HC. Sob relatoria da Ministra Laurita Vaz, fixou-se a tese geral de que a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por produzir consequência apenas na quantidade da pena e não na qualificação do delito, não afasta o seu caráter hediondo.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. *"A teor do entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4.o, da Lei n.o 11.343/2006, não tem o condão de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, por produzir consequência apenas na quantidade da pena e não na qualificação ou natureza do delito."* - Ministra Laurita Vaz

3.3.5 HC 224038

Ao apreciar o HC 224038 MG 2011/0264392-3, em 20 de novembro de 2012, a Sexta Turma do STJ analisou a situação do HC impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais contra o TJMG que fixou ao paciente a pena de 2 ano e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa como resposta a uma apelação de decisão que o condenava a 2 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 1 ano de detenção, em regime aberto, pela prática dos delitos descritos nos art. 33, caput, da Lei 11.343/06 e art.14 da Lei 10.826/03³⁹. Na situação, o tribunal em questão entendeu que mesmo com a incidência da minorante do § 4º, os incursos nos artigo 33 da Lei de Drogas não fazem jus à fixação do regime inicial aberto, dado que a simples incidência de uma causa de diminuição de pena não tem o condão de alterar a espécie delitiva.

Sob relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o tribunal entendeu por unanimidade, que a incidência da causa especial de diminuição de pena não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico; entretanto, também compreendeu ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a depender das particularidades do caso concreto. Diante disso, declarou o Habeas Corpus não conhecido mas concedeu ordem de ofício para que fosse avaliada a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. *"[...] a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal [...]" - Ministra Maria Thereza de Assis Moura*

³⁹ Art.14 - Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

3.3.6 REsp 1329088

No Recurso Especial número 1329088 RS 2012/0124208-0, o MP do Rio Grande do Sul recorreu de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça estadual que entendeu o privilégio no delito do tráfico de drogas como suficiente para afastar a hediondez. Na ocasião, pediu o MP pelo provimento do recurso especial, com o restabelecimento da decisão do Juízo da Execução, que indeferiu os pedidos de indulto e livramento condicional. Diante disso, o MPF ofereceu um parecer, e a posteriori, foi proferida decisão do próprio STJ indicando a controvérsia representada no REsp; não satisfeito, houve uma nova manifestação do MPF pela impossibilidade de afastamento da hediondez.

A partir da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, no dia 13 de março de 2013, a Terceira Seção do STJ acordou, por unanimidade, conhecer e prover o Recurso. A tese fixada foi a de que a hediondez do crime de tráfico de drogas não é afastada, uma vez que a sua incidência não decorre nem do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada, nem da existência de uma figura privilegiada do crime. A minorante seria, na verdade, uma forma que o legislativo encontrou de favorecer o pequeno traficante.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. *"[...] constata-se que o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 não excluiu de seu rol o tráfico de drogas quando houver a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Se assim o quisesse, poderia o legislador tê-lo feito, uma vez que a redação atual do dispositivo, conferida pela Lei n. 11.464/2007, é posterior à vigência da Lei n. 11.343/2006."* - Ministro Sebastião Reis Júnior

3.3.7 AgRg nos EDcl no REsp 1297936

No julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial número 1297936 MS 2011/0300624-3, a Quinta Turma do STJ acordou, por unanimidade, o Agravo. Na ocasião, o mecanismo havia sido interposto em face da rejeição dos embargos declaratórios que recorriam sobre a decisão que condenou o réu a 7 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, além de 710 dias-multa, por infração ao art. 33, caput e § 4º da Lei

11.343/2006. Nessas circunstâncias, buscou o agravante, o provimento do agravo para que fosse negado o seguimento ao recurso especial, e afastada a hediondez do crime em questão, sob a alegação de que “privilégio” e “hediondez” seriam terminologias opostas e, portanto, o tráfico privilegiado não poderia ser considerado como hediondo.

Assim, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, a tribuna compreendeu que a diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implicaria no afastamento do caráter hediondo do crime, uma vez que não haveria a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do artigo em questão. O “tráfico privilegiado”, no mais, não seria um tipo penal autônomo. O julgamento teve sua execução no dia 18 de abril de 2013.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

1. “[...] *as causas de aumento ou diminuição estabelecem somente uma variação, a partir de quantidades fixas (metade, dobro, triplo) ou frações de aumento ou redução - 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), por exemplo. Assim, a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas a crime hediondo.*” - Ministro Marco Aurélio Bellizze
2. “[...] *o privilégio se refere, em regra, a fatores nobres, motivação social ou moral para a prática de um delito, como se dá no homicídio privilegiado. Entretanto, não se verifica no caso do tráfico de drogas nada que o torne um crime praticado por fatores nobres, portanto, parece-me duplamente indevida a nomenclatura "tráfico privilegiado", quer por não se ter novo preceito secundário, quer por não se tratar de conduta praticada com relevante motivação.*” - Ministro Marco Aurélio Bellizze

3.3.8 AgRg no REsp 1259135

O último dos precedentes da súmula 512, encontra-se no Agravo Regimental no Recurso Especial número 1259135 MS 2011/0143385-2, que teve por relatora a

Ministra Assusete Magalhães. No agravo, observou-se o questionamento sobre decisão tida no Recurso Especial na qual se reconheceu a natureza hedionda do tipo do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. O agravante alegou, por sua vez, que a jurisprudência que dá base à decisão do REsp deveria ser revista, uma vez que a finalidade da Lei 8.072/90 seria punição severa aos traficantes profissionais, e não aos enquadrados no tráfico privilegiado.

No julgamento ocorrido em 6 de julho de 2013, a Sexta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, improver o Agravo, sob a tese de que a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afastaria a natureza hedionda do delito, o que, por consequência, conduziria aos prazos previstos na Lei 8.072/90 e art. 83, V, do Código Penal⁴⁰, para a obtenção dos benefícios da progressão de regime e de livramento condicional.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

1. “[...] é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o 'tráfico privilegiado' tipo autônomo(STJ, AgRg no HC 257.499/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 18/02/2013) [...]” - Ministra Assusete Magalhães
2. “[...] a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do delito, o que conduz aos prazos previstos na Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, e art. 83, V, do Código Penal, para a obtenção dos benefícios da progressão de regime (requisito objetivo) e de livramento condicional.” - Ministra Assusete Magalhães

3.3.9 Resultados da análise dos Precedentes da Súmula 512 envolvidos

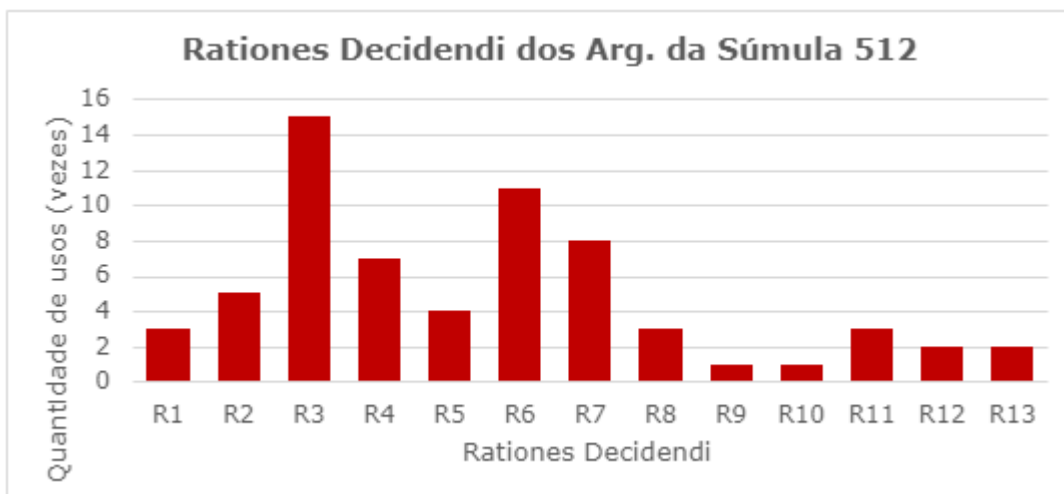
⁴⁰Art. 83, V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

As respostas obtidas a partir do exame dos argumentos empregados nos precedentes da súmula 512, assim como as da súmula 174, mostraram-se bem incisivas no tocante ao uso da multiplicidade de rationes decidendi para fundamentação; argumentos esses, em sua maior parte, respaldados na própria lei ou em precedentes. Diante disso, no que diz respeito às razões de decidir dos ministros, adianta-se, que os mesmos ajustaram-se em duas principais premissas: as causas de diminuição de pena estando associadas apenas à quantidade da pena, e essas mesmas causas não sendo suficientes ao afastamento da hediondez. Concernente ao modo pelo qual tais noções se estruturam, por sua vez, pontua-se a proeminência dos julgadores em elaborar suas alegações amparadas no próprio texto legal e da forma que esse se comporta face das demais enunciações jurídicas positivas, em uma completa expressão da aplicação dos intitulados argumentos jurídicos.

Rationes Decidendi dos argumentos

Do analisar das razões de decidir dos ministros do STJ em relação ao afastamento da hediondez do tráfico de drogas pela incidência das causas especiais de diminuição de pena, extrai-se que houve uma forte adesão das autoridades à proposição de que as circunstâncias que levariam à mitigação da pena não estariam ligadas à natureza do delito penalizado. Todavia, o que mais surpreende da análise é perceber que, em mesmo nível de uso da justificativa anterior, encontra-se a opção dos julgadores em tão somente adotar aquele que posteriormente se tornará enunciado sumular sem maiores justificativas para isso. Em seus argumentos, muitos dos magistrados simplesmente usam da tese central de discussão como base (ou conteúdo total), sem qualquer acréscimo de raciocínio por trás do dever de prevalência da mesma. Dentre os dezessete pressupostos ao posicionamento favorável, constata-se, no mais, a reiterada desassociação do tráfico privilegiado à situação de privilégio que abarca o homicídio privilegiado, e a máxima de que os regimes prisionais obedecem às diretrizes legalmente estabelecidas.

Abaixo se observa a totalidade de rationes utilizadas, bem como a dimensão de seus respectivos usos:



| Rationes | Significados | | |
|-----------------|--|------------|--|
| R1 | Trata-se de posicionamento pacificado | R8 | Minorante sendo uma política criminal que versa sobre o agente e não sobre a conduta |
| R2 | Não há incidência de (novo) tipo penal | R9 | A minorante não afastando o delito em circunstâncias do art.2, §2º da Lei nº 8.072/1990 |
| R3 | A causa de diminuição não afasta a hediondez por não tornar o crime menos grave | R10 | A progressão de regime pela retirada da hediondez funcionaria como incentivo à continuidade da prática do delito |
| R4 | O regime prisional possui estipulações legais próprias e se adequa à lesividade da conduta | R11 | Apenas os §§ 2º e 3º do art. 33 tratam de crimes não hediondos |
| R5 | Existe uma determinação constitucional sobre o assunto | R12 | A minorante não torna possível a desconsideração do tratamento legal previsto |
| R6 | A minorante influencia na (quantidade | R13 | A vedação de substituição de pena funciona como indicador do não |

| | | | |
|-----------|--|--|--------------------------|
| | da) pena, não na natureza do delito | | afastamento da hediondez |
| R7 | A nomenclatura “tráfico privilegiado” está incorreta por conta de a conduta não se enquadrar como um típica situação de privilégio assim entendida pela Código Penal | | |

Apesar do entendimento majoritário de que a minorante não afastaria a hediondez do tráfico de entorpecente, e das consequências sobre o regime prisional que de tal aspecto decorrem – afinal, em todos os precedentes se observa uma tentativa da defesa do réu em buscar pelo afastamento como artifício para que o regime seja modificado –, observa-se uma mudança de cenário. A partir do HC 224038 MG 2011/0264392-3, no qual a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, segundo sua argumentação, com base na jurisprudência do STF, pontua a não mais obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes de tráfico de drogas; o que levou parte dos ministros a compreender a relação hediondez-regime prisional de maneira semelhante e se desvincular do pensamento anteriormente sustentado. Nessa esteira, tem-se o posicionamento da Ministra Assusete Magalhães no REsp 1329088 RS 2012/0124208-0 em que se afere um argumento pela desvinculação da substituição do regime prisional e do tipo de pena do entendimento do tráfico de drogas como crime hediondo, em uma expressa adesão à ideia inovadora defendida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura no referido HC.

3.4 Precedentes da Súmula 528 do STJ

Para que o enunciado da súmula 528 fosse formado, precedentes de um período de dez anos foram coletados e analisados para constatar a recorrência do entendimento do tribunal. No total, sete foram os precedentes que deram origem ao postulado sumular, sendo que todos se tratavam de casos de Conflito de Competência (CC); nas sete situações o tribunal pronunciou entendimento semelhante, e deliberou sobre circunstâncias que guardam entre si uma certa equivalência. São os precedentes: CC 41775 RS 2004/0032996-3; CC 112306

MS 2010/0093945-0; CC 109646 SP 2009/0247755-3; CC 132897 PR 2014/0055223-1; CC 133003 RJ 2014/0063678-0; CC 133560 RJ 2014/0094423-6; CC 134421 RJ 2014/0144304-1. O primeiro precedente data de maio de 2004, o último de setembro de 2014.

No que se refere ao principal assunto discutido pelos precedentes que deram origem à súmula 528, afere-se uma discussão centralizada na definição do órgão competente para julgar os crimes de tráfico internacional de drogas. Diante disso, mesmo que sob casuísticas divergentes, observa-se um enfoque das Turmas e Seções do STJ em debater o conteúdo do artigo 70 do Código de Processo Penal que enuncia que *“a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”*. Assim, verifica-se, por exemplo, ponderações sobre as competências do juízo estadual em relação ao juízo federal, e a prevalência de um juízo de um Estado em relação ao de outro.

A seguir, confere-se uma síntese das informações fundamentais de cada um deles.

3.4.1 CC 41775

O conflito negativo⁴¹ de competência número 41775 RS 2004/0032996-3, suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Porto Alegre/RS em relação ao Juízo Federal da 7ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, versa, essencialmente, sobre a situação na qual auditores Fiscais da Receita Federal do Rio de Janeiro constataram a presença de substância entorpecente sendo remetida à Moçambique/África e advinda dos correios da Capital do Rio Grande do Sul. Na ocasião, o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ declinou da competência de apreciação para o Juízo Federal da Vara Criminal de Caxias do Sul que, por sua vez, remeteu os autos para o Juízo Federal de Porto Alegre/RS. Por entender não ser possível suscitar o conflito, pois a declinação de competência tinha sido realizada para o Juízo Federal de Caxias do Sul/RS, o Juiz

⁴¹Segundo o Conselho Nacional de Ministério Público, os conflitos negativos de competência se referem às situações nas quais dois juízes dizem que não são competentes para julgar a causa, enquanto no conflitos positivos, os dois se dizem competentes para a mesma causa. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8162-conflito-de-competencia#:~:text=Existem%20conflitos%20negativos%20de%20compet%C3%Aancia,competentes%20para%20a%20mesma%20causa>

Federal de Porto Alegre devolveu os autos ao Juízo Federal do Rio de Janeiro. Em nova movimentação, o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ, declinou da competência para a Vara Federal de Porto Alegre/RS que, por fim, suscitou o conflito de competência.

Ao julgar o então Conflito de Competência, a Terceira Seção do STJ, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz, no dia 26 de maio de 2004, acordou, por unanimidade, por declarar a competência do juízo suscitante (Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul). Entenderam os ministros que o disposto no art. 12 da Lei nº 6.368/76⁴² tipifica dezoito ações identificadas por diversos verbos ou núcleos do tipo, sendo que o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas elencadas, por se tratar de crime de perigo abstrato e de ação múltipla. No mais, a chegada da substância ao destino final configura apenas o exaurimento do delito e se faz desnecessária para sua consumação.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

1. *"[...] o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas elencadas, por se tratar de crime de perigo abstrato e de ação múltipla."* - Ministra Laurita Vaz
2. *"A propósito, esta Corte tem-se manifestado no sentido de que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes possui caráter permanente. Assim, o momento consumativo se prolonga no tempo, e, sendo de ação múltipla, não admite a forma tentada."* - Ministra Laurita Vaz
3. *"[...] restou caracterizada a conduta de remeter a cocaína para o exterior, podendo ser enquadrada na modalidade remeter ou exportar, conforme análise do juízo competente. [...] ser desnecessária para a consumação do crime que a substância entorpecente enviada chegue ao seu destinatário, o que configuraria mero exaurimento do delito."* - Ministra Laurita Vaz

⁴²Art. 12 - Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

3.4.2 CC 112306

No julgamento do Conflito de Competência número 112306 MS 2010/0093945-0, ocorrido em 24 de novembro de 2010, a Terceira Seção do STJ decidiu, por unanimidade, declarar a competência como sendo do Juízo suscitado (Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Dourados - SJ/MS). Sob o entendimento de que para a configuração da internacionalização do delito de tráfico não se exige que a substância ultrapasse os limites territoriais do país, bastando que se vise a sua difusão para o exterior, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura produziu o relatório do caso em questão.

Na então conjuntura, o conflito negativo havia sido suscitado pelo Juízo De Direito Da 2ª Vara Criminal De Dourados em relação ao Juízo Federal da 1ª Vara De Dourados - SJ/MS. Sobre isso, sabe-se, com base no relatório da Ministra Maria Thereza, que inquérito policial foi instaurado pela prática do delito previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal⁴³, no qual o agente visava remeter a Lisboa/Portugal remessa contendo medicamentos com suspeitas de irregularidades. Nessa circunstâncias, o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Dourados - SJ/MS remeteu o feito para a Justiça Estadual. O Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Dourados/MS, por sua vez, por entender-se incompetente para processar e julgar o feito, suscitou o conflito negativo de competência.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

1. *"[...] o art. 66 da Lei de Drogas ampliou o universo de incidência dos comandos proibitivos penais, visando proteger o bem jurídico tutelado - saúde pública -, não apenas no pertinente aos entorpecentes, mas também no que se refere a substâncias outras que se entender igualmente prejudiciais ao mencionado bem."* - Ministra Maria Thereza de Assis Moura
2. *"[...] a competência para o prosseguimento e julgamento do feito deve ser atribuída à Justiça Federal, haja vista o disposto no artigo*

⁴³Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

109, V, da Constituição Federal." - Ministra Maria Thereza de Assis Moura

3.4.3 CC 109646

No julgamento do Conflito de Competência 109646 SP 2009/0247755-3, que aconteceu de 23 de março de 2011, a Terceira Seção do STJ usou-se da ideia de que sendo conhecida a intenção do agente de remeter entorpecente a outro país, e tendo sido concretizados todos os atos de execução do delito, para compreender a caracterização da internacionalidade, mesmo que a substância entorpecente não tivesse chegado ao destinatário situado em país estrangeiro. O Acordo pela declaração de competência do Juízo suscitante (Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo) ocorreu por unanimidade e sob relatoria do Ministro Og Fernandes. Os ministros partiram da discussão da existência da internacionalidade da conduta, para designar a qual juízo caberia o tratar do caso.

A situação se tratava, a seu modo, de um conflito negativo suscitado pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo contra o Juízo de Direito da 26ª Vara Criminal de São Paulo/SP. Na ocasião, a droga remetida tinha como destino final "District Vientiane", Lao. e foi interceptada ainda em solo brasileiro. Diante do ocorrido, o Juízo federal, então, declinou da competência por entender que não se tratava de crime de tráfico internacional de drogas. O Juízo de Direito da 26ª Vara Criminal de São Paulo/SP, por sua vez, determinou a devolução dos autos à Justiça Federal que, por fim, suscitou o conflito de competência.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restou como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular o seguinte argumento:

1. *"[...] uma vez incontestado, no presente caso, que a intenção do agente é a remessa do entorpecente a outro país, e tendo sido concretizados todos os atos de execução do delito, caracterizada está a internacionalidade da conduta, ainda que a substância entorpecente não tenha chegado ao destinatário situado em país estrangeiro."* - Ministra OG Fernandes

3.4.4 CC 132897

Na apreciação do Conflito de Competência número 132897 PR 2014/0055223-1, cujo julgamento ocorreu em 28 de maio de 2014, sob relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, a Terceira Seção do STJ compreendeu, em unanimidade, que o crime de tráfico constitui delito formal, multinuclear, que, para ser consumado, basta a execução de qualquer das condutas previstas no dispositivo legal, neste caso, importar. Nessa perspectiva, pontuou também que, uma vez consumado o crime, e com base no caput do art.70 do Código de Processo Penal, seria irrelevante que o destinatário final da droga seja outro lugar. Foi declarado competente, nesses termos, o Juízo suscitado que, aqui, era expresso na figura do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

O caso em si, aludia à situação de um conflito suscitado pelo Juízo Federal Da 5ª Vara de Londrina - SJ/Pr, em relação ao Juízo Federal Da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária Do Estado De São Paulo. Na ocasião, teria sido interceptada pela Alfândega da Receita Federal do Brasil em São Paulo um envelope advindo do exterior e com destinatário localizado na cidade de Londrina - PR, que continha em seu interior substâncias com características do entorpecente "maconha". O Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, tendo recebido os autos à sua deliberação, declinou da competência e determinou a remessa dos mesmos autos à Subseção Judiciária de Londrina - PR. Em face disso, é que o Juízo Federal da 5ª Vara de Londrina - SJ/PR suscitou o então conflito de competência.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

1. "[...] verifica-se a conduta positivada no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, caracterizada como delito formal multinuclear. Outrossim, para a consumação do crime previsto no referido dispositivo legal, basta a execução de qualquer das condutas previstas no artigo 33 da citada lei, quais sejam: importar [...]." - Ministro Rogerio Schietti Cruz
2. "O verbo importar carrega a seguinte definição: "fazer vir de outro país, estado ou município; trazer para dentro." (Novo dicionário Aurélio) Logo, ainda que desconhecido o autor - como no caso dos autos -, entendo que despiciendo é o seu reconhecimento,

podendo-se afirmar que o delito se consumou no instante em que tocou o território nacional [...]” - Ministro Rogerio Schietti Cruz

3.4.5 CC 133003

Ao julgar o Conflito de Competência número 133003 RJ 2014/0063678-0 em 28 de maio de 2014, os ministros do STJ fixaram a seguinte tese: O crime de tráfico constitui delito formal, multinuclear, que, para ser consumado, basta a execução de qualquer das condutas previstas no dispositivo legal, neste caso, importar. Uma vez consumado o crime, e com base no caput do art.70 do Código de Processo Penal, é irrelevante que o destinatário final da droga seja outro lugar. A partir do entendimento, a Terceira Seção, julgou, por unanimidade, e sob relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, que a competência em discussão seria do Juízo ora suscitado (Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo).

Na ocasião, o conflito havia sido suscitado pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro em relação ao Juízo Federal Da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, por ter sido interceptada pela Alfândega da Receita Federal do Brasil em São Paulo remessa advinda da Holanda e com destinatária localizada no Rio de Janeiro, que continha em seu interior substâncias com aparência e forma de droga. O Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio de Janeiro. Diante disso é que o Juízo da 8ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro suscitou o conflito de competência.

Na ocasião, no mais, verificaram-se os mesmos argumentos do caso anterior.

3.4.6 CC 133560

Na deliberação do Conflito de Competência 133560 RJ 2014/0094423-6, verifica-se a situação do movimentar do Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro em relação ao Juízo Federal Da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Na ocasião, teria sido interceptada pela Alfândega da Receita Federal do Brasil em São Paulo remessa

advinda da Espanha e com destinatário localizado no Rio de Janeiro, que continha em seu interior substâncias entorpecentes. Diante do ocorrido, o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal do Estado de São Paulo declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio de Janeiro que suscitou o conflito de competência.

Ao julgar sobre o caso, a Terceira Seção do STJ, por unanimidade, entendeu que o artigo 70, caput, do Código de Processo Penal, prevê que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração. Além do que, na espécie em que houve importação de entorpecente por via postal, o delito teria se consumado no instante em que a missiva tocou o território nacional, tornando-se irrelevante o fato do destinatário ser outro lugar. Sob relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, em 11 de junho de 2014, a tribuna declarou a competência como sendo do Juízo suscitado (Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo).

Na ocasião, no mais, verificaram-se os mesmos argumentos do caso anterior.

3.4.7 CC 134421

No julgamento do Conflito de Competência número 134421 RJ 2014/0144304-1, ocorrido em 224 de setembro de 2014, e configurado como o último precedente da súmula 528, a Terceira Seção do STJ compreendeu que o tráfico, praticado por meio de encomenda do exterior para o Brasil, tem como local do crime aquele da apreensão, não importando o local a que se direcionava a encomenda, ou até mesmo se antes havia sido consumada outra das ações típicas do delito. Na ocasião, o tribunal declarou, por maioria de votos, a competência debatida como sendo do juízo suscitado (Juízo Federal da 7ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo), restando vencido o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Em face disso, verifica-se que o acórdão teve como efetivo relator o Ministro Nefi Cordeiro, que levou consigo a posição de voto vencedor.

A situação debatida em si, fazia-se sobre um Conflito suscitado pelo Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio De Janeiro em relação ao Juízo Federal da 7ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de

São Paulo. Na ocasião, teria sido interceptada pela Alfândega da Receita Federal do Brasil em São Paulo remessa advinda da Holanda e com destino ao Rio de Janeiro, que continha em seu interior substâncias aparentemente entorpecentes. Diante da movimentação policial, o órgão ministerial de SP – e em decisão da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo –, determinou que os autos fossem remetidos ao RJ. No RJ, o Ministério Público Federal se manifestou pela contrariedade da decisão e, então, o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro suscitou o conflito de competência.

Na ocasião, a título de exemplo, no mais, restaram como de importante consideração para a formulação do enunciado sumular os seguintes argumentos:

1. *"A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que o tráfico, praticado por meio de encomenda do exterior para o Brasil, tem como local do crime aquele da apreensão, não importando o local a que se direcionava a encomenda, ou até mesmo se antes haviam sido consumadas outras das ações típicas do delito."* - Ministro Nefi Cordeiro
2. *"[...] ainda que o direito seja dinâmico, mostra-se temerária a alteração da orientação jurisprudencial acerca da matéria, até então pacífica nesta Corte, pelos relevantes riscos de desorientação aos aplicadores do direito e possíveis arguições de nulidades."* - Ministro Nefi Cordeiro

3.5 Resultado da análise dos Precedentes da Súmula 528

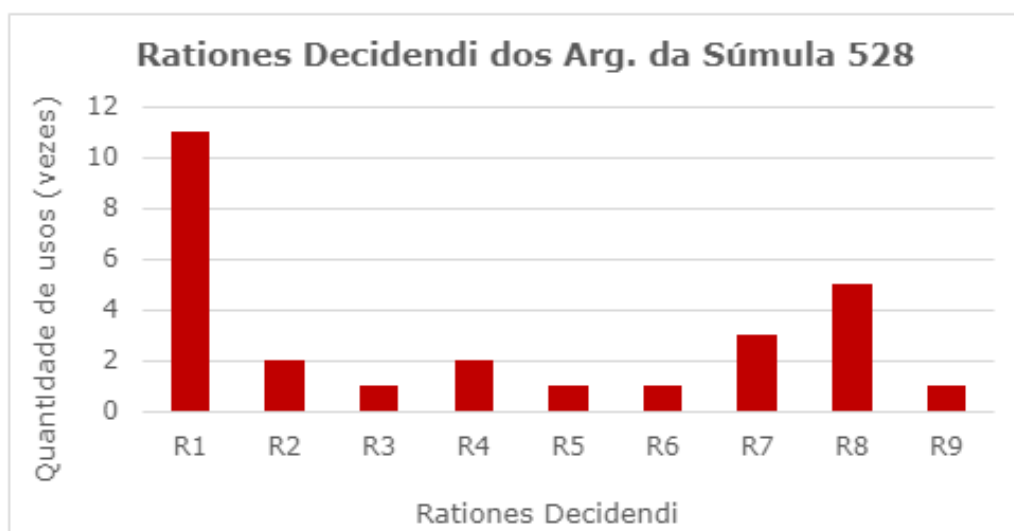
Nos precedentes da súmula 528, algo curioso e inédito ocorre em relação às rationes empregadas: a quantidade de rationes utilizadas para argumentar favoravelmente ao enunciado da súmula se assemelha à quantidade usada para argumentar em sentido contrário, ainda que o posicionamento contrário seja adotado por somente um ministro do total de cinco de ministros que argumentaram nos precedentes. Nas súmulas anteriormente analisadas, verificava-se uma quantidade efêmera de argumentos contrários e, ainda mais reduzida a variedade de razões para decidir aplicadas: na súmula 174, seis foram as rationes que fundamentaram as disposições contrários; na súmula 512, houve apenas uma ratio. No mais, é possível destacar a forte primazia dos julgadores em argumentar sobre aspectos muito mais ligados ao momento de consumação do crime do que a órgão competente a julgá-lo.

Rationes Decidendi dos argumentos

Dentre as premissas mais abarcadas pelos ministros na defesa de seu posicionamento favorável, percebe-se uma periódica discussão da ideia de qual seria o momento de consumação do delito do tráfico internacional de drogas, conforme mencionado anteriormente. Nessas ocasiões, os magistrados amparam suas pontuações em três principais noções: (i) a consumação do delito não poder se verificar como consequência da chegada da droga ao destinatário, haja vista que o alcançar da substância ao seu rumo inicial, apenas configuraria o exaurimento do delito; (ii) a consumação podendo se dar por execução de condutas variadas e não apenas uma única ação; (iii) consumação sendo, na verdade, no instante em que a droga toca o solo brasileiro. O enfoque em tais pontos ocupa, caso computado, mais que a utilização de todas as demais rationes.

Ademais, como ocorre com a súmula 512, nesta ocasião também se constata a opção dos julgadores em apenas adotar o futuro enunciado sumular, sem grandes fundamentações. Mais uma vez, a tese central da discussão é utilizada como base (ou conteúdo total) de alguns argumentos, sem adição de ponderações que amparem seu dever de prevalência. Depois, verificam-se mais rationes que discutem a efetiva consumação do crime, além daquelas singulares que trazem à discussão da competência propriamente dita.

Abaixo afere-se a proporcionalidade das rationes empregadas nas argumentações favoráveis à ideia do enunciado sumular:



| Rationes | Significados | | |
|-----------------|--|------------|---|
| R1 | Crime sendo de ação múltipla com consumação por qualquer conduta elencada e desnecessidade da chegada da droga ao destino | R6 | Determinação constitucional |
| R2 | Vontade de remeter ao exterior e concretização dos atos de execução sendo suficientes a consideração da internacionalidade | R7 | Consumação do delito com a entrada em solo brasileiro |
| R3 | Consumação constatada pelos atos executórios concretizados | R8 | Competência sendo do lugar de apreensão da droga – que se configura como local do crime |
| R4 | Disposições legais daquelas que seriam consideradas “drogas” | R19 | Não alteração da jurisprudência consolidada |
| R5 | Saúde pública como bem jurídico envolvido e a ser tutelado | | |

No que tange os argumentos contrários que, como mencionado, também dispõem de múltiplas rationes, e são integralmente utilizados pelo Ministro Rogério Schietti Cruz no CC 134421 RJ 2014/0144304-1, em contrapartida, pontuam-se as motivações de sua deliberação:

(I) Inexistiria um conflito de atribuições, segundo a definição do que seria um conflito de atribuição;

(II) Decisão do juiz, em tais casos, sendo de natureza administrativa e de encaminhamento;

(III) Competência sendo do lugar de destino da droga, em caso de importação;

(IV) Dificuldade (é possível inviabilização) de investigações caso fosse determinado o lugar de apreensão para designar o juiz competente;

(V) Sopesamento que ocorreria das autoridades alfandegárias;

(VI) Local da consumação sendo de difícil determinação fática, quando se trata de importação;

(VII) Prática de importar não possuindo conduta antecedente que seja incriminada pelos núcleos do art.33 da Lei 11.343/2006, como acontece com a exportação;

(VIII) Corte produzindo precedentes sobre casos de exportação e não de importação;

(IX) Consumação da importação ilegal de drogas necessitando do recebimento para acontecer;

(X) Barreira nacional não sendo sinônimo de barreira alfandegária, no entendimento do verbo "importar";

(XI) O conhecimento do destino como decisivo para determinar a autoridade competente.

Conforme se verifica, o ministro Rogerio Schietti Cruz concentra suas alegações contrárias sobre a ocorrência do tráfico de drogas por meio da modalidade de importação e não de exportação. O que ocorre, em suma, é que o magistrado acabou por modificar seu posicionamento – antes concordante com a postura majoritária da corte – por compreender não ser possível analisar casos de exportação e importação da mesma maneira. Seu entendimento divergente para a dinâmica exportação-importação foi o primeiro e único dentre as ponderações do STJ antes da formulação do enunciado sumular.

4. Cancelamento e motivações ao cancelamento das Súmulas

4.1 Cancelamento da Súmula 174 (arma de brinquedo) e as motivações apontadas pelos ministros em seus argumentos

Ao deliberar sobre o cancelamento da súmula 174, no julgamento do Recurso Especial nº 213.054-SP, em 24 de outubro de 2001, a Terceira Seção do STJ entendeu que o aumento especial da pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo viola princípios basilares do Direito Penal como o

princípio da legalidade, do ne bis in idem, e da proporcionalidade da pena. Além disso, com o advento da Lei nº 9.347, o tribunal reconheceu que a referida súmula perdeu seu sentido, uma vez que tal lei tratou de criminalizar a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes e, portanto, o enunciado sumular se faria desnecessário. Sendo assim, por maioria de votos, verificou-se o conhecimento e desprovemento do REsp, bem como o cancelamento da súmula 174.

O caso do REsp nº 213.054-SP, mais especificamente, versa sobre um recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo contra a decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que optou por excluir da condenação a causa especial de aumento de pena do art.157, § 2º, I, do CP, por se tratar de roubo com arma de brinquedo. Na ocasião, o recorrente se posicionou pela incidência da qualificadora mesmo diante de arma de brinquedo e apontou os julgados do STF e do próprio STJ a respeito do assunto. Em 20 de fevereiro de 2001, o recurso havia sido levado a julgamento e o relator do acórdão (Ministro José Arnaldo da Fonseca), em razão da súmula 174, proveu o recurso. Todavia, a partir de um pedido de vista do Ministro Felix Fischer, os autos foram remetidos à Terceira Seção para que houvesse a revisão do enunciado sumular.

No que tange às motivações trazidas pelos ministros (favoráveis ao cancelamento) em suas arguições, afere-se os seguintes exemplos de premissas norteadoras:

[Ministro José Arnaldo da Fonseca]

- *"[...] referência, quase a unanimidade da doutrina penal moderna posiciona-se contrariamente ao Enunciado de n. 174, por ofender vários princípios basilares do Direito Penal. "*
- *"Primeiramente, [...] viola o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal). É que a lei (art. 157, § 2º, inciso I, do CP) fala em arma e não em simulacro de arma, ou coisa parecida. Logo, se se tratar de um artefato que imita uma arma, a qualificadora não pode ser reconhecida".*

- *"Por outro lado, [...] também ofende o princípio do ne bis in idem, pois a intimidação da vítima mediante o emprego da arma de brinquedo já configura a "grave ameaça" que é elemento típico do roubo simples (art.157, caput, ou § 1º, do CP), ou seja, a arma de brinquedo esgota a sua eficácia intimidativa na configuração do próprio injusto penal."*
- *"Outro fundamento também se coloca contrariamente ao Enunciado n.174: viola o princípio da proporcionalidade da pena. No particular, a lição de LUIZ FLAVIO GOMES, op. cit. p. 141-142, in verbis: [...] Quando há uma real graduação no injusto justifica-se maior pena, mesmo porque cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade. [...] Considerando que a arma de brinquedo "não denota maior risco à vítima ou periculosidade maior na conduta do agente", nada acrescenta de peculiar relevância ao conteúdo do injusto, de tal modo a justificar qualquer agravamento especial da pena.[...]"*
- *"[...] o enunciado da Súmula n. 174 não pode subsistir frente ao Direito Penal moderno, objetivo e humanitário, que não se coaduna com a analogia in malam partem ou mesmo com a interpretação analógica da norma penal com o intuito de prejudicar o réu, até porque a pena, na lição de ROXIN "é a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado".*

[Ministro Gilson Dipp]

- *"No caso concreto, temos argumentos belíssimos a favor da tese da manutenção da súmula e outros tantos, ponderáveis, contrários à majorante do emprego da arma de fogo no roubo. Só por esse motivo, já não seria conveniente a edição de uma súmula."*
- *"A intimidação própria do roubo pode ocorrer pela violência, pela desproporção física, pela ameaça e até pelo uso da arma de brinquedo, e não tão-somente por ela. Não concebo que se possa dar o mesmo tratamento a quem porta uma arma de verdade, que*

representa um perigo efetivamente real, e a quem porta uma arma de brinquedo.”

[Ministro Hamilton Carvalhido]

- *“[...] “arma” no Código Penal, e “arma” na Lei de Contravenção Penal são, sem sombra de dúvida, arma verdadeira. Se é assim acertada a conclusão, acertada seria afirmar-se a ausência de tipicidade, ou seja, problema de tipicidade na causa de aumento, de maneira que só haveria causa de aumento com o emprego da arma verdadeira.”*

[Ministro Jorge Scartezini]

- *“[...]. O legislador fala em arma, e quando ele quis distinguir arma de arma de brinquedo, editou uma lei e distinguiu nitidamente. Portanto, não posso entender como aplicar uma majorante.”*

Na ocasião do julgamento do REsp nº 213.054-SP, ficou vencido o Ministro Edson Vidigal que argumentou pela permanência da súmula 174 a partir, também, dos seguintes embasamentos:

[Ministro Edson Vidigal]

- *“[...] para a configuração da causa de aumento basta que a grave ameaça tenha sido exercida mediante o emprego da arma, não sendo necessária a ocorrência de dano à integridade física da vítima. Daí ser irrelevante o fato do instrumento ser efetivamente eficaz para causar dano ou não.”*
- *“[...] para a caracterização da majorante a observação do caráter subjetivo do seu conteúdo, ou seja, se a arma utilizada é realmente eficaz para causar grande intimidação no homo medius, de forma a inviabilizar a sua capacidade de resistir.”*

- *"Se o criminoso, com a arma de brinquedo, obtiver o mesmo resultado, como se verdadeira fosse, impõe-se o mesmo tratamento."*

4.2 Cancelamento da Súmula 512 (minorante que interfere na hediondez) e as motivações apontadas pela ministra em seus argumentos

O cancelamento da súmula 512 se deu a partir da discussão obtida com a Petição nº 11.796 - DF, em 23 de novembro de 2016, cujo relatório foi produzido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Naquele contexto, discutia-se a Proposta de Revisão de Entendimento em razão do julgamento da Terceira Seção do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.329.088/RS, e do cancelamento da súmula 512. Diante disso, a Ministra Maria Thereza afetou o julgamento da presente questão de ordem (autuada como PET) à Terceira Seção. Depois disso, houve encaminhamento ao MPF que se manifestou pelo acolhimento das proposições.

Na deliberação, a Terceira Seção, por unanimidade, acordou de fixar a seguinte tese: dado que STF firmou entendimento que difere do enunciado sumular, e a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, além evitar a ocorrência de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no STJ, foi proposta a revisão do tema da súmula 174. Por fim, houve o acolhimento da tese de que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada não é crime equiparado a hediondo, e foi determinado o cancelamento da súmula 512. No acórdão, houve fixação tão somente do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Concernente às motivações da Ministra em suas arguições, constatam-se as seguintes premissas norteadoras:

[Ministra Maria Thereza de Assis Moura]

- *"Ocorre, porém, que, em sessão realizada em 23/06/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento oposto à jurisprudência deste Sodalício ao assentar, em acórdão relatado*

pela insigne Ministra Cármen Lúcia, que o denominado tráfico privilegiado de drogas (art. 33, §4º, da Lei no 11.343/2006) não tem natureza hedionda.”

- *“[...] nem toda transação ilícita com drogas deve necessariamente submeter-se ao regime dos crimes hediondos, como a conduta de quem oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem [...]”*
- *“Cumprе consignar, nessa linha de raciocínio, que o artigo 44 da Lei de Drogas, ao estabelecer que os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei “são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, conferiu ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º) tratamento especial ao que o legislador atribuiu ao caput e ao § 1º do artigo 33, a reforçar a tese de que não se trata de delito hediondo.”*
- *“Saliente-se, outrossim, que o conceito de hediondez é de todo incompatível ao de privilégio, conforme há muito já vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça, mutatis mutandis, no que toca ao homicídio qualificado-privilegiado [...]”*
- *“É sabido que os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do artigo 927, § 4º, do Código de Processo Civil, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, creio ser necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos, a fim de nos alinharmos à jurisprudência do Excelso Pretório.”*

4.3 Cancelamento da Súmula 528 (competência para julgar crimes de tráfico internacional) e as motivações apontadas pelo ministro em seus argumentos

A superação do enunciado da súmula 528 se deu através da deliberação sobre o Projeto de Súmula nº 1058 que ocorreu no dia 23 de fevereiro de 2022. Nas circunstâncias, o Projeto nº 1.058 trazia as possibilidades de enunciados para a possível nova redação da súmula 528 – esses enunciados, destaca-se, refletiam o que se tinha discutido no julgamento do CC 177.882 pela Terceira Seção em 08 de junho de 2021 – e havia sido submetido à Comissão de Jurisprudência para apreciação. No entanto, a Comissão achou por bem determinar a distribuição ao Ministro Sebastião Reis Júnior em 19 de agosto de 2021 que, então, tornou-se o relator do caso.

Em suas ponderações, o Ministro Sebastião Reis Júnior destacou a impossibilidade de se continuar com qualquer enunciado sumular, por conta de não existir, até aquele momento, entendimento consolidado quanto à relativização da súmula, além de ser o tráfico de drogas por via postal núcleo que contempla inúmeras hipóteses que sobre ele podem incidir e causar modificações casuísticas. Assim, o cancelamento da súmula 528 se deu no dia 23 de fevereiro de 2022 pelo então voto do magistrado em questão.

No tocante às motivações da Ministros expressa em suas breves colocações, aferem-se as seguintes premissas norteadoras:

[Ministro Sebastião Alves dos Reis Junior]

- *"Entendo que é caso de apenas se cancelar a súmula 528. E são várias as razões que me levam a esse entendimento."*
- *"Em primeiro lugar, em que pese a decisão ter sido unânime, o quórum não se encontrava completo o que, por si só, ao meu ver, junto com o fato de se tratar de uma decisão isolada, não nos dá certeza de que esse entendimento se consolidará."*
- *"Além do mais, a questão do tráfico de drogas por via postal envolve situações diversas – tráfico internacional (exportação), quando a competência seria do lugar da remessa (CC 147802, Min.Ribeiro Dantas, DJe 13.10.16); tráfico interestadual onde a competência poderia ser ou do lugar da remessa (CC 147802, Min.Ribeiro Dantas, DJe 13.10.16) ou do lugar da apreensão (CC 136414, Rel. Min. Ericson Maranhão, DJe 20.02.15) ou mesmo o*

lugar do destino se conhecido e caso aplicado o mesmo entendimento que prevaleceu quando do CC 177882.”

- *“Diante do fato da decisão proferida no CC 177882 e que relativiza a Súmula 528 não se encontrar ainda consolidada bem como do fato de que o tráfico de drogas pela via postal contempla diversas hipóteses diversas, que podem levar à conclusões diversas, entendo que o melhor caminho no momento é o de simplesmente revogar a Súmula 528, aguardando-se um posicionamento mais claro desta casa sobre o tema.”*

5.0 Análise crítica dos argumentos e tipos de argumentos utilizados no processo de transição da formulação à superação das súmulas segundo o princípio da fundamentação

5.1 As razões fáticas das mudanças e os argumentos dos ministros

Uma vez que se tenha compreendido as razões da reversão da jurisprudência contidas nas rationes dos próprios argumentos, neste capítulo o enfoque se concentrou na realização de uma análise crítica da relação existente entre essas razões que levaram ao cancelamento das súmulas e os argumentos dos ministros nos acórdãos de cancelamento, segundo o tão abarcado princípio da fundamentação do art.489 do CPC. Buscou-se examinar e expressar, em pormenores, se a fundamentação foca em tratar especificamente sobre o núcleo que levou à superação dos enunciados sumulares e se as arguições manifestas encontram uma conexão evidente com a causa da reversão da jurisprudência. Dessa forma, será possível aferir o quanto os ministros se atêm na construção de decisões que ataquem as razões centrais e que estejam permeadas por justificações também a elas conectadas.

No caso da súmula 174, a respeito da arma de brinquedo, a partir da apreciação das rationes decidendi expostas nos argumentos da Terceira Seção do STJ, verifica-se que as razões fáticas – que aqui serão entendidas como fundamentos à decisão – que levaram ao cancelamento do enunciado sumular concentraram-se (i) na violação aos princípios penais instigada pelos preceitos sumulares e (ii) na criação do artigo 10 da Lei nº 9.347 que tipificou o uso de arma de brinquedo. Nessas circunstâncias, contabilizaram-se 19 argumentos que

se remeteram às razões acima enunciadas, de um total de 36 que, de algum modo, também abarcavam a discussão do conteúdo da súmula. Os demais argumentos voltavam-se a enunciar, com finalidades ainda não compreendidas: (i) a falta de adesão doutrinária ao conteúdo da súmula, (ii) o dever de cancelamento por ser a súmula de premissas controversas, (iii) ou tão somente construíram uma versão negativa do texto sumulado, isto é, alegaram que “no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo NÃO autoriza o aumento da pena”, sem oferecer fundamentações destinadas à discussão central. Nesse cenário, mais da metade dos argumentos atacou o assunto principal – o que não acontece no caso seguinte.

Na situação da súmula 512, a respeito do afastamento da hediondez do tráfico de drogas pela incidência da causa de diminuição de pena, observa-se uma única motivação fática: o STF ter adotado um entendimento contrário ao que é expresso pela súmula. De um total de 11 argumentos utilizados para justificar o cancelamento da súmula, a Ministra Relatora (e a única que argumenta no acórdão) utiliza de um pouco menos da metade dos argumentos – cinco argumentos, para arguir sobre sua tese central de superação do enunciado sumular. No restante, a Ministra, em uma tentativa do que parece ser sua vontade de fornecer justificativas socialmente (e quem sabe juridicamente) mais aceitáveis do que a mudança de posicionamento do STF – haja vista que o próprio Supremo também possui opiniões questionadas e questionáveis –, propõe-se a desdizer todas as teses fornecidas pelos ministros (e por ela mesma) nos precedentes sem fornecer contraposições que efetivamente rebatem o que já havia sido dito antes. No fim, o cancelamento parece ter se dado apenas em razão da deliberação do STF e a Ministra Maria Thereza de Assis Moura gastou 6 argumentos tentando camuflar que essa fosse a única razão efetiva para se cancelar uma súmula.

Se o caso da súmula 512 possibilita críticas quanto ao número de argumentos utilizados (e seu modo de utilização), o mesmo não acontece com a súmula 528. No caso da súmula 528, sobre o juízo competente para julgar o tráfico internacional, as razões fáticas do cancelamento foram: (i) a flexibilização da súmula não ser um entendimento pacificado, por isso seria melhor cancelar do que revisar e (ii) a impossibilidade de se estabelecer tratamento com especificações únicas ao tráfico de drogas, e todos os argumentos construídos

pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, o relator, contemplaram tais pressupostos. Ainda que o ministro tenha proposto apenas quatro argumentos, sua deliberação foi objetiva e essencial – sem ficar dando voltas e mais voltas para tentar oferecer robustez aos argumentos que são por si só suficientes e robustos, ou camuflar argumentos que estarão mais suscetíveis de questionamento.

Em síntese, constata-se, na verdade, que o quanto os ministros irão se ater ao foco central da discussão depende tão somente deles, e as razões para isso não acontecer são múltiplas e variadas. No entanto, reitera-se que abranger questões paralelas não significa que não houve uma fundamentação da decisão, no sentido de justificar o que foi decidido com os objetos que são as verdadeiras causas para que se decidisse daquele jeito. O que ocorre, na verdade, é a oferta de fundamentações que podem ser descabidas ou sem qualquer utilidade prática quando comparadas às demais; ainda assim, tratam-se de fundamentações. Portanto, verifica-se que em todos os casos ocorrem fundamentações, estando essas ligadas à tese principal ou não, sendo úteis ou não, descabidas ou não.

5.2 Argumentos de formulação Vs. Argumentos de superação

O inciso IV do artigo 489 do Código de Processo Civil é bem enfático ao postular que não se considerará fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Ainda que tal dispositivo seja objeto de alguns questionamentos doutrinários⁴⁴, sua essência permanece em enfatizar a importância de se rebater os argumentos prévios que, de algum modo, poderiam levar a uma conclusão diferente. Sabe-se, no mais, que o referido artigo se além às informações suscitadas dentro do processo, todavia, para os fins deste trabalho, no momento, procura-se analisar todas aquelas utilizadas no processo de formulação da súmula, isto é, nos precedentes. Assim, com inspiração na colocação legal, indagará-se à se as fundamentações oferecidas pelos ministros refutam tudo o que foi dito anteriormente nos precedentes, se o fazem de

⁴⁴Muitos autores/as não concordam tanto com ele, por acreditarem não ser sempre necessário ou possível que ocorra o refutamento de todos os argumentos suscitados previamente. No REsp 1.814.271-DF (junho de 2019), por exemplo, foi entendido pelo STJ que “não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram”.

maneira parcial, ou se se limitam a propor novas premissas que não contrariam os argumentos prévios – e, por eles, poderiam ser questionadas, portanto.

Quando examinada a situação dos argumentos empregados no processo de cancelamento da súmula 174 (arma de brinquedo), através de uma atenção às rationes decidendi norteadoras das arguições de superação, verificou-se que os ministros deixaram de abarcar três pontos bastante aludidos nos precedentes que formaram o enunciado sumular. Na ocasião, (i) não ocorreu um contrariar do argumento que pontuava que a arma de brinquedo e a arma real são muito parecidas, (ii) que deveria se considerar a aparência do objeto aos olhos da vítima e (iii) que era preciso se ater ao fato de que, muitas vezes, o potencial ofensivo da arma se faz desconhecido pela vítima. Talvez, por não considerar pertinente o desmentir da informação – ou, quem sabe, porque talvez não seja sequer possível desmentir tal informação –, os ministros optaram por não mencionar tal aspecto em suas colocações de cancelamento, ainda que tenham contestado todos os demais pontos alegados nos acórdãos que originaram a súmula. Em face do exposto, observa-se, por conseguinte, que as fundamentações dos ministros refutam parcialmente os dizeres anteriores manifestos nos precedentes.

No caso da súmula 512 (hediondez), de igual modo ao que acontece com a súmula anterior, aferiu-se um contradizer parcial dos argumentos que sustentaram os precedentes, apesar de, nesta situação, o número de premissas não refutadas ser maior. Em suas alegações, a Ministra Maria Thereza deixa de abarcar o fato de (i) não se recair sobre um tipo penal específico que permitiria o entendimento da minorante como causa de afastamento da hediondez; (ii) a minorante dizer respeito apenas (e tão somente) à quantidade de pena aplicada; (iii) a minorante ser, na verdade, uma mera política criminal. Na prática, a Ministra trouxe novos argumentos associados à segurança jurídica resultante do alinhamento do entendimento dos tribunais superiores e à abertura legal dada ao STJ para revisar suas súmulas. Afinal, verdade seja dita que não é de se surpreender que não houve um afastar das razões fáticas trazidas pelos precedentes para que a súmula existisse, dado que a deliberação do caso se deu por fator que também não atacava o núcleo fundamental da existência e aplicação das ideias sumuladas.

Por fim, a circunstância que mais deixou a desejar no quesito de decisão fundamentada olhando ao inciso IV do §1º do art. 489 do CPC, sem dúvidas, foi a do cancelamento da súmula 528 (competência no tráfico internacional). Se no capítulo anterior destacou-se a particularidade dos argumentos do Ministro Sebastião Reis Júnior em abranger inteiramente as razões fáticas que levaram à superação da súmula, neste se destaca o não enfrentamento dos dizeres que originaram a súmula e que poderiam, muito bem, funcionar como contra-ataques a sua decisão. Na íntegra, constatou-se que o ministro não discutiu (i) a consumação do tráfico que se sabe – por base no art.70 do CPP – ser essencial à determinação do órgão julgador, (ii) o órgão julgador efetivamente competente, (iii) a relação entre a consumação e a chegada da droga ao destino, (iv) as determinações constitucionais quanto ao tipo penal. Enfim, mais uma situação em que se observa fundamentações que enfrentaram parcialmente as proposições de origem da súmula.

Em suma, o que se constata é que os ministros podem acabar não seguindo à risca as preceituações legais do art.489, §1º, III do CPC; mesmo que alguns refutem em maior ou menor nível as premissas dos precedentes, nenhum deles o faz de modo integral. Diante desse cenário, poder-se-ia, mais uma vez, questionar a suficiência, utilidade e qualidade das fundamentações concedidas à decisão de cancelar a súmula, seja qual for ela. Mesmo na eventualidade de se aterem aos demais incisos de Art.489, §1º, as fundamentações de cancelamento parecem não olhar os requisitos do quarto inciso e, assim, tornam possível o questionamento se, de fato, a decisão está efetivamente fundamentada – segundo as exigências legais.

6.0 Conclusão

O objetivo da presente pesquisa se concentrou em determinar quais eram as razões que levaram ao cancelamento de súmulas de matéria penal e se os argumentos utilizados para expressar tais motivações atendiam ao princípio da fundamentação da decisão judicial. Frente a isso, o que se percebeu foi que, com base nos casos analisados da superação das súmulas 174, 512 e 528 do STJ, persiste uma postura do tribunal em reverter sua jurisprudência em atenção à segurança jurídica e à proteção da pessoa humana. No mais, verificou-se que,

para a exteriorização dos porquês das alterações, os tipos de argumentos empregados oferecem sim, em alguma medida, fundamentações para justificar as ações desempenhadas pelos ministros.

No que concerne às motivações máximas de atenção à segurança jurídica e proteção à pessoa humana, outrossim, rememora-se que as respostas obtidas em cada caso foram as seguintes: (i) o enunciado da súmula 174 foi cancelado por ferir aos princípios penais que tinham por objetivo, também, a proteção do réu; (ii) a súmula 512 por mudança no entendimento do STF a respeito do assunto; (iii) as disposições da súmula 528 pela impossibilidade da pacificação de seu entendimento flexibilizado, bem como pela existência de questões múltiplas atreladas ao tipo penal discutido (o tráfico de drogas) que tornavam difícil o estabelecimento de um padrão para ser seguido na generalidade dos casos o envolvendo. O STJ, nesses casos, escolheu olhar ao risco de comprometimento da estabilidade do sistema jurídico no âmbito penal e às vítimas do direito penal — os réus.

Ainda nesta seara, tornou-se possível levantar a reflexão acerca, mais especificamente, de como o caso da súmula 512 (hediondez) enuncia esse comprometimento para com a segurança jurídica. Prezar pela segurança jurídica comprometendo parte dela mesma, em última análise, parece ser o que acontece nos limites da relação entre as argumentações de formulação e as de cancelamento: a ministra relatora passa por uma contradição própria – sem rebater seus argumentos de formulação – por conta de uma estipulação do STF. A segurança jurídica pressuposta como resultado do acolhimento do inciso IV do art.489 do CPC é sacrificada em nome da segurança jurídica resultante da sujeição a tribunal de hierarquia maior.

O grande problema talvez resida em realizar essa troca de modo em que a fundamentação fica à deriva no quesito de suficiência e proporcionalidade à decisão tomada. Estaria, agora, o mundo jurídico refém do STF e de seus posicionamentos? Sabe-se que o Supremo se configura como um órgão máximo, mas, mesmo diante disso, ainda existe a autonomia dos tribunais para se posicionarem e gerirem quanto a matérias específicas. Além do que, embora o STF produza raciocínios que podem tomar sobre si uma força vinculante, isso não significa que o tribunal não seja passível de questionamento.

Enfim, reconhece-se a importância de se prezar pela segurança jurídica advinda do alinhamento de entendimento entre os tribunais – o que faz a homogeneidade do sistema jurídico ser mais que um anseio —, principalmente em matéria penal. Todavia, em um campo que se estipula o máximo respeito ao agir justificado de modo que a arbitrariedade não comprometa desproporcionalmente e desnecessariamente a esfera particular de cada indivíduo, não rebater o que foi dito anteriormente, e apenas impor a noção oposta como devendo ser aceita a partir de um dado momento, parece ser a mais pura expressão do agir arbitrário. O tribunal cancelou a súmula forjada em argumentos que se fizeram sólidos por um bom tempo, mudou o tratamento que o mundo jurídico dá à questão, e não mostrou nas razões de formulação os porquês de se precisar cancelar? Atuar dessa maneira pode ser ainda mais grave no campo do direito penal.

Outro ponto sobre como os ministros tratam dessa segurança jurídica pôde ser visto no caso da súmula 528. A segurança jurídica aqui fez-se apenas como um argumento utilizado para não determinar um rumo de tratamento ao assunto que o enunciado da súmula abarcava. Mesmo que a lógica faça entender que torna-se válido aquilo que é contrário à súmula, a dinâmica de “não podemos flexibilizar mas também manter não seria viável. Vamos apenas cancelar.” torna o cenário mais discutível.

Como já dito, no fim, contemplaram-se argumentos fundamentados, mas não com fundamentações passíveis de serem vistas como suficientes para a alteração que se propunha.

No que tange à proteção da pessoa humana suscitada como motivação do cancelamento, a conclusão que ficou se concentra, na verdade, em um questionamento: na situação da súmula 174, também não era necessário considerar o dever de proteger tanto o réu quanto a vítima no processo de formulação? Isso, quem sabe, faria com que a súmula nem existisse. Além disso, ao que parece, resolveu-se dar atenção mais às vítimas para formular o enunciado da súmula e mais aos réus para cancelá-lo; mas, afinal, qual é o ponto de equilíbrio? O sistema penal não deveria proteger ambas as partes sem sacrificar o tratamento justo a nenhuma delas?

Para responder a tais questionamentos, talvez, uma pesquisa futura possa ser interessante.

Referências Bibliográficas

ARRUDA ALVIM Wambier, Teresa. Modulação: na alteração de jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BOMFIM, Rainer. O dever de fundamentação das decisões judiciais: a relativização dos limites entre common law e civil law no CPC. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 58, n. 232, p. 213-236, out.-dez. 2021.

BRANSKI, Regina Meyer; FRANCO, Raul Arellano Caldeira; LIMA JUNIOR, Orlando Fontes. Metodologia de estudo de casos aplicada à logística. In: XXIV ANPET Congresso de Pesquisa e Ensino em Transporte. 2010. p. 2023-10.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO, Márcia Regina Gonçalves; OLIVEIRA, Guilherme Saramago de; GHELLI, Kelma Gomes Mendonça. Análise de conteúdo: uma metodologia de pesquisa qualitativa. Cadernos da Fucamp, Campinas, v. 20, n. 43, p. 98-111, 2021.

CARVALHO, Flávio Pereira de. O histórico do processo legislativo de criação da súmula vinculante no Brasil. *Senatus*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 32-39, jul. 2009.

CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes do novo CPC. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 312-324, mai./ago. 2018.

DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica, *Biblioteca Digital Jurídica*, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120>>. Acesso em: 30 mai.2023.

DRUMON, André de Vivo Rodríguez. Os precedentes judiciais e a fundamentação

da decisão judicial. 2020. 240 f. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/D.2.2020.tde-04052021-004821>.

DWORKIN, Ronald M. Levando os direitos a sério. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A implementação do sistema de precedentes no Brasil e a efetivação do princípio da segurança jurídica. In: MENDES, Gilmar F.; PINHEIRO, Victor M. (coords.). Súmulas, teses e precedentes : estudos em homenagem a Roberto Rosas. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

FONSECA, Francine Cabral de Aguiar. Súmula de efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 15, n. 1, p. 304-322, 2007.

FRAGOSO, Evander Corrêa. Direito sumular: necessária revisão, atualização e contextualização dos enunciados. 2017. 210 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/D.2.2017.tde-10122020-223032>.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. A fundamentação normativa e fático-probatória da decisão penal no paradigma contemporâneo. In: MENDES, Gilmar F.; PINHEIRO, Victor M. (coords.). Súmulas, teses e precedentes : estudos em homenagem a Roberto Rosas. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

LOR, Encarnación Alfonso. Súmula vinculante e repercussão geral : novos institutos do direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A aplicação do entendimento sumulado e o dever de motivação no direito brasileiro. In: ARRUDA ALVIM, J. M. de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; GALDINO, Flavio (coords.). Uma vida dedicada ao direito :

estudos em homenagem a Roberto Rosas. Rio de Janeiro: GZ, 2020. p. 737-747.

MORAIS, Natanne Lira de. A evolução do direito sumular no Brasil, *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 18 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45996/a-evolucao-do-direito-sumular-no-brasil>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

PITTA, Rafael Gomiero; CARDOSO, Natasha Reis Carvalho. Decisões arbitrárias como violação do acesso à justiça. *Revista de Direito da Universidade de Brasília, Brasília*, v. 7, n. 1, p. 99-118, jan.-abr. 2023.

ROSA, Alexandre Moraes da. A teoria dos jogos aplicada ao processo penal. 2 ed. Sintra: Rei dos Livros, 2015.

ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional : princípios constitucionais do processo civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROSAS, Roberto. Direito sumular : comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIFUENTES, Mônica. A súmula e os esqueletos. *Revista Jus Navigandi, Teresina*, v. 9, n. 466, 16 out. 2004. Disponível em : <<https://jus.com.br/artigos/5839>>. Acesso em: 29 out. 2023.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O papel dos precedentes penais em face da segurança jurídica: embate sobre a persuasão e a obrigatoriedade em debates futuros. In: MENDES, Gilmar F.; PINHEIRO, Victor M. (coords.). *Súmulas, teses e precedentes : estudos em homenagem a Roberto Rosas*. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

SIQUEIRA, José Eduardo Paiva Miranda de. A arbitrariedade na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no direito brasileiro : eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. O dever de fundamentação e a ratio decidendi. In: MENDES, Gilmar F.; PINHEIRO, Victor M. (coords.). Súmulas, teses e precedentes : estudos em homenagem a Roberto Rosas. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 1.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. A fundamentação das decisões judiciais. 1 ed. Campinas: Millenium, 2004.

Anexos

Argumentos utilizados nos precedentes e suas classificações individuais

Súmula 174

REsp 33003 SP 1993/0006798-2

[Ministro Vicente Leal]

- *"O emprego de arma desmuniada no roubo foi suficiente para tolher a capacidade de resistência das vítimas, que ignoravam a ineficácia do objeto, alcançando, assim, o agente, o resultado típico almejado [...]"*
- *"[...] deve levar-se em consideração não a efetiva potencialidade da arma, mas o poder que a mesma tem de intimidação da vítima [...]"*
- *"[...] o magistério do grande Nelson Hungria [...] ` A ameaça com arma ineficiente ou fingida, mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a ratio desta é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir [...]"*
- *"[...]o mesmo entendimento tem sido consagrado por este tribunal [...]"*
 - *"CRIMINAL - ROUBO - ARMA DE BRINQUEDO - ART.157, PARÁGRAFO 2º, I, DO CP. [...] quando o meio usado é bastante para tolher a capacidade de resistência da vítima, que desconhecia a ineficácia do objeto [...] (REsp 5679 - SP, 5º Turma, Rel. Min, Flaquer Scartezzini, Publ no DJ 18/03/91) "*
 - *"PENAL. ROUBO. REVÓLVER DE BRINQUEDO ("ARMA FINTA") CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. [...] o 2º do art.157 do CP tem como agravante "se a violência ou ameaça é exercida*

com emprego de arma". Assim, o que se tem de levar em conta não é a efetiva potencialidade da "arma", mas o que ela pode aparentar aos olhos do homo medius para efeito de violência e intimidação. Sibilina seria a distinção entre "arma de verdade" mas sem condições de utilização efetiva [...] (REsp 38136-3, 6º Turma, rel. Min. Adhemar Maciel, Publ. no DJ 27/06/94)' "

[Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro]

- *"[...] o art.157, ao falar na subtração, afirma que o agente se valeu da ameaça ou violência, inculcando terror e medo. [...] Não há dúvida alguma, a arma, seja no sentido próprio ou impróprio, contribuiu para aumentar o terror, afastando a possibilidade de defesa. No caso concreto não foi utilizada violência, sendo a ameaça suficiente para inculcar terror e medo."*

REsp 67524 SP 1995/0028095-7

[Ministro Assis Toledo (voto vencido)]

- *"[...] a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal vem, recentemente, se posicionando no sentido de que o emprego da arma de brinquedo não pode ser considerado causa de aumento prevista no inciso I do do art.157 do Código Penal."*
- *"ROUBO - CAUSA DE AUMENTO - EMPREGO DE ARMA IMPRÓPRIA AI DISPARO - INSUBSISTÊNCIA. [...] valendo notar que não se pode colocar na vala comum situações concretas em que a potencialidade do risco tem graduação diversa. A hipótese está compreendida pelo 'caput' do citado artigo (art.157), no que se cogita da grave ameaça, isso considerada a óptica, da vítima, decorrente das aparências. (HC 70.534-1, Rel. Min, Marco Aurélio, DJ 01/10/93)."*
- *"ROUBO - UTILIZAÇÃO DE ARMA IMPRÓPRIA AO USO - EFEITOS. [...] conforme precedente desta corte, apenas afasta a causa de aumento*

inserta no inciso I, , do artigo 157 daquele diploma (código penal). Existência, no caso, da grave ameaça, muito embora sob a ótica da aparência, a evidenciar a violência à pessoa. (HC 71.051-4, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23/09/94)“

[Ministro José Dantas]

- *"[...]mantenho o meu entendimento pronunciado anteriormente, no sentido de que a arma de brinquedo produz na vítima o mesmo malefício como se fosse a arma verdadeira."*
- *"Ousaria argumentar contra a tese de S. Exa. que, se há bis in idem no concurso da grave ameaça com a qualificadora do uso de arma de brinquedo, segundo a construção jurisprudencial, tal bis in idem estaria na própria lei, que a seu tempo qualifica o roubo pelo uso de "arma" ofensiva sem consideração a que já seja "grave a ameaça", segundo a tipificação do caput do mesmo art. 157 do Cód. Penal; donde a objeção não me parecer procedente, com a devida vênia."*

REsp 62724 SP 1995/0014016-0

[Ministro Jesus Costa Lima]

- *"[...] ainda se entenda que a lei empregue arma no sentido técnico, este não se alheia do conceito geral de que, como tal, se considera todo instrumento de ataque ou de defesa capaz de infundir no espírito da vítima justo receio de uma agressão, coarctando-lhe as possibilidades de agir."*
- *"[...] 'arma verdadeira' [...], um desses instrumentos tão perfeitos em sua estrutura e apresentação que, somente a um detido exame, pode desfazer dúvida."*

- “[...]quem horas tantas da noite, assim intimidade, vai previamente examinar se o assaltante está empregando arma em sentido técnico ou uma imitação ‘sem potencial ofensivo?’”
- “[...] a jurisprudência dominante vem decidindo: ‘ROUBO. UTILIZAÇÃO DE ARMA IMPRÓPRIA AO USO. EFEITOS [...] Existência, no caso, de grave ameaça, muito embora sob a óptica da aparência, a evidenciar a violência a pessoa.’”
- “ROUBO. O uso de arma de brinquedo, com efetiva intimidação da vítima, justifica a capitulação do crime no art.157, caput, do Código penal [...].”
- “ROUBO. ARMA DE BRINQUEDO. Se houver intimidação da vítima, por não saber que se tratava de arma de brinquedo, justifica-se o aumento da pena que alude o art.157, parágrafo 2º, I, do Código Penal, precedentes de ambas as turmas do STF (RE 93.971).”
- “ROUBO. ARMA DE BRINQUEDO. Se houver intimidação da vítima, por não saber que se tratava de arma de brinquedo, justifica-se o aumento da pena que alude o art.157, parágrafo 2º, I, do Código Penal, precedentes de ambas as turmas do STF (RE 90.227).”
- “PENAL. CRIME DE ROUBO. AMEAÇA COM ARMA DE BRINQUEDO. EXEGESE DO ART.157 PAR.2º, I, DO CÓDIGO PENAL. A ameaça com emprego de arma de brinquedo, é suficiente para tolher a capacidade de resistência da vítima, inciente da inidoneidade ofensiva do meio empregado, de modo a configurar a qualificadora do item I do par. 2º do art.157 do Código Penal.”

- *"CRIMINAL - ROUBO - ARMA DE BRINQUEDO - ART.157, PARÁGRAFO 2º, I, CP. [...] quando o meio usado é bastante para tolher a capacidade de resistência da vítima, que desconhecia a ineficácia do objeto."*
- *"PENAL. EXTORSÃO. ARMA DE BRINQUEDO. RECURSO ESPECIAL. 1. Alegar que a arma usada para subjugar a vítima à vontade do agente é de brinquedo não elimina o fato de que o crime foi praticado mediante emprego de arma."*

[Ministro Assis Toledo (voto vencido)]

- *"O direito penal não admite a aplicação de analogia in malam partem."*

REsp 38136 SP 1993/0023790-0

[Ministro Adhemar Maciel]

- *"[...] conheço julgados não só do STF, como de TJs no sentido de não se admitir a 'arma de brinquedo' como agravante no crime de roubo. [...] O eminente relator, Juiz Walter Swensson, assim fundamentou seu voto: 'o reconhecimento da qualificadora seria, [...], autêntico bis in idem, visto que a grave ameaça seria não só utilizada para caracterização do roubo, mas também para o reconhecimento da qualificadora do emprego de arma, em autêntica falta de sintonia com o espírito da lei.'"*
- *"No REsp n. 36.752/SP, [...], publicado no DJU de 29/11/93, p. 25.908, pedi vista. Assim alinhabei meu voto:*
- *"[...] deve-se levar em linha de conta o pavor da vítima diante de um 'revólver', ainda que, sob o ângulo objetivo, não seja arma. [...] O que importa é a eficácia produzida pela 'arma de brinquedo' [...]"*

- *No caso concreto, no momento do assalto, aos olhos do homo medius, tal brinquedo tomou feições de arma intimidatória.”*
- *“Magalhães Noronha, discorrendo sobre ‘armas próprias’, ensina: ‘Muita vez, uma arma pode não ser idônea para a realização da violência, de acordo com seu destino próprio[...]. Mas será idôneo para a ameaça se a vítima desconhecer essa circunstância. A lei exige apenas que a ameaça ou a violência sejam exercidas com emprego de arma. Não há qualquer questionar se o agente preparou-se de antemão com ela, para pôr em ação aqueles meios. É suficiente empregá-la, ofendendo a integridade corporal da vítima ou ameaçando-a”*
- *“O Min. Rafael Mayer assim sumariou acórdão do STF: ‘ a arma defeituoso não descaracteriza a qualificadora do crime de roubo advinda de seu emprego.”*

REsp 36752 SP 1993/0019012-1

[Ministro José Cândido]

- *“Nelson Hungria, nos seus Comentários ao Código Penal. vol. VII, Forense, 2º ed. p.58, ao comentar o art.157, diz: ‘ a ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstância, não deixa de constituir a majorante, pois a ratio desta é a intimidação da vítima, de modo anular-lhe a capacidade de resistir. [...] desde que esta efetiva e razoavelmente se intimidou.”*
- *“[...] o roubo é crime complexo, devendo-se levar em conta, para qualquer das hipóteses de consumação ou tentativa, o fato de haver o emprego da violência sido antes ou subtração da coisa.”*

- “[...] se a vítima apavorada não evitou, desde o início, o assalto, em razão do medo, firme está a classificação da sentença, no art.157, §2º, inciso I [...] In casu, o que se deve levar em conta é a vontade criminosa do agente.”

[Ministro Adhemar Maciel (voto-vista)]

- “O que importa é a eficácia produzida pela ‘arma de brinquedo’ [...]. No caso concreto, no momento do assalto, aos olhos do homo medius, tal brinquedo tomou feições de arma intimidatória.”
- “Magalhães Noronha, discorrendo sobre ‘armas próprias’, ensina: ‘Muita vez, uma arma pode não ser idônea para a realização da violência, de acordo com seu destino próprio[...]. Mas será idôneo para a ameaça se a vítima desconhecer essa circunstância. A lei exige apenas que a ameaça ou a violência sejam exercidas com emprego de arma. Não há qualquer questionar se o agente preparou-se de antemão com ela, para pôr em ação aqueles meios. É suficiente empregá-la, ofendendo a integridade corporal da vítima ou ameaçando-a”
- “O Min. Rafael Mayer assim sumariou acórdão do STF: ‘ a arma defeituoso não descaracteriza a qualificadora do crime de roubo advinda de seu emprego.’”

REsp 28590 SP 1992/0026952-4

[Ministro Assis Toledo]

- “Sobre o tema tenho ficado vencido, na Turma, conforme voto que proferi no REsp nº 5.6679-SP [...]. Não vendo razão para modificar esse entendimento que, mutatis mutandis, aplico à extorsão qualificada, conheço do recurso pela divergência mas lhe nego provimento.”

[Ministro Edson Vidigal (voto vogal)]

- *"Não há hoje nenhuma diferença visual entre muitos revólveres de verdade e muitos de brinquedo. A sofisticação dessas armas de brinquedo está tão perfeita que a ONU, através da UNICEF [...], está pedindo às indústrias que parem com a fabricação desses brinquedos que imitam armas."*
- *"[...] nas cidades e nos campos, os revólveres de verdade já são confundidos com os de brincadeira, servindo uns e outros a um mesmo fim – o de assalto que se consuma mediante grave ameaça e até violência [...]"*
- *"[...] se o revólver de brinquedo ainda não expelle projétil mortífero, expelle susto que também pode resultar em morte e sua coronha [...] se presta à violência dos coronhadas. E coronhada fere, sangra e, portanto, também mata."*

REsp 12279 SP 1991/0013243-8

[Ministro Costa Leite]

- *"A jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido dessa última corrente interpretativa [...]. Ao julgar o REsp nº 55-SP, esta Turma prestigiou a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...]. No mesmo sentido, destaca-se o acórdão da e. Quinta Turma no REsp nº 5.679-SP [...]. Procedendo-se à interpretação sistemática, não há como arredar a incidência da qualificadora."*
- *"[...] é irrecusável o argumento expendido no voto condutor do acórdão desta Turma no REsp nº55-P, neste relanço: 'quando se retrata ao agente uma situação de fato que, se real tornaria legítima a sua ação, reconhece-se a discriminante putativa, como estatuído no p 1º do art.20 do Código Penal, de modo que, aquela vítima de roubo, com emprego de*

arma de brinquedo, estaria autorizada a matar o seu agressor, por se reconhecer ausência de dolo em sua ação, enquanto que, quando a contrafação da arma fosse capaz de anular a capacidade de reação da vítima, consumado-se o roubo, esse emprego de meio sem potencialidade de infligir mal além da própria ameaça, seria tido como irrelevante, o que se apresenta como verdadeiro absurdo.'

[Ministro Vicente Cernicchiaro (voto vogal)]

- *"Ha de se entender que o crime de roubo pode ser praticado por conduta alternativa: violência ou grave ameaça. [...] gerar o medo, o pavor, a ponto de vencer a capacidade de resistência, é ínsito à conduta delituosa. A arma de brinquedo, ao contrário da hipótese anterior, é idônea, válida para alcançar o resultado típico."*

REsp 5679 SP 1990/0010652-4

[Ministro Flaquer Scartezini]

- *"Conforme o magistério de Nelson Hungria, in Comentários ao Código Penal, Vol. VII, Forense, 980, p.58: ' Por armas se deve entender não só as propriamente tais ou em sentido técnico [...], como qualquer instrumento apto a lesar a integridade física [...] não é preciso que a arma seja efetivamente manejada, bastando que seja portada ostensivamente, como uma ameaça implícita.[...] ignorando a vítima tais circunstâncias, não deita de constituir a majorante, pois a ratio desta é a intimidação da vítima [...].'"*
- *"No mesmo diapasão, quando relatou o RExt.96.902-SP, o eminente Ministro Alfredo Buzaid, assim se expressou: 'Com efeito, a arma de brinquedo é meio idôneo a intimidar pessoas, levando-as à condição de vítima, mormente nos crimes contra patrimônio. [...] As armas de brinquedo hoje fabricadas, são de tal modo idênticas às verdadeiras, que dificilmente numa rápida vista d'olhos, se pode dizer da sua autenticidade ou não.'"*

- “[...] a arma, ainda que de brinquedo, presta-se a qualificar o roubo, desde que na vítima reflita-se o temor inibitório de qualquer reação, desconsiderando a ineficiência lesiva do objeto empregado pelo agente.”]
- “[...] nesta E. Corte, temos a orientação unânime da E. Sexta Turma no mesmo sentido, haja visto o REsp nº 65-SP”
- “[...] se a arma usada, mesmo que de brinquedo, é meio eficaz para intimidar a vítima, representa um perigo para a mesma, mesmo que subjetivo: assim, o crime de que se trata, deve ser qualificado como roubo agravado pelo emprego de arma”

[Ministro Jesus Costa Lima]

- “A técnica aperfeiçoa-se a cada instante. Hoje não é fácil distinguir uma arma real de uma imitação.”
- “[...] essas espécies de armas ditas de brinquedo tornam-se meios hábeis para caracterizar a qualificadora pelo seu conteúdo subjetivo. [...] esse meio especial é idôneo, tem capacidade para infundir temor tal que, em pânico, o ofendido não tem como opor qualquer reação ao agente”
- “O problema está, pois, na idoneidade ou aptidão do meio empregado para intimidar, anular a capacidade de resistir ao emprego da arma dita de brinquedo, mas ignorado pela vítima.”

[Ministro Assis Toledo (voto vencido)]

- “A jurisprudência, portanto, passou a admitir o crime de roubo nesta ficção – emprego de arma de brinquedo –, quando, na verdade, o que ocorre é uma hipótese de furto mediante fraude”

- “[...] no art.157, o legislador fala em ‘grave ameaça’, podendo esta ser feita por um objeto fantasia ou até verbalmente; mas, no § 2º, o legislador já não fala em ‘grave ameaça’ e sim em ‘emprego de arma’.”
- “Para que possamos entender que arma de plástico, destinada a brinquedos infantis, seja ‘arma’, teremos que recorrer à analogia in malam partem, que, como se sabe, não é permitida em Direito penal.”
- “[...] as imitações de plástico de revólver e outras, que as crianças usam para brincar, não podem ser consideradas ‘armas’ porque arma é instrumento de ataque, com aptidão para causar, no mínimo, lesões à integridade física, o que não ocorre com aquelas imitações.”
- “O que está ocorrendo aqui é um bis in idem sobre uma fantasia. A primeira, justificada, porque há aparente grave ameaça. A segunda, não, porque o legislador, no § 2º, exige ‘arma’ e qualquer coisa que não seja arma, só por analogia poderá encaixar-se no conceito de arma. ”

[Ministro Edson Vidigal]

- “Não há hoje nenhuma diferença visual entre muitos revólveres de verdade e muitos de brinquedo. A sofisticação dessas armas de brinquedo está tão perfeita que a ONU, através da UNICEF [...], está pedindo às indústrias que parem com a fabricação desses brinquedos que imitam armas.”
- “[...] se o revólver de brinquedo ainda não expelle projétil mortífero, expelle susto que também pode resultar em morte e sua coroa [...].”

Súmula 512

AgRg no REsp 1259135 MS 2011/0143385-2

[Ministra Assusete Magalhães]

- “[...] é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4o do art. 33 da Lei n.o 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o 'tráfico privilegiado' tipo autônomo” (STJ, AgRg no HC 257.499/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 18/02/2013) [...].”
- “No mesmo sentido: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4o, DA LEI No 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA. PROGRESSÃO DE REGIME. OBSERVÂNCIA DOS PRAZOS DO § 2.o, DO ART. 2.o, LEI 8.072/1990. RECURSO IMPROVIDO. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4o, da Lei n.o 11.343/2006 não desnatura o caráter hediondo crime de tráfico de entorpecentes. Do mesmo modo, deve ser respeitado o prazo de 2/5 (dois quintos) se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime prisional, conforme determina o § 2.o do art. 2.o da Lei n.o 8.072/1990, e de 2/3 (dois terços), previsto no art. 44, parágrafo único, da Lei no 11.343/2006, para fins de livramento condicional. [...] (STJ, AgRg no HC 240.331/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 15/02/2013).”
- “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4o DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL CONFORME OS CRITÉRIOS OBJETIVOS FIXADOS NOS ARTS. 2o, § 2o, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS E 44 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. [...] 2. O Superior

Tribunal de Justiça, no delito de tráfico de drogas, considera que a hediondez do crime não é afastada pelo reconhecimento da minorante do art. 33, § 4o, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado). 3. Se o crime de tráfico foi praticado na vigência da Lei n. 11.464/2007, a qual deu nova redação a Lei dos Crimes Hediondos, devem ser respeitados os lapsos de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006 para o livramento condicional. [...] (STJ, AgRg no REsp 1270873/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 01/02/2013).

- *"[...] a incidência da minorante do § 4o do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do delito, o que conduz aos prazos previstos na Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, e art. 83, V, do Código Penal, para a obtenção dos benefícios da progressão de regime (requisito objetivo) e de livramento condicional."*

AgRg nos EDcl no REsp 1297936 MS 2011/0300624-3

[Ministro Marco Aurélio Bellizze]

- *"[...] o tráfico de entorpecentes é, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, equiparado a crime hediondo, assim definidos na Lei nº 8.072/1990, sujeitando-se ao 'tratamento dispensado a tais delitos.*
- *"[...] as circunstâncias que criam privilégios a determinado crime, da mesma forma que as qualificadoras, só constituem verdadeiros tipos penais quando contiverem preceitos primário e secundário, com novos limites mínimo e máximo para a pena em abstrato."*
- *"[...] as causas de aumento ou diminuição estabelecem somente uma variação, a partir de quantidades fixas (metade, dobro, triplo) ou frações de aumento ou redução - $\frac{1}{6}$ (um sexto) a $\frac{2}{3}$ (dois terços), por exemplo. Assim, a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei*

nº 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas a crime hediondo.”

- *"Nesse sentido: EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRAZOS DA LEI N.º 11.464/2007 QUE DEVEM SER RESPEITADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. [...] (AgRg no HC 206.070/ MS, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJe 24/5/2012)"*
- *"[...] o suposto antagonismo que se tem entre a hediondez do delito de tráfico e o suposto privilégio trazido no art.33, § 4º, da Lei 11.343/2006, se dá em virtude da indevida rotulação da causa redutora do art.33, § 4º, da Lei 11.343/2006 como tráfico privilegiado."*
- *"[...] o privilégio se refere, em regra, a fatores nobres, motivação social ou moral para a prática de um delito, como se dá no homicídio privilegiado. Entretanto, não se verifica no caso do tráfico de drogas nada que o torne um crime praticado por fatores nobres, portanto, parece-me duplamente indevida a nomenclatura "tráfico privilegiado", quer por não se ter novo preceito secundário, quer por não se tratar de conduta praticada com relevante motivação."*
- *"O benefício, em verdade, se dá por fator meramente de política criminal [...] o crime de tráfico é o mesmo, a conduta é a mesma. Apenas foram reunidos fatores que, em regra, quando não estão presentes, tornam a reprimenda maior ou tipificam até mesmo outro delito, dando uma chance de se redimir àqueles que ainda não estão totalmente inseridos no meio do crime."*

- “[...] a existência dos mencionados elementos (reduzidores de pena) não torna nenhuma conduta privilegiada, mas apenas evita o maior apenamento do indivíduo. In casu, foram agregados visando beneficiar a pessoa que ainda não está totalmente integrada ao crime, para estimulá-la a não mais traficar.”
- “Vale ressaltar, ademais, que a Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia no 1.329.088/RS, da Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei no 11.343/06, não acarreta a perda da natureza hedionda do crime de tráfico de drogas.”

REsp 1329088 RS 2012/0124208-0

[Ministro Sebastião Reis Júnior]

- “[...] constata-se que o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 não excluiu de seu rol o tráfico de drogas quando houver a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Se assim o quisesse, poderia o legislador tê-lo feito, uma vez que a redação atual do dispositivo, conferida pela Lei n. 11.464/2007, é posterior à vigência da Lei n. 11.343/2006.
- “[...] a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 elenca como requisitos necessários para a sua aplicação circunstâncias inerentes à pessoa do agente, e não à conduta por ele praticada. [...] são fatos que dizem respeito à pessoa do apenado. Em razão dessas circunstâncias – e não de uma eventual menor gravidade da conduta de traficar –, entendeu o legislador que poderia ser reduzida a pena do condenado.”
- “A hipótese é diferente da situação paradigma que é sempre invocada, referente ao homicídio privilegiado, uma vez que, neste, a redução da pena é feita em razão de circunstâncias inerentes à razão da prática da conduta, as

quais o legislador entendeu diminuir a gravidade da conduta. É a conclusão que se extrai da leitura do art. 121, § 1o, do Código Penal [...].”

- *“A causa de diminuição do art. 33, § 4o, da Lei n. 11.343/2006 não é aplicada por ser a conduta menos grave, mas surge por razões de política criminal, como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma mais rápida oportunidade de ressocialização.”*
- *“É o que expõe a justificativa apresentada, quando da protocolização do projeto de lei que deu origem à referida norma, ao Senado Federal [...]”*
- *“Na mesma direção, menciona-se lição da doutrina ‘ [...] (SOUZA, Sérgio Ricardo de. A Nova Lei Antidrogas (Lei n. 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, pág. 52).”*
- *“[...] esta é a orientação que se colhe de precedente do Supremo Tribunal Federal: CONSTITUCIONAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. ENTENDIMENTO RECENTE DA TURMA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DE REGIME APÓS O CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. IMPROCEDÊNCIA: EXIGÊNCIA LEGAL DO CUMPRIMENTO DE 2/5 DA PENA, SE O RÉU FOR PRIMÁRIO, E DE 3/5, SE FOR REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE ERROR IN JUDICANDO QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO, EX OFFICIO, DO WRIT. [...] 2. A minorante do art. 33, § 4o, da Lei no 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior. 3. O reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se as frações*

de 2/5, se primário, e de 3/5, se reincidente, previstas na Lei de Drogas, constituirá incentivo a que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas. [...] (AgRg no HC n. 114.452/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8/11/2012)“

- *“[...] 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, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.”*
- *“[...] transcreve-se trecho do voto proferido pelo Ministro Felix Fischer no HC n. 149.942/MG, com a observação de que o julgamento é anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: [...] aplicação do causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4o, da Lei no 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas. (Quinta Turma, DJe 3/5/2010 – grifo nosso)“*
- *“Da mesma forma, o Ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC n. 143.361/SP, asseverou que: [...] as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas. (Quinta Turma, DJe 8/3/2010)“*
- *“No mesmo sentido, mencionam-se precedentes de ambas as Turmas que integram a Terceira Seção: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA*

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4o, DA LEI No 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. [...] A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o, da Lei no 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. [...] (HC n. 224.038/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27/11/2012 – grifo nosso)

- *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.o, DA LEI N.o 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] Segundo o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4.o, da Lei nº 11.343/2006, por produzir consequência apenas na quantidade da pena e não na qualificação do delito, não afasta o seu caráter hediondo.[...] (HC n. 254.139/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/11/2012 – grifo nosso)"*
- *"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4o DO ART. 33 DA LEI No 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. 2. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. 3. RECURSO IMPROVIDO. 1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4o do art. 33 da Lei n.o 11.343/2006*

não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crime hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o 'tráfico privilegiado' tipo autônomo.[...] (AgRg no HC n. 249.249/MG, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 30/10/2012 – grifo nosso)”

- *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. 1. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei no 11.343/06 não afasta a hediondez do delito de tráfico de drogas [...] (AgRg no REsp n. 1.116.696/MG, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/3/2012 – grifo nosso)”*

[Ministra Assusete Magalhães]

- *" O tráfico de drogas, assim como a tortura e o terrorismo, é crime equiparado a hediondo, de acordo com o art. 5º , inciso XLIII, da Constituição Federal e art. 2º da Lei 8.072/90."*
- *"[...] a causa de redução da pena, inscrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não altera a tipificação do tráfico de drogas. Ela somente permite a diminuição da pena a ser aplicada. Em outras palavras, não gera um tipo privilegiado ou qualificado do crime, o que poderia ensejar o entendimento de criação de delito autônomo, com o afastamento do caráter de hediondez."*
- *"[...] o § 4º, que – repita-se –, apenas instituiu uma causa especial de diminuição da pena, não implicando em criação de um novo tipo penal."*

- *"A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é pacífica sobre o tema: "HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E EMBARGOS INFRINGENTES JULGADOS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4o, DA LEI No 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. NÃO CONHECIMENTO.[...] A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o, da Lei no 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico.[...] (STJ, HC 259079/MG, Rel.Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 18/02/2013)."*
- *"HABEAS CORPUS. INDULTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. CRIME COM PENA REDUZIDA PELO ART. 33, § 4o, DA LEI No 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, AINDA ASSIM, DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.[...] 2. A circunstância de ter sido aplicado o redutor de penas previsto no § 4o, do art. 33, da Lei no 11.343/2006 não descaracteriza a equiparação à hediondez do delito de tráfico de entorpecentes. [...](STJ, HC 168.447/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 15/03/2012)."*
- *"[...] na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, que a equiparação do tráfico de drogas aos delitos hediondos – ainda que incidente o mencionado redutor de pena – não impede que seja fixado, ao condenado, regime inicial diverso do fechado, ou mesmo que haja a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos para tanto."*

[Ministra Maria Thereza de Assis Moura]

- *"[...] em meu sentir, a aplicação do referido § 4º não é bastante para retirar o caráter hediondo do delito de tráfico. [...] ao contrário do privilégio e das qualificadoras – que, como se sabe, constituem tipo penal autônomo – as causas de aumento ou de diminuição apenas estabelecem frações para a modificação dos parâmetros da pena"*

- *" [...] Guilherme de Souza Nucci esclarece que "a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º."*

- *"Confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:"*
 - a. *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. A nova Lei de Tóxicos previu, em seu art. 33, § 4º, a possibilidade de se impor diminuição na pena fixada para o tráfico de drogas, quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Tal circunstância, contudo, não retirou do delito o seu caráter hediondo. [...] (HC 200.513/MS, Relator Ministra Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 18.05.2011)."*

 - b. *"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ. ORDEM DENEGADA. [...] III. A redução da pena, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição, não implica desconsiderar as razões que levaram o legislador constituinte a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas. [...] (165.332/MS, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe de 22.11.2010)."*

- *"O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, do § 1.o do art. 2.o da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07. [...] Assim, restou superada pelo Pretório Excelso a obrigatoriedade do regime inicial fechado nas condenações por crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.[...] Não é outro o entendimento da Sexta Turma desta Corte [...]"*
- *"[...] a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores."*
- *" [...] a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal [...]"*

HC 254139 MG 2012/0192944-4

[Ministra Laurita Vaz]

- *"A teor do entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4.o, da Lei n.o 11.343/2006, não tem o condão de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, por produzir consequência apenas na quantidade da pena e não na qualificação ou natureza do delito."*
- *"Confira-se:"*

a. "PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS. I - [...] no art. 33, caput e § 1º, da Lei no 11.343/2006 [...] (art.5º, inciso XLIII) [...] Lei nº 8.072/90 [...]. II - [...] § 4º do art. 33 da Lei no 11.343/2006 [...]. III - O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos [...] (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010). [...]. V - [...] a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei no 11.343/2006 [...]. VII - [...] a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei no 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas. [...] (HC 143361/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010). XI - ex vi arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei no 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei no 8.072/90. Recurso provido." (REsp 1.133.945/MG, 5.a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 17/05/2010; grifos no original.)

- "[...] no mesmo sentido: REsp 1.165.350/MG, 5.a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 01/02/2011; REsp 1.193.080/MG, 5.a Turma, Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (Desembargador convocado do TJ/AP), DJe de 16/11/2010; HC 151.622/RJ, 5.a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 27/09/2010."

AgRg no REsp 1116696 MG 2009/0101586-7

[Ministra OG Fernandes]

- "[...] de acordo com o entendimento desta Corte Superior, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não retira do delito a sua hediondez ou sua considerável lesividade."

- "Nesse sentido:

- a. *'HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DE PENA. [...] 2. A nova Lei de Tóxicos previu, em seu art. 33, § 4º, a possibilidade de se impor diminuição na pena fixada para o tráfico de drogas, quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. 3. Tal circunstância, contudo, não retira do delito a sua hediondez ou sua considerável lesividade. 2. Com a edição da Lei no 11.464/07, que modificou a redação da Lei no 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso. [...] (HC 180.177/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011)*

- b. *''RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. DESCONSIDERAÇÃO DA HEDIONDEZ. TESE NÃO PLAUSÍVEL. REGIME INICIALMENTE FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL INCONSTITUCIONAL. [...] 3. A figura delitiva prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas não é o "tráfico privilegiado". Não há falar-se em comparação com o homicídio privilegiado, pois não se exige seus motivos (relevante valor social ou moral; em razão de domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima). [...] ((REsp 1193080/MG, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 16/11/2010).''*

HC 149942 MG 2009/0196394-1

[Ministro Felix Fischer]

- “[...] o crime de tráfico de drogas cuja tipificação se encontra no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (Lei no 8.072/90), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes.”
- “O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de $\frac{1}{2}$ a $\frac{2}{3}$ em razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010).”
- “[...] apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na descon sideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.”
- “Nessa linha, no plano doutrinário destaco Guilherme de Souza Nucci in “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 3ª edição. Editora RT, 2008, página 320 [...] `“(...) a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º.”
- “[...] a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime.”

- " [...] nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no impropriamente denominado "tráfico privilegiado", as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar."
- " [...] a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei no 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas."
- "[...] cito o seguinte precedente desta Corte: 'HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.(HC 143361/SP, Rel. 5a Turma, Ministro Jorge Mussi, DJe de 08/03/2010)"

HC 143361 SP 2009/0146161-5

[Ministro Jorge Mussi]

- "Destaque-se, inicialmente, que, em seu art. 33, caput e § 1º, a Lei nº 11.343/2006 tipifica as condutas do crime de tráfico de drogas [...]. O § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, por sua vez, prevê a figura do chamado "tráfico privilegiado" [...] o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não desnatura o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, vez que nada mais é do que uma causa especial de diminuição de pena."
- "[...] ao contrário do privilégio e das qualificadoras - que constituem tipo penal autônomo, com nova cominação de penas -, as causas especiais estabelecem tão somente modificação nos parâmetros da pena em abstrato

do tipo fundamental, com frações de aumento ou de diminuição da reprimenda.”

- *“[...] as razões que o levaram (o legislador) a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.”*
- *“[...] o simples fato de o rol das vedações previstas no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 não contemplar o § 4º do art. 33 dessa lei não afasta o caráter hediondo dessa figura, vez que, da leitura atenta daquele dispositivo, observa-se que ele elenca apenas tipos penais (art. 33, caput; art. 33, § 1º; e arts. 34 a 37), o que autoriza a conclusão de que esse rol não deveria mesmo incluir uma causa especial de diminuição de pena.”*
- *“Guilherme de Souza Nucci assevera que ‘a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º.’”*
- *“[...] a simples vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos prevista no próprio art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 reafirma o posicionamento ora adotado, no sentido de que, por certo, não quis o legislador afastar o caráter hediondo dessa conduta, mesmo permitindo punição mais branda, quando preenchidos os pressupostos legais [...]”*
- *“[...] após o advento da Lei nº 11.464/2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime*

inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.”

- *“Inúmeros julgados deste Tribunal corroboram o entendimento [...]”*
 - a. *“HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITOS DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 EM SEU PERCENTUAL MÁXIMO DE REDUÇÃO E DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. QUESTÕES NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. TESE DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. NÃO-OCORRÊNCIA. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/07. [...] 2. Na espécie, o Paciente restou condenado pela prática do crime de tráfico de drogas cometido em 28/08/2007, sob a égide, portanto, da nova Lei de Crimes Hediondos – Lei n.º 11.464/07, a qual, estabelece, em seu art. 1º, que alterou a redação do art. 2º, § 1º, da Lei nº8.072/90 o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado. [...] (HC 119.506/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009 - grifamos)”*
 - b. *“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI No 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. [...] II - Assim, tendo o paciente cometido crime na égide na Lei nº 11.464/07, é incensurável a r. sentença condenatória que fixou o regime fechado como o inicial para o cumprimento da reprimenda penal. [...] (HC 106.461/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/11/2008 - destacamos)”*
- *“No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal [...]”*

a. "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. LEI Nº 8.072/90. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 2. O regime inicial fechado é imposto por lei nos casos de crimes hediondos, não dependendo da pena aplicada. Assim, não há qualquer ilegalidade na fixação de referido regime, já que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas.[...] ((HC nº 91.360, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 13-5-2008, publicado em 20-6-2008 - destacamos)."

- "[...] destacando, ainda, a potencialidade lesiva da conduta e a quantidade da droga apreendida", o que reforça o acerto do regime prisional adotado para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente.

Súmula 528

CC 41775 RS 2004/0032996-3

[Ministra Laurita Vaz]

- "[...] o delito se consuma com a prática de qualquer das condutas elencadas, por se tratar de crime de perigo abstrato e de ação múltipla.
- "A propósito, esta Corte tem-se manifestado no sentido de que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes possui caráter permanente. Assim, o momento consumativo se prolonga no tempo, e, sendo de ação múltipla, não admite a forma tentada."
- "Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: [...] (REsp 177.114/SP, 6ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 20/10/2003.); [...] (REsp 142.971/GO, Quinta Turma, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 25/10/1999.)"

- “[...] restou caracterizada a conduta de remeter a cocaína para o exterior, podendo ser enquadrada na modalidade remeter ou exportar, conforme análise do juízo competente. [...] ser desnecessária para a consumação do crime que a substância entorpecente enviada chegue ao seu destinatário, o que configuraria mero exaurimento do delito.”

CC 109646 SP 2009/0247755-3

[Ministro OG Fernandes]

- “[...] uma vez inconteste, no presente caso, que a intenção do agente é a remessa do entorpecente a outro país, e tendo sido concretizados todos os atos de execução do delito, caracterizada está a internacionalidade da conduta, ainda que a substância entorpecente não tenha chegado ao destinatário situado em país estrangeiro.”
- “Outro não se mostra o posicionamento adotado por esta Corte, confira-se: PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. SUBSTÂNCIAS PREVISTAS NA PORTARIA N.º 344 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DROGAS. INCIDÊNCIA. ARTIGO 66 DA LEI N.º 11.343/06. NORMA PENAL EM BRANCO. 2. PACOTE POSTADO NOS CORREIOS PARA PORTUGAL. DIFUSÃO PARA O EXTERIOR INFRUTÍFERA. INTERNACIONALIDADE. APLICABILIDADE. 3. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. [...] 2. Para a configuração da internacionalização do delito de tráfico não se exige que a substância ultrapasse os limites territoriais do país, bastando que se vise a sua difusão para o exterior. Na espécie, o acusado tentou encaminhar os produtos para Portugal, por intermédio do serviço postal dos correios (artigo 109, V, da Constituição Federal). [...] (CC 112.306/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010) Grifei.”
- “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REMESSA PELA VIA

POSTAL. CONSUMAÇÃO. APREENSÃO ALFANDEGÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. [...] Não há falar em tentativa, mas em consumação do crime de tráfico, pois houve a completa realização do ato de execução com a remessa da droga. Ressalte-se ser desnecessária para a consumação do crime que a substância entorpecente enviada chegue ao seu destinatário, o que configuraria mero exaurimento do delito. Aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal. [...] (CC 41.775/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/5/2004, DJ 14/6/2004, p. 158)”

CC 112306 MS 2010/0093945-0

[Ministra Maria Thereza de Assis Moura]

- *"Verifica-se que as substâncias elencadas na Portaria SVS/MS n.o 344, de 12 de maio de 1998, do Ministério da Saúde são tidas como drogas, por força do artigo 66 da Lei nº 11.343/06 [...]. O supramencionado dispositivo consiste em norma penal em branco cuja complementação de seu teor remete à portaria ora em apreço."*
- *"Sobre a temática, confira-se o que afirmam GILBERTO THUMS e VILMAR PACHECO: 'A Nova Lei de Drogas modificou a terminologia em relação à lei anterior quanto ao objeto de incriminação. [...] A nova lei emprega a expressão DROGAS, que significa substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificadas em lei ou relacionadas em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. [...] continuam valendo as listas e os termos empregados pela ANVISA para a Nova Lei de Drogas, até que sejam adaptadas à nova terminologia. [...] drogas. Quem estabelece a lista de substâncias é o Ministério da Saúde, através da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).'"*
- *"[...] o art. 66 da Lei de Drogas ampliou o universo de incidência dos comandos proibitivos penais, visando proteger o bem jurídico tutelado - saúde pública -, não apenas no pertinente aos entorpecentes, mas*

também no que se refere a substâncias outras que se entender igualmente prejudiciais ao mencionado bem.”

- *“[...] a competência para o prosseguimento e julgamento do feito deve ser atribuída à Justiça Federal, haja vista o disposto no artigo 109, V, da Constituição Federal.”*
- *“Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes: [...] (HC 86215/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 08/09/2008); [...] (HC 42568/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 05/06/2006, p. 296); [...] (HC 139667/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 01/02/2010); [...] (HC 133937/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 30/11/2009); [...] (REsp 1102736/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010)”*

CC 132897 PR 2014/0055223-1

[Ministro Rogerio Schietti Cruz]

- *“[...] verifica-se a conduta positivada no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, caracterizada como delito formal multinuclear. Outrossim, para a consumação do crime previsto no referido dispositivo legal, basta a execução de qualquer das condutas previstas no artigo 33 da citada lei, quais sejam: importar [...].”*
- *“O verbo importar carrega a seguinte definição: “fazer vir de outro país, estado ou município; trazer para dentro.” (Novo dicionário Aurélio) Logo, ainda que desconhecido o autor - como no caso dos autos -, entendo que despiciendo é o seu reconhecimento, podendo-se afirmar que o delito se consumou no instante em que tocou o território nacional [...].”*

- “[...] é irrelevante o fato de as sementes de maconha estarem endereçadas a destinatário na cidade de Londrina/PR. Isso porque, sob pena de soar repetitivo, a competência firma-se no juízo do local em que ocorreu a apreensão da droga.”
- “No mesmo sentido, a seguinte decisão, proferida monocraticamente, pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que assim consignou: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CORRESPONDÊNCIA VINDA DO EXTERIOR CONTENDO ENTORPECENTE. TRÁFICO CONSUMADO. "IMPORTAR". LOCAL DA APREENSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE SÃO PAULO - SP. (CC 133.383/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5.5.2014).”
- “[...] é firme o entendimento da Terceira Seção de ser desnecessário, para que ocorra a consumação da prática delituosa, a correspondência chegar ao destinatário final, por configurar mero exaurimento da conduta.”

CC 133003 RJ 2014/0063678-0

[Ministro Rogerio Schietti Cruz]

- “[...] verifica-se a conduta positivada no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, caracterizada como delito formal multinuclear. Outrossim, para a consumação do crime previsto no referido dispositivo legal, basta a execução de qualquer das condutas previstas no artigo 33 da citada lei, quais sejam: importar [...].”
- “O verbo importar carrega a seguinte definição: "fazer vir de outro país, estado ou município; trazer para dentro." (Novo dicionário Aurélio) Logo, ainda que desconhecido o autor - como no caso dos autos -, entendo que despiciendo é o seu reconhecimento, podendo-se afirmar que o delito se consumou no instante em que tocou o território nacional [...].”

- "[...] é irrelevante o fato de as sementes de maconha estarem endereçadas a destinatário na cidade do Rio de Janeiro. Isso porque, sob pena de soar repetitivo, a competência firma-se no juízo do local em que ocorreu a apreensão da droga."
- "No mesmo sentido, a seguinte decisão, proferida monocraticamente, pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que assim consignou: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CORRESPONDÊNCIA VINDA DO EXTERIOR CONTENDO ENTORPECENTE. TRÁFICO CONSUMADO. "IMPORTAR". LOCAL DA APREENSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE SÃO PAULO - SP. (CC 133.383/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5.5.2014)."
- " [...] é firme o entendimento da Terceira Seção de ser desnecessário, para que ocorra a consumação da prática delituosa, a correspondência chegar ao destinatário final, por configurar mero exaurimento da conduta."

CC 133560 RJ 2014/0094423-6

[Ministro Rogério Schietti Cruz]

- "[...] verifica-se a conduta positivada no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, caracterizada como delito formal multinuclear. Outrossim, para a consumação do crime previsto no referido dispositivo legal, basta a execução de qualquer das condutas previstas no artigo 33 da citada lei, quais sejam: importar [...]."
- "O verbo importar carrega a seguinte definição: "fazer vir de outro país, estado ou município; trazer para dentro." (Novo dicionário Aurélio) Logo, ainda que desconhecido o autor - como no caso dos autos -, entendo que

despiciendo é o seu reconhecimento, podendo-se afirmar que o delito se consumou no instante em que tocou o território nacional [...]"

- *"[...] é irrelevante o fato de a droga estar endereçada a destinatário na cidade do Rio de Janeiro. Isso porque, sob pena de soar repetitivo, a competência firma-se no juízo do local em que ocorreu a apreensão da droga"*
- *"No mesmo sentido, a seguinte decisão, proferida monocraticamente, pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que assim consignou: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CORRESPONDÊNCIA VINDA DO EXTERIOR CONTENDO ENTORPECENTE. TRÁFICO CONSUMADO. "IMPORTAR" LOCAL DA APREENSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE SÃO PAULO - SP. (CC 133.383/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5.5.2014)."*
- *"[...] é firme o entendimento da Terceira Seção de ser desnecessário, para que ocorra a consumação da prática delituosa, a correspondência chegar ao destinatário final, por configurar mero exaurimento da conduta."*

CC 134421 RJ 2014/0144304-1

[Ministro Rogério Schietti Cruz (voto vencido)]

- *"É heterodoxa a mensagem que tem sido transmitida pelo STJ quando define a competência de juízo em casos que sequer se iniciou a investigação de um crime, vale dizer, quando estabelece a competência jurisdicional em casos em que, na verdade, a dúvida se restringe a saber qual a autoridade policial que deverá iniciar as investigações pela suposta prática de um crime."*

- “[...] o conflito de atribuições se caracterizaria quando “autoridades de dois Poderes diferentes, no desempenho de atividades administrativas se julgam competentes para a edição de ato administrativo análogo” (Cf. AgRg no CAAt 150/SP, Rel. Ministro José Delgado, DJ 31.5.2004) ou, numa palavra, seria a controvérsia estabelecida entre agentes ou órgãos distintos, relativamente à competência administrativa para o conhecimento e a solução de determinado assunto.”
- “Impõe-se destacar que, já em 1991, o saudoso Ministro Assis Toledo, ao examinar o CC 2.142/SP (DJ de 14.8.1991), suscitado ainda em sede inquisitorial, destacava o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da inexistência de conflito de atribuições, mas sim jurisdição quando houvesse manifestações de juízes diferentes, ainda que somente acolhendo a manifestação ministerial de envio dos autos de inquérito de uma comarca para outra distinta.”
- “Como afirma Vicente Greco Filho: [...] A decisão do juiz, também nesse caso, tem apenas natureza administrativa e de encaminhamento, e não prejulga a competência jurisdicional.[...] (Manual de Processo Penal. 9a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.113) (Negritei)”
 - a. “Sobressai-se, nesse diapasão, o julgamento da Petição n. 3.631/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 6.3.2008), assim sumariado: [...] Magistrados que se limitaram a remeter os autos a outro juízo a requerimento dos representantes do Ministério Público. Inexistência de decisões jurisdicionais. Oposição que se resolve em conflito entre órgãos de Estados diversos. Feito da competência do Supremo Tribunal Federal.[...]”
- “O fato é que uma decisão do STJ, proferida em sede de conflito de competência, reverbera, com tamanha intensidade e alcance, que pode ensejar, na vida prática dos diversos juízos espalhados pelo Brasil, a falsa

ideia de que aqui se estabeleceu em definitivo qual juízo deverá processar ação penal futura, provocando, essa incorreta perspectiva, um engessamento prematura da competência.”

- *“Em três outros casos, em que fui relator, (CC n. 132.897/PR, CC n. 133.003/RJ e CC n. 133.560/RJ), com situações fáticas bastante semelhantes, aos quais não posso deixar de fazer menção, a 3ª Seção reconheceu como competente o juízo do local da apreensão da droga, ou seja, São Paulo. Entretanto, refletindo melhor sobre essa inquietante questão, entendo, com base em dois argumentos, que a competência (na verdade atribuição investigativa da polícia federal) deve ser fixada no local para onde a droga iria ser remetida, quando há destinatário devidamente identificado”*
- *“O primeiro argumento decorre do bom senso. [...]. Definir, portanto, a competência pelo local de apreensão da droga soaria, no mínimo, como um desestímulo às autoridades policiais alfandegárias, que ficariam subjugadas pelo temor de atrair, para si, a obrigatoriedade de investigar possível prática de ilícitos perpetrados por importadores de todas (ou quase todas) as localidades do Brasil.[...]. Isso dificultaria sobremaneira as investigações, quando não as inviabiliza por completo.”*
- *“O segundo argumento decorre da regra que define a competência pelo lugar em que efetivamente se consuma a infração, circunstância esta essencial para a fixação da competência *ratione loci*, nos termos do art. 70, caput, do Código de Processo Penal. Nesse particular, destaca-se a dificuldade de se definir, com absoluta certeza, o momento consumativo do crime de tráfico em caso de importação da substância entorpecente.[...] a aridez de se delimitar o exato momento de cometimento do delito nesse caso.”*

- “[...] na importação, em que não há conduta precedente do importador que esteja inserida no art. 33 da Lei 11.343/2006, constituindo-se o delito como o resultado de um negócio jurídico espúrio entabulado. A tentativa, nesse caso, é perfeitamente admissível, haja vista o caráter plurissubsistente da conduta [...].”
- “A dificuldade maior, portanto, é precisar o momento em que se exaure o iter criminis na importação, circunstância que tornaria possível ter o delito como consumado, subsumindo-se a competência à primeira parte do art. 70, caput do Código de Processo Penal [...]”
- “[...] chamar a atenção para a existência de diversos julgados monocráticos que tratavam de remessas de entorpecentes vindo do exterior, todas identificadas, e que foram apreendidas na alfândega de São Paulo (v.g. CC 130.822/RJ, DJe de 30/4/2014; CC 133.110/SC, DJe de 8/4/2014; CC 133.064/PR, DJe de 4/4/2014, entre outros), nos quais se afirmou que a competência deveria ser o do local da apreensão da droga.”
- “Lastrearam-se, fundamentalmente, no julgamento do CC 41.775/RS (DJ de 14/6/2004), assim sumariado: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REMESSA PELA VIA POSTAL. CONSUMAÇÃO. APREENSÃO ALFANDEGÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. [...] 2. Na hipótese vertente, restou caracterizada a conduta de remeter cocaína para o exterior, podendo ser enquadrada na modalidade remeter ou exportar, conforme análise do juízo competente. Não há falar em tentativa, mas em consumação do crime de tráfico, pois houve a completa realização do ato de execução com a remessa da droga. Ressalte-se ser desnecessária para a consumação do crime que a substância entorpecente enviada chegue ao seu destinatário, o que configuraria mero exaurimento do delito.[...] (destaquei). [...] a hipótese descrita no referido precedente é

absolutamente distinta, porquanto se trata de exportação da droga, e não de importação."

- *"Com efeito, para que haja a remessa da droga ao Brasil é necessário que o importador entabule um negócio (evidentemente ilícito). [...]. É evidente que há um negócio espúrio preliminar à remessa do entorpecente. Assim, quando o importador acerta a remessa do entorpecente, efetua o pagamento do preço e se cerca dos cuidados para que receba o produto, o negócio se encontra aperfeiçoado, dependendo o seu êxito integral, tão somente, do efetivo recebimento da droga. O não recebimento da droga, por qualquer motivo, não significa que inexistiu o negócio ou mesmo que houve tentativa de se realizar o negócio, mas sim que houve quebra na cadeia comercial."*
- *"O núcleo "importar", do referido dispositivo, exige, a meu juízo, tão somente que haja a transposição da fronteira territorial nacional, o que não se confunde com transposição de barreira alfandegária."*
- *"O punctum saliens, portanto, cinge-se ao fato de que toda a operação efetivada pelo agente ocorreu quando entabulado o negócio ilícito. A remessa da droga pelo estrangeiro e a aquisição pelo importador, portanto, foi apenas resultado desse negócio. Desconhecendo-se o destinatário, a investigação é do local da apreensão da droga porque, na verdade, o núcleo do tipo que incidirá nesses casos não é o "importar", mas, v.g., "transportar", "trazer consigo" etc. Agora, se conhecido o importador da droga, a investigação é do local onde se efetivou o negócio relativo à importação, pouco interessando o local onde a droga adentrou o território nacional. O recebimento pelo agente é mero exaurimento do delito"*
- *"[...] a apreensão da droga na alfândega, de qualquer estado, quando o destinatário da droga é identificado, não tem o condão de atrair a*

atribuição investigativa da autoridade policial do local da apreensão, mas sim do local (conhecido) em que entabulado o negócio ilícito.”

- “[...] *destaco decisão monocrática, proferida pelo Ministro Sebastião Reis (DJe de 5/10/2012), assim sintetizada: PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. INCIDÊNCIA DO ART. 70 DO CPP. COMPETÊNCIA FIRMADA EM FAVOR DO JUÍZO DO LOCAL EM QUE PRATICADO OS ATOS DE EXECUÇÃO. [...] (destaquei)”*

[Ministro Nefi Cordeiro (voto vencedor)]

- *“A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que o tráfico, praticado por meio de encomenda do exterior para o Brasil, tem como local do crime aquele da apreensão, não importando o local a que se direcionava a encomenda, ou até mesmo se antes haviam sido consumadas outras das ações típicas do delito.”*
- *“Acerca da matéria, são vários os precedentes: (HC 196.891/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 29/08/2012) (CC 41.775/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/5/2004, DJ 14/6/2004, p. 158) [...] No mesmo sentido: CC n. 130.822/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 30/4/2014; CC n. 133.110/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 8/4/2014; CC n. 127.667/RJ, Ministro Jorge Mussi, DJe 7/4/2014; CC n. 133.064/PR, Ministro Moura Ribeiro, DJe 4/4/2014.”*
- *“[...] ainda que o direito seja dinâmico, mostra-se temerária a alteração da orientação jurisprudencial acerca da matéria, até então pacífica nesta Corte, pelos relevantes riscos de desorientação aos aplicadores do direito e possíveis arguições de nulidades.”*

Argumentos utilizados no cancelamento e suas classificações individuais

Súmula 174

REsp nº 213.054 - SP

[Ministro José Arnaldo da Fonseca]

- *"Que a arma de brinquedo ou qualquer outro simulacro de arma tem relevância penal, isso ninguém discute, porque lhe é inerente a capacidade de, simuladamente, ameaçar, intimidar, impossibilitar a resistência da vítima. [...] O que é bastante discutível é a sua idoneidade para agravar a pena de roubo."*
- *"[...] a velha polêmica reacende em face do advento da Lei n. 9.437, de 20.02.1997, que, em seu art. 10, § 1o, inciso II, tipifica como crime, punido com detenção de um a dois anos e multa, a seguinte conduta: "II - utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes."."*
- *"[...] referência, quase a unanimidade da doutrina penal moderna posiciona-se contrariamente ao Enunciado de n. 174, por ofender vários princípios basilares do Direito Penal."*
- *"Primeiramente, [...] 174) viola o princípio da legalidade (art. 5o, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1o, do Código Penal). É que a lei (art. 157, § 2o, inciso I, do CP) fala em arma e não em simulacro de arma, ou coisa parecida. Logo, se se tratar de um artefato que imita uma arma, a qualificadora não pode ser reconhecida".*
- *"[...] sentido, a observação de LUIZ FLÁVIO GOMES: [...] esquecem-se alguns intérpretes que o problema não é de psicologia, mas de tipicidade*

A lei não fala em objeto capaz de intimidar, mas, especificamente, em arma, o que impede admitir como tal, por analogia in malam partem, qualquer objeto que não seja arma” [...] sufragam o entendimento “objetivista”, sustentando que a arma de brinquedo viola o princípio da legalidade.”

- *“Por outro lado, [...] também ofende o princípio do ne bis in idem, pois a intimidação da vítima mediante o emprego da arma de brinquedo já configura a “grave ameaça” que é elemento típico do roubo simples (art. 157, caput, ou § 1o, do CP), ou seja, a arma de brinquedo esgota a sua eficácia intimidativa na configuração do próprio injusto penal.”*
- *“[...] o emprego da arma de brinquedo ou simulacro de arma não pode servir, simultaneamente, para caracterizar o roubo (em seu tipo básico) e, sem qualquer outro motivo relevante, fazer incidir a causa especial de aumento de pena previsto no § 2º, inciso I, do CP.”*
- *“O agente só consegue intimidar a vítima porque está empregando a arma de brinquedo. Mas vencer a resistência da vítima, mediante grave a ameaça, é da essência do crime de roubo [...]”*
- *“Nas palavras de DAMÁSIO E. DE JESUS, “[...] o emprego de arma de brinquedo ou simulacro de arma integra o roubo simples (art. 157, caput, ou § 1o), funcionando como meio de execução da ameaça, não incidindo a circunstância de agravamento da pena (art. 157, § 2o, I)”*
- *“[...] como adverte VALDIR SZNICK, “Usar de arma de brinquedo para mudar a tipicidade de um crime - furto para roubo - já é agravar a conduta do agente. Mas, mesmo considerando seu efeito intimidativo, não se pode, de novo (bis in idem) usar da mesma conduta (emprego de arma de brinquedo) para aumentar a pena.” (...)”*

- *"Outro fundamento também se coloca contrariamente ao Enunciado n.174: viola o princípio da proporcionalidade da pena. No particular, a lição de LUIZ FLAVIO GOMES, op. cit. p. 141-142, in verbis: [...] Quando há uma real graduação no injusto justifica-se maior pena, mesmo porque cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade. [...] Considerando que a arma de brinquedo "não denota maior risco à vítima ou periculosidade maior na conduta do agente", nada acrescenta de peculiar relevância ao conteúdo do injusto, de tal modo a justificar qualquer agravamento especial da pena.[...]"*

- *"[...] o Col. Supremo Tribunal Federal apresenta alguns julgados incompatíveis com a súmula:"*
 - a. *"I. Roubo: causa de aumento da pena: emprego de arma (CP, art. 157, par. 2o, I). A corrente jurisprudencial que entende configurado o "emprego de arma" - causa especial do aumento da pena do roubo -, na utilização da arma de brinquedo, a melhor doutrina tem oposto crítica demolidora; ainda, porém, que se aceite a discutível orientação, nem ela permite divisar a referida causa de exacerbação da pena, que é puramente objetiva, na circunstância de o agente simular estar armado, mediante gesto que aparente portar o revólver sob a camisa. [...] (HC n. 69.515-RJ, relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.03.1993, p. 3.561)"*

 - b. *"Roubo. Utilização de arma imprópria ao uso. Efeitos. A utilização de arma imprópria ao disparo ou de brinquedo não descaracteriza o tipo do artigo 155, caput, do Código Penal.[...] apenas afasta a causa de aumento inserta no inciso I, par. 2o do artigo 157 daquele Diploma. Existência, no caso, da grave ameaça, muito embora sob a óptica da aparência, a evidenciar a violência a pessoa. (HC n. 71.051-MG, 2a Turma, relator Min. Marco Aurélio, DJU de 23.09.1994, p. 25.328)"*

- “[...] o enunciado da Súmula n. 174 não pode subsistir frente ao Direito Penal moderno, objetivo e humanitário, que não se coaduna com a analogia in malam partem ou mesmo com a interpretação analógica da norma penal com o intuito de prejudicar o réu, até porque a pena, na lição de ROXIN “é a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado”.
- “[...] uma vez que a Lei n. 9.437, de 20.02.1997, em seu art. 10, § 1o, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes (embora a aplicabilidade dessa nova tipificação também seja bastante discutível), o fato é que com ela a Súmula n. 174 não tem mais razão de existir.”

[Ministro Edson Vidigal (contrário ao cancelamento)]

- “[...] é de se observar que o legislador, ao majorar a pena em razão da utilização de arma de fogo, assim o fez tão-somente por verificar que a ameaça exercida mediante esse instrumento é tão extrema, capaz de causar tamanho pavor, que a vítima, geralmente, não pode oferecer qualquer tipo de resistência.”
- “[...] para a configuração da causa de aumento basta que a grave ameaça tenha sido exercida mediante o emprego da arma, não sendo necessária a ocorrência de dano à integridade física da vítima. Daí ser irrelevante o fato do instrumento ser efetivamente eficaz para causar dano ou não.”
- “[...] para a caracterização da majorante a observação do caráter subjetivo do seu conteúdo, ou seja, se a arma utilizada é realmente eficaz para causar grande intimidação no homo medius, de forma a inviabilizar a sua capacidade de resistir.”

- “[...] as armas de brinquedo estão mais sofisticadas, sendo impossível até mesmo aos efetivos conhecedores do engenho de ataque distinguir, a olho nu, uma arma verdadeira de outra falsa.”
- “[...] do Recurso Especial n. 33.003-SP, publicado no DJ de 20 de maio de 1996, o eminente Ministro Vicente Leal apresentou, de forma translúcida, a questão: [...] deve levar-se em consideração não a efetiva potencialidade da arma, mas o poder que a mesma tem de intimidação da vítima, que temerosa por sua integridade física, não opõe resistência à subtração da res.”
- “Imperioso também destacar o magistério do não menos eminente Min. Vicente Cernicchiaro: [...] a majorante não decorre do simples emprego de arma (sentido próprio); resulta, isso sim, da potencialidade ofensiva que, circunstancialmente, possa conter. Quando, por imitar com perfeição, transmitir a alguém o efeito intimidatório, próprio da arma verdadeira, amedrontar, assustar, fazer a vítima capitular à investida do sujeito ativo, produz, então, a mesma consequência da arma verdadeira.”
- “A primeira (a violência) é a coação física; a segunda (a grave ameaça), a coação psicológica, a vítima sucumbe à imposição do agente, temerosa das consequências, caso não obedeça ao comando que lhe é dirigido”.
- “Se o criminoso, com a arma de brinquedo, obtiver o mesmo resultado, como se verdadeira fosse, impõe-se o mesmo tratamento.”
- “[...] a doutrina de Nelson Hungria: [...] a ratio desta é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir.”
- “[...] e Magalhães Noronha: Muita vez, uma arma pode não ser idônea para a realização da violência, de acordo com seu destino próprio; assim,

p. ex. um revólver descarregado. Mas será idôneo para a ameaça se a vítima desconhecer essa circunstância. A lei exige apenas que a ameaça ou a violência sejam exercidas com emprego de arma. Não há questionar se o agente preparou-se de antemão com ela, para pôr em ação aqueles meios. É suficiente empregá-la, ofendendo a integridade corporal da vítima ou ameaçando-a.”

- *“Ora, digo eu, tudo depende da interpretação que se dá à expressão “arma”.”*
- *“[...] do Recurso Especial n. 5.679-SP, DJ de 18.03.1991, o eminente Ministro Costa Lima teceu as seguintes considerações: [...] Hoje, não é fácil distinguir uma arma real de uma de imitação. [...] essas espécies de armas ditas de brinquedo tornam-se meios hábeis para caracterizar a qualificadora pelo seu conteúdo subjetivo.”*
- *“Ao discorrer sobre a Lei (Lei n. 9.437/1997), Valdir Sznick tece pertinentes observações sobre a arma de brinquedo: [...] O emprego de arma em qualquer crime, com o objetivo de intimidar, ameaçar, denota no agente um grau de criminalidade maior do que aquele que comete o mesmo crime à mão livre [...]. Nesses crimes cometidos com violência, pouco interessa a espécie de arma e sim de sua potencialidade ofensiva. Essa arma foi o instrumento usado e que obteve o seu efeito: amedrontou a vítima, já que a ameaça exercida pela arma (de brinquedo ou não) foi efetiva.[...] a arma exerce uma coação psicológica (o metus) na pessoa ameaçada e, pois, cumpriu o seu papel, que é o mesmo da arma de verdade.”*
- *“Reporto-me às palavras do Min. Dias Trindade: [...] Com efeito, se admitimos a eficácia da arma inidônea para, qualificando a figura de furto, reconhecemos a prática do roubo, erigido em nova figura criminal, não vejo porque não admitir também essa potencialidade de infundir temor à*

vítima, estarrecida ante o manejo ou exibição do brinquedo em forma de arma, pelo meliante. [...] (REsp n. 65-SP)."

- *"[...] há precedentes da Corte Suprema em total harmonia com entendimento consagrado na Súmula n. 174 deste Superior Tribunal de Justiça."*
- *"[...] o que realmente importa é destacar o pensamento já consagrado pelos membros desta Corte Superior de Justiça [...]"*
- *"[...] no caso da arma de brinquedo, ainda existem as que imitam longinquamente armas de verdade. [...]. As armas de brinquedo de última geração, como as exibidas em passeatas anti-americanas no Paquistão, se são mesmo de brinquedo servem, então, para outras brincadeiras. É para essa potencialidade, altamente lesiva para a paz social, para a segurança pública, que quero chamar a atenção em defesa da manutenção da Súmula n. 174."*

[Ministro Felix Fischer]

- *"Quanto ao uso da arma de brinquedo, ele poderá ser considerado, dependendo do caso concreto, nas circunstâncias judiciais."*
- *"Se temos que obedecer a certos princípios básicos do Direito Penal e a certos princípios constitucionais[...]. Ou os empregamos em todos os casos, ou os rejeitamos. Penso que argumentos supralegais podem eventualmente ser utilizados em favor do réu, dependendo da situação, mas nunca contra."*

- *"Quando o Código fala em arma, evidentemente não pode ser arma de brinquedo. Isso fere o princípio da reserva legal e também um princípio elementar do Direito, que é a proibição do bis in idem. A intimidação configura o roubo, não importando se decorre da supremacia física [...] ou de uma arma de brinquedo [...]"*
- *"Se a arma de brinquedo intimidou, configura o roubo, mas não pode haver um bis in idem. Ela não configura perigo real para a vítima. Se ela é empregada para lesionar, e essas lesões forem graves, isso irá qualificar o roubo."*
- *"Está no Código. [...]. Pode-se até pleitear uma modificação na legislação, mas com a legislação em vigor, parece-me que é incorreto."*
- *"[...] uma manifesta desproporção na aplicação da majorante contra o texto legal, no caso, porque equiparar aquele que sai com uma arma verdadeira, assumindo o risco de causar a morte de alguém, com aquele que, evidentemente, com uma arma de brinquedo, em princípio, não pretende esse resultado."*
- *"São argumentos que poderiam sugerir modificações na lei, mas não aplicação da lei em vigor. Seriam desejos pessoais de autores antigos, respeitáveis, mas que não se aplicaria ao texto de lei. Volto a frisar que abrir mão contra o réu de certos princípios elementares é um perigo muito grande."*

[Ministro Gilson Dipp]

- *"No caso concreto, temos argumentos belíssimos a favor da tese da manutenção da súmula e outros tantos, ponderáveis, contrários à majorante do emprego da arma de fogo no roubo. Só por esse motivo, já não seria conveniente a edição de uma súmula."*

- *"O Sr. Ministro Fontes de Alencar, quando da revogação da Súmula n. 91, foi muito claro ao afirmar: "Essa súmula hoje não mais auxilia; antes, pelo contrário, causa transtorno, perplexidade e dificulta a aplicação da lei nos Tribunais Ordinários". Por esse motivo, penso que a súmula não poderia vingar."*
- *"[...] estaremos revogando uma que está causando perplexidade."*
- *"A intimidação própria do roubo pode ocorrer pela violência, pela desproporção física, pela ameaça e até pelo uso da arma de brinquedo, e não tão-somente por ela. Não concebo que se possa dar o mesmo tratamento a quem porta uma arma de verdade, que representa um perigo efetivamente real, e a quem porta uma arma de brinquedo."*
- *"[...] Também penso, na esteira do Sr. Ministro Felix Fischer, que a preservação do entendimento sumulado fere o princípio da reserva legal, que é um princípio constitucional. Está no art. 5º da Constituição e no art. 1º do Código Penal."*
- *"[...] para reforçar meu ponto de vista, peço vênua para ler trecho do voto do saudoso Ministro Assis Toledo, que ponderou atualíssimamente sobre o tema da seguinte forma: [...] A jurisprudência, portanto, passou a admitir o crime de roubo nessa ficção - emprego de arma de brinquedo -, quando, na verdade, o que ocorre é uma hipótese de furto mediante fraude. [...] mas, no § 2º, o legislador já não fala em "grave ameaça" e sim em "emprego de arma". Para que possamos entender que arma de plástico, destinada a brinquedos infantis, seja "arma", teremos que recorrer à analogia in malam partem [...]"*

- “[...] uma súmula que, no meu modo de ver, não está de acordo com os preceitos da Lei Penal e das normas constitucionais e que, se assim não fosse, pelo menos pela ampla divergência doutrinária e jurisprudencial que esta tese acarreta, não poderia ser matéria de enunciado sumular.”
- “[...] uma ressalva quanto à assertiva de que “a súmula já vem há quase uma década”. [...] há um momento em que se pode rever o enunciado sumular.”

[Ministro Hamilton Carvalhido]

- “[...] tem-se hoje que o medo, o temor, não é apenas uma impressão subjetiva, que não deixa marcas no corpo, na parte física do homem; há todo um processo físico que se desencadeia pelo medo. O próprio temor, na ameaça, tem fisicidade e está presente no mundo. Com isso, esse conceito mais abrangente de arma deslocaria e permitiria compreender, nessa categoria, também, a arma de brinquedo.”
- “[...] “arma” no Código Penal, e “arma” na Lei de Contravenção Penal são, sem sombra de dúvida, arma verdadeira. Se é assim acertada a conclusão, acertada seria afirmar-se a ausência de tipicidade, ou seja, problema de tipicidade na causa de aumento, de maneira que só haveria causa de aumento com o emprego da arma verdadeira.”
- “A questão, a meu sentir, é, em última análise, de vigência formal no presente momento.”

[Ministro Jorge Scartezini]

- “[...]. O legislador fala em arma, e quando ele quis distinguir arma de arma de brinquedo, editou uma lei e distinguiu nitidamente. Portanto, não posso entender como aplicar uma majorante.”

- *"Como penso que esta súmula fere o princípio da reserva legal, submetendo-me às colendas manifestações dos Srs. Ministros Felix Fischer e Hamilton Carvalhido [...]"*

[Ministro Paulo Gallotti]

- *"[...] mesmo tendo presente essa preocupação, encontro dificuldade em concluir que a arma mencionada na causa de aumento a que se refere o art. 157 possa ser uma arma sem potencialidade ou uma arma de brinquedo, o que não autoriza reconhecer sua ocorrência."*
- *"Penso também que o Ministro Gilson Dipp foi muito preciso ao mostrar que bastava esse debate para deixar evidente que o tema talvez não ficasse bem em uma súmula, com o rigor de seus contornos, mesmo sem seu caráter vinculante, não parecendo razoável engessar esse entendimento."*

Súmula 512

Petição Nº 11.796 - Df (2016/0288056-2)

[Ministra Maria Thereza de Assis Moura]

- *"[...] nos termos do artigo 256-S do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, caput e § 1o, in verbis: Art. 256-S. É cabível a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo, por proposta de Ministro integrante do respectivo órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal que officie perante o Superior Tribunal de Justiça. § 1o A revisão ocorrerá nos próprios autos do processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, **ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado.** (grifo não original)"*
- *"Ocorre, porém, que, em sessão realizada em 23/06/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento oposto à jurisprudência"*

deste Sodalício ao assentar, em acórdão relatado pela insigne Ministra Cármen Lúcia, que o denominado tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4o, da Lei no 11.343/2006) não tem natureza hedionda."

- a. *"Segundo esposado pela douta Ministra Relatora, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei no 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "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."*

 - b. *"[...] destacou que, apesar da vedação constitucional e legal da concessão de graça e anistia e de indulto ao tráfico de entorpecentes, "os Decretos Presidenciais ns. 6.706/08 e 7.049/09 beneficiaram os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado com o indulto, o que demonstra que os mencionados textos normativos inclinaram-se na corrente doutrinária de que o tráfico privilegiado não é hediondo."*

 - c. *"Concluiu [...] que a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas e de que as circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas (Informativo 831)."*
- *"[...] nem toda transação ilícita com drogas deve necessariamente submeter-se ao regime dos crimes hediondos, como a conduta de quem*

oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem [...]”

- *“Cumpra consignar, nessa linha de raciocínio, que o artigo 44 da Lei de Drogas, ao estabelecer que os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 da Lei “são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, conferiu ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4o) tratamento especial ao que o legislador atribuiu ao caput e ao § 1o do artigo 33, a reforçar a tese de que não se trata de delito hediondo.”*

- *“Saliente-se, outrossim, que o conceito de hediondez é de todo incompatível ao de privilégio, conforme há muito já vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça, mutatis mutandis, no que toca ao homicídio qualificado-privilegiado:”*
 - a. *“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. 1. O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo [...] (HC 43.043/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 06/02/2006, p. 352)”*

 - b. *“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, §§ 1o E 2o, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. CRIME NÃO ELENADO COMO HEDIONDO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA NÃO SUPERIOR A OITO ANOS. POSSIBILIDADE. I - Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes). (HC 144.196/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 01/02/2010)”*

- *"É sabido que os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do artigo 927, § 4o, do Código de Processo Civil, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, creio ser necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos, a fim de nos alinharmos à jurisprudência do Excelso Pretório."*

Súmula 528

Projeto de súmula nº 1058

[Ministro Sebastião Alves dos Reis Junior]

- *"Ocorre que, recentemente, a Terceira Seção deste Tribunal flexibilizou a aplicação deste enunciado quando o Min. Joel Paciornik afirmou que "na hipótese de importação da droga via correio cumulada com o conhecimento do destinatário por meio do endereço apostado na correspondência, entendo que a Súmula n. 528/STJ deva ser flexibilizada para se fixar a competência no Juízo do local de destino da droga, em favor da facilitação da fase investigativa, da busca da verdade e da duração razoável do processo." (CC 177.882-PR, DJe 08/08/21). Não existem outras decisões no mesmo sentido."*
- *"Entendo que é caso de apenas se cancelar a súmula 528. E são várias as razões que me levam a esse entendimento."*
 - a. *"Em primeiro lugar, em que pese a decisão ter sido unânime, o quórum⁴⁵ não se encontrava completo o que, por si só, ao meu ver,*

⁴⁵ da comissão de jurisprudência do STJ que ocorreu em 16 de agosto de 2021

junto com o fato de se tratar de uma decisão isolada, não nos dá certeza de que esse entendimento se consolidará.”

- b. “Além do mais, a questão do tráfico de drogas por via postal envolve situações diversas – tráfico internacional (exportação), quando a competência seria do lugar da remessa (CC 147802, Min. Ribeiro Dantas, DJe 13.10.16); tráfico interestadual onde a competência poderia ser ou do lugar da remessa (CC 147802, Min. Ribeiro Dantas, DJe 13.10.16) ou do lugar da apreensão (CC 136414, Rel. Min. Ericson Maranhão, DJe 20.02.15) ou mesmo o lugar do destino se conhecido e caso aplicado o mesmo entendimento que prevaleceu quando do CC 177882.”*
- *“Diante do fato da decisão proferida no CC 177882 e que relativiza a Súmula 528 não se encontrar ainda consolidada bem como do fato de que o tráfico de drogas pela via postal contempla diversas hipóteses diversas, que podem levar à conclusões diversas, entendo que o melhor caminho no momento é o de simplesmente revogar a Súmula 528, aguardando-se um posicionamento mais claro desta casa sobre o tema.”*