

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.793.644 - RS (2019/0026510-6)**

**RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER**  
**RECORRENTE : KAYNA LACERDA (PRESO)**  
**ADVOGADO : MATEUS PORTO - RS053019**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**EMENTA**

EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. **MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO**. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ**. RETIRADA DO CARÁTER HEDIONDO DA GUIA DE EXECUÇÃO PENAL. PRECEDENTES. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **KAYNA LACERDA**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 98):

**"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RETIFICAÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DEVE CONSTAR QUANTO AO DEUTO DE TRÁFICO DE DROGAS. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA.**

*Sendo o apenado reincidente específico em crime hediondo, tal circunstância deve constar na GEP, notadamente porque aos condenados reincidentes específicos em crimes hediondos é vedado, por exemplo, o livramento condicional, e tal omissão na guia pode ensejar equívocos futuramente em eventuais pleitos de benefícios pelo apenado. Mantida decisão de origem que indeferiu o afastamento da reincidência específica em tráfico de drogas. AGRAVO DESPROVIDO. UNÂNIME.*

Consta dos autos que o recorrido postulou perante o juízo da execução a retificação do atestado de pena, para deixar de constar a condenação por tráfico privilegiado como crime hediondo.

Em segunda instância, o eg. Tribunal negou provimento ao apelo defensivo (fls. 97-102).

Nas razões do recurso especial, a parte insurgente sustenta

violação aos art. 83, inciso V, do Código Penal, pois a eg. Corte **a quo** entendeu pela manutenção do caráter hediondo ao delito de tráfico privilegiado, impossibilitando oportuno livramento condicional.

Aduz que no processo de n. 026/2.15.00000025-7 a recorrida foi condenada pela prática do crime de tráfico de drogas privilegiado (art. 33, §4º da Lei 11.343/2006) à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pelo delito de porte ilegal de armas de uso permitido, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, substituída por restritivas de direito.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 123-125), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do apelo (fls. 160-167).

É o relatório.

**Decido.**

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou, quanto ao caráter hediondo do delito de tráfico privilegiado, **verbis** (fls. 100-101):

*"A decisão agravada indeferiu o pedido da defesa de afastamento da reincidência específica em tráfico de drogas na Guia de Execução Penal do apenado. Com razão.*

*Em análise à Guia de Execução do agravado verifica-se que foi condenado pela prática de **tráfico de drogas - processo nº 026/2.15.0000025-7 cometido em 31.12.2014 art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06; e processo 026/2.16.0000649-4 cometido em 13.02.2016 pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, ambos com trânsito em julgado.***

*Cediço que **a questão da reincidência específica** interfere diretamente na concessão do livramento condicional, nos termos do art. 83, V, do Código Penal.*

*Logo, sendo o **apenado reincidente específico, tal circunstância deve constar na GEP para todos os delitos hediondos ou equiparados, notadamente porque aos condenados reincidentes específicos em crimes hediondos é vedado, por exemplo, o livramento condicional, e tal omissão na guia pode ensejar equívocos futuramente em eventuais pleitos de benefícios pelo apenado.***"

O eg. Supremo Tribunal Federal, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **HC 118533**, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06. Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:

*"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.*

*2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.*

*3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.*

*4. Ordem concedida" (HC n. 118.533/MS, Tribunal Pleno, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe 19/9/2016, grifei).*

A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar a **Petição n. 11.796/DF**, em sessão realizada no dia 23/11/2016, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou, em julgado sob o rito dos recursos repetitivos (**Tema 600**), a tese segundo a qual *"o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça"*, nos termos do v. acórdão assim ementado:

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO*

*A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.*

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas 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." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório 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, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça" (Pet n. 11.796/DF, **Terceira Seção**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 29/11/2016).

Desse modo, o eg. Tribunal de origem, ao negar provimento ao agravo da Defesa, agiu em desacordo com a jurisprudência predominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido também estão os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

**"AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RETIRADA DO CARÁTER HEDIONDO DA**

**GUIA DE EXECUÇÃO PENAL SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.**

[...]

3. Ademais, *cumpre consignar que o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, passou a entender que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Portanto, estando a decisão que retificou a guia de execução do apenado em acordo com o entendimento do Pretório Excelso, acompanhado por esta Corte Superior, de nenhuma valia seria a oitiva do Ministério Público sobre essa retificação, podendo, como já registrado, impugnar eventuais vícios futuros ocorridos por ocasião dos benefícios da execução a serem concedidos.*

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1686306/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 09/04/2018, grifei)

**"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. INDULTO PLENO. DECRETO N. 9.246/2017. FLAGRANTE ILEGALIDADE NA CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - O STF, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no HC n. 118.533, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.*

*III - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, adotou o posicionamento da excelsa Suprema Corte e firmou a tese segundo a qual "o tráfico*

***ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça".***

*IV - No caso, está configurado o constrangimento ilegal, uma vez que o eg. Tribunal a quo cassou o indulto concedido à paciente com base no Decreto Presidencial n. 9.246/17, não obstante tenha sido condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, afastar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins, e restabelecer a decisão do Juiz da Execução, concessiva de indulto." (HC 467.523/SP, Quinta Turma, minha relatoria, DJe 15/10/2018, destaquei)*

***"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. (1) CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO Nº 8.615/2015. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSIBILIDADE. (2) ART. 9º, II, DO DECRETO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO EXPRESSA. (3) HEDIONDEZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 118.533/MS. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA QUINTA E SEXTA TURMAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

*1. O art. 9º, II, do Decreto nº 8.615/2015 veda a concessão de indulto e ou comutação às condutas previstas no art. 33, caput, e § 1º, bem como nos arts. 34 a 37 da Lei de Drogas, não fazendo nenhuma menção expressa à figura prevista no § 4º do art. 33. Portanto, o decreto não incluiu no rol proibitivo a conduta do tráfico privilegiado. Os requisitos compreendidos naquele diploma para a concessão dos benefícios foram elencados pelo Presidente da República, em conformidade com o art. 84, XII, da Constituição Federal. Incabível ao Poder Judiciário entender de forma contrária, sob pena de letal afronta aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.*

*2. Este Superior Tribunal de Justiça consolidou, há tempos, entendimento no sentido de que "a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do*

*reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime" - Recurso Especial Representativo da controvérsia (Art. 543-C do Código de Processo Penal) - REsp nº 1.329.088/RS. Enunciado sumular nº 512/STJ.*

3. *Entretanto, em novo entendimento, recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do HC nº 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Mudança de posicionamento quanto ao tema por parte da Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, que culminou na revisão do entendimento anteriormente consolidado, pela Terceira Seção, e no cancelamento do enunciado nº 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.*

4. *Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das execuções reaprecie o pleito do paciente relativo à concessão de indulto, com supedâneo no Decreto nº 8.615/2015, desconsiderando os óbices anteriormente apontados" (HC n. 376.489/SC, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 16/12/2016).*

Assim, considerando que o acórdão recorrido está em desconformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, incide, **in casu**, a **Súmula n. 568/STJ**, que assim dispõe, **verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, §4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento ao recurso especial**, para retificação do atestado de pena e, conseqüentemente, afastamento do caráter hediondo com relação ao tráfico privilegiado referente ao processo n. 026/2.15.0000025-7).

P. e I.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator

