**RECURSO ESPECIAL Nº 1.774.077 - MG (2018/0275777-2)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK** |
| RECORRENTE | : | FRANCISLEY APARECIDO DE OLIVEIRA SALUME |
| ADVOGADO | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS |
| RECORRIDO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS |

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o Juízo da Vara de Execuções Criminais determinou a retificação do levantamento de penas, fazendo constar o delito do artigo 33, §4° da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado) na coluna dos crimes comuns (fl. 52).

Interposto agravo em execução pelo Ministério Público, o Tribunal de origem, por maioria, deu provimento ao recurso para manter o caráter hediondo do delito. Eis a ementa do julgado (fl. 96):

> *VOTO VENCEDOR (DES. 1° VOGAL): AGRAVO EM EXECUÇÃO - TRÁFICO DE DROGA PRIVILEGIADO - RETIFICAÇÃO DE ATESTADO DE PENAS -ALTERALÇÃO DA HEDIONDEZ - IMPOSSIBILIDADE -OFENSA À COISA JULGADA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL. 1. O artigo 66 da Lei de Execuções Penais não atribui ao Juiz da Execução a competência para modificar a decisão já transitada em julgado. 2. A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33 §4° da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente quando for ele primário de bons antecedentes e não se dedique à atividade criminosa, sendo mantido o caráter hediondo do delito. 3. Dar provimento ao recurso ministerial.*
>
> *VOTO VENCIDO (DES. RELATOR): Respeitadas as peculiaridades referentes à Execução Penal, uma vez decidida determinada matéria de mérito em sede recursal, operando-se a coisa julgada material, impossível sua rediscussão na mesma ou inferior instância.*
>
> *Consoante doutrina e jurisprudência, a ação autônoma de impugnação, denominada habeas corpus não se restringe, tão somente, aos casos que envolvam prisão, representando, também, uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, com a possibilidade, inclusive, de desfazer a coisa julgada.*

Opostos embargos infringentes, pela defesa, foram desacolhidos nos

termos do acórdão de fls. 135/141, assim ementado:

> *DIREITO PENAL - EMBARGOS INFRINGENTES - TRÁFICO PRIVILEGIADO - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - RETIFICAÇÃO DO ATESTADO DE PENA - INVIABILIDADE - NÃO ACOLHO OS EMBARGOS.*
>
> *- Inviável é a retificação do atestado de pena para fazer constar como crime comum a reprimenda relativa à condenação por tráfico privilegiado, se a hediondez foi devidamente reconhecida por meio da sentença penal condenatória.*

Diante disso, a defesa interpôs recurso especial alegando violação aos arts. 1º, 66, inciso I e 185, todos da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP). Sustenta que é clara a possibilidade de aplicação do entendimento superveniente mais benigno pelo Juízo da Execução, sem que haja qualquer afronta à coisa julgada material, na medida em o Juiz da Execução não só pode como deve alterar a sentença condenatória, transitada em julgado, a fim de aplicar lei posterior mais benigna, nos termos da Súmula 611/STF, art. 5º, XL, da CF/88 e Súmula Vinculante n. 26/STF.

Alega que este Tribunal Superior já se alinhou pela possibilidade de posicionamento mais benigno pelo Juízo da Execução, sem ofender a coisa julgada material, citando precedente.

Afirma ter havido excesso de execução, em evidente malferimento do princípio da dignidade humana, nos termos do art. 5º, II e XXXIX, da CF/88, pois houve prejuízo ao condenado em não reconhecer o privilégio no crime por ele cometido.

Assevera a necessidade de haver uma interpretação extensiva dos artigos 5º, *caput*, e §§ 2º e 4º, da CF/88, bem como ao art. 9º do Pacto de Direitos Civis e Políticos, e art. 7º, do Pacto de San José da Costa Rica.

Ressalta que a dúvida, na execução penal, não deixa de beneficiar a liberdade do sentenciado, nos termos do que dispõe o art. 61 da Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal.

Defende a observância da individualização da pena, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

Requer seja conhecido e provido o recurso especial para restabelecer a decisão do Juízo da Execução que determinou a retificação do atestado de pena para

fazer constar o delito de tráfico privilegiado como crime comum.

Contrarrazões às fls. 162/166.

Decisão de admissibilidade às fls. 168/169.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial para restabelecer a decisão do Juízo da Execução (fls. 180/185).

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls: 139/141):

> *Com a devida vênia ao ilustre Desembargador, que proferiu o voto minoritário no recurso de agravo em execução penal, comungo do entendimento esposado nos votos vencedores quanto à impossibilidade de alteração da hediondez do delito de tráfico de drogas privilegiado pelo Juizo da Execução, uma vez que não está previsto na Lei de Execuções Penais e ofende diretamente a supremacia da coisa julgada.*
>
> *Verifico que, de fato, o embargante foi condenado como incurso nas sanções previstas no art. 33, § 4°, da Lei n°. 11.343/06 e a hediondez do delito foi reconhecida na sentença.*
>
> *Iniciada a execução, a reeducanda aviou pedido de retificação do levantamento de penas, o que foi deferido pela juíza a quo, nos seguintes termos:*
>
> > Em julgamento do Superior Tribunal Federal, na data de 23 de junho de 2016, a corte suprema decidiu que o crime de tráfico privilegiado não tem natureza hedionda.
> >
> > Em que pese a manifestação do douto promotor de distuça discordando do pedido, haja vista que tal posicionamento do STF trata-se de um caso isolado e que não desfruta de repercussão geral, bem como a invocação da súmula 512 do STJ, é entendimento deste Juízo em consonância com a decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal que o tráfico privilegiado não é equiparado a crime hediondo.
> >
> > Assim, proceda a secretaria a retificação do levantamento de penas, fazendo constar o delito do art. 33, §4°, da Lei 11 343/06 na coluna dos crimes comuns. (f. 36).
>
> *É contra essa decisão que insurgiu o órgão ministerial e, a meu juízo, razão lhe assiste.*
>
> *Com efeito, em observância ao instituto da coisa julgada e ao principio da segurança jurídica, é possível concluir que não é viável a retificação do atestado de pena para fazer constar como crime comum a*

*reprimenda relativa à condenação por tráfico privilegiado se a hediondez foi reconhecida por meio de sentença.*

*Registro, ainda, que não desconheço o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 118.533/MS no sentido de que a causa de diminuição de pena afastaria a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes.*

*Entretanto, não há súmula vinculante nesse sentido e referida decisão é desprovida de efeito vinculante ou erga omnes, já que se refere a um caso determinado.*

*Destarte, julgo que deve ser mantido o entendimento esposado nos votos vencedores, de modo que a reprimenda relativa à guia de execução de f. 37 dos autos da execução seja lançada no campo dos crimes hediondos, conforme decidido no acórdão fustigado.*

No que tange à alegada violação ao artigo 185 da Lei de Execução Penal, verifico que o dispositivo não foi objeto do acórdão recorrido, e não houve a oportuna provocação do exame da *quaestio* por meio de embargos de declaração, sendo patente a falta de prequestionamento, atraindo o óbice das Súmulas n. 282 e n. 356/STF.

No mérito, verifico que o entendimento do Tribunal *a quo* encontra-se em desacordo ao desta Corte, firmado no sentido de que o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não deve ser considerado equiparado a crime de natureza hedionda.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

*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 § 1°, 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 prolação 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 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 29/11/2016).

*EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. 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. 8.615/2015. FLAGRANTE ILEGALIDADE NA CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*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".*

*[...]*

*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 477.280/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/02/2019)

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA, ART. 33, § 4.º, A LEI N.º 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONCESSÃO DE INDULTO. DECRETO N.º 8.615/2015. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACENTUADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA.*

*REQUISITOS PREVISTOS NO DECRETO PRESIDENCIAL. ORDEM CONCEDIDA.*

*[...]*

*3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 118.533/MS, concluiu que "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" (HC 118.533/MS, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 16/09/2016).*

*4. O STJ, ao julgar a Petição n.º 11.796/DF, revisou o Tema 600 julgado sob o rito dos recursos repetitivos e cancelou o enunciado n.º 512 desta Corte, passando a seguir orientação jurisprudencial do STF no sentido de que o tráfico de drogas na forma privilegiada afasta a hediondez do delito.*

*5. Nos termos do precedente jurisprudencial da Sexta Turma do STJ, "[e]mbora a conduta delituosa do agente que é beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 continue sendo a de tráfico de drogas (haja vista que o § 4º não prevê uma nova conduta típica ou um tipo penal autônomo, mas tão somente uma causa especial de diminuição de pena), é possível favorecê-lo com a concessão de graça ou anistia (e, consequentemente, de indulto), por não existir, em sua conduta, o caráter de acentuado grau de reprovabilidade que é inerente aos crimes hediondos e aos a eles equiparados" (HC 411.328/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017).*

*[...]*

*7. Ordem de habeas corpus concedida* (HC 458.735/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 23/10/2018)

Ante o exposto, com fundamento no Enunciado 568 da Súmula/STJ, dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão do Juízo da Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator