



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000006593

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006220-78.2024.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado FAGNER NAGY FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao agravo em execução, com ressalva in corpore. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente) E AMARO THOMÉ.

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO EM EXECUÇÃO no. 0006220-78.2024.8.26.0032

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO: FAGNER NAGY FERNANDES

COMARCA: ARAÇATUBA

AGRAVO EM EXECUÇÃO – INDULTO DE PENA DE MULTA – CONDENAÇÃO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO. Recurso ministerial. Adesão à corrente majoritária, ressalvada a posição do Relator, a fim de reconhecer-se como não hediondo o “tráfico privilegiado”, delito não abrangido entre as vedações elencadas no Decreto Presidencial nº 11.846/2023. Preenchimento dos requisitos necessários à concessão do indulto. Recurso não provido, com ressalva.

Voto no. 51.922

1. Cuida-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra r. decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da comarca em epígrafe, Dr. CARLOS GUSTAVO DE SOUZA MIRANDA, que julgou extinta a pena de multa por força de declaração de indulto.

Resumidamente, sustenta o agravante que a r. decisão desconsiderou a natureza hedionda do tráfico de drogas, ainda que adjetivado de privilegiado, sendo insuscetível de indulto. Requer, nestes termos, o provimento do agravo, a fim de que o benefício seja cassado.

Oferecida a contraminuta, a r. decisão foi mantida por seus próprios fundamentos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

2. É caso de não provimento do agravo.

O agravado foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 250 dias-multa, por incurso no artigo 33, *caput*, e § 4º, da 11.343/06.

Ajuizada a execução da pena acessória, com valor atualizado de R\$ 10.362,35, o Juízo julgou extinta a pena de multa, com fundamento no artigo 2º, inciso X, do Decreto n. 11.846/2023.

Irresignado, agrava o Ministério Público.

A questão aqui discutida, portanto, diz respeito à consideração ou não, **para fim de indulto**, da hediondez do chamado tráfico privilegiado.

3. Tenho que o tráfico privilegiado deveria continuar sendo considerado crime hediondo. E exponho a razão desse entendimento.

Como é cediço, a Constituição Federal¹, embora tenha relegado à lei ordinária a definição dos crimes hediondos, reservou a si a equiparação, a eles, de três delitos: o terrorismo, a tortura e o tráfico de entorpecentes.

Não é difícil perceber que essa equiparação constitucional levou em consideração o entendimento de que tais delitos são dotados de especial gravidade: permitindo que o legislador ordinário estabelecesse o rol dos crimes a receberem tratamento mais rigoroso, a Constituição Federal quis desde logo assegurar, com a força de sua própria normatização, que os três delitos por ela mencionados fossem assim tratados.

Avulta ainda, quanto ao tráfico de drogas, que a Lei Maior o colocou em patamar de reprovação equivalente a nada menos do que aquela atribuída à tortura

¹ ART. 5º, INCISO XLIII

e ao terrorismo.

Ora, nesse quadro, é **flagrantemente atentatória à Constituição Federal, enquanto esta não sofrer reforma neste ponto, a desconsideração dessa especial gravidade do tráfico de drogas**. De **qualquer** tráfico de drogas, já que a Constituição não cuidou de distinguir o tráfico equiparado a hediondo de uma forma supostamente branda de tráfico, equiparada a infração de menor potencial ofensivo.

Elucubrações teóricas acerca de eventual desacerto dessa equivalência do tráfico de drogas aos crimes hediondos - estabelecida pela Constituição, insista-se, sem qualquer mitigação - deveriam, obviamente, curvar-se à norma que se encontra no topo da pirâmide kelseniana.

É certo que o legislador ordinário, ao editar a Lei 11.343/2006, inovando em relação ao diploma anterior, estabeleceu uma minoração de pena em benefício **da pessoa do traficante** que, **não obstante a equiparação constitucional a hediondo do crime perpetrado**, seja primário com bons antecedentes, e não pertença a organização criminosa nem se dedique intensamente às atividades criminosas.

Note-se que o “privilegio”, no caso, não decorre de uma suposta mitigação da gravidade **da conduta** – que remanesce tráfico de drogas -, mas das condições pessoais **do agente**: principiante, sem envolvimento com organizações criminosas e com escassa dedicação à mercancia ilícita.

Levou algum tempo até que uma corrente passasse a defender que **a conduta** de traficar entorpecentes, quando aplicado o redutor do art. 33 § 4º. da Lei 11.343/2006, não é hedionda.

Sem razão, *data venia*.

É conhecido, e a nosso ver irrefutável, o argumento relativo à hipótese do concurso de dois agentes no tráfico, sendo um deles primário (e reunindo as demais condições legais) e outro reincidente. Embora ambos pratiquem **idênticas condutas de traficar drogas**, a redução de pena somente se aplicará **à pessoa** do primário,

tendo em vista suas condições subjetivas.

Não faria sentido considerar **idêntica conduta**, praticada por ambos, como hedionda para um (em respeito à Constituição) e não hedionda para outro (afrontando a mesma norma constitucional).

Foi o que afirmou o E. Superior Tribunal de Justiça, quando, a meu ver acertadamente, editou sua Súmula 512:

“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.”

No entanto, como é sabido, o E. Supremo Tribunal Federal formou jurisprudência em sentido oposto, o que provocou o cancelamento, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, da referida súmula.

Assim se punham as coisas quando, em 24 de dezembro de 2019, foi promulgado o chamado “pacote anticrime”, a Lei 13.964/2019.

A nova lei, que objetivou tornar mais rígido o tratamento penal, disciplinou expressamente a questão aqui discutida no novo § 5º do artigo 112 da Lei de Execução Penal. Artigo que diz respeito, exclusivamente, ao lapso de pena necessário, nas diversas situações, para a progressão de regime.

Diz o novo dispositivo:

“§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”.

Uma leitura apressada do novo dispositivo poderia fazer supor que a nova lei referendou o entendimento que vinha sendo adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Engano. A análise atenta da norma legal leva a conclusão diversa.

Conforme destacado acima, vinha decidindo nossa Corte Suprema que o

chamado tráfico privilegiado, para todos os fins, tinha natureza não hedionda.

Note-se que a lei ora em vigor é **expressamente restritiva**: não se considera hediondo o tráfico com redução de pena apenas e tão somente “**para os fins deste artigo**”, isto é, para fins de cálculo de progressão.

Ou seja: segundo a nova lei, embora o tráfico com pena reduzida **seja crime hediondo**, o lapso necessário à progressão, no caso de ter havido redução de pena do art. 33 § 4º. da Lei 11.343/2006, será aquele do crime não hediondo.

Portanto, a incompatibilidade da nova lei com o entendimento anteriormente adotado pela jurisprudência do Pretório Excelso se mostra patente.

Com efeito, onde estaria a necessidade de afirmar, em relação a um crime não hediondo, que ele não se considera hediondo ou equiparado para determinado fim?

Seria como, por exemplo, se a lei estabelecesse, em um outro parágrafo, que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de furto previsto no artigo 155 caput do Código Penal”.

Mais ainda.

Se o “tráfico privilegiado” não fosse hediondo, seria absolutamente desprovida de sentido a restrição legal: “para os fins deste artigo”.

Em suma: o que fez a lei nova foi reafirmar, ainda que *a contrario sensu*, o caráter hediondo do chamado “tráfico privilegiado”, determinando, contudo, que exclusivamente no cálculo da progressão se leve em conta o lapso do crime não hediondo.

Trata-se de hipótese semelhante, embora invertida, àquela do artigo 35 da Lei de Drogas: embora **não se trate de crime hediondo**, exige-se, para fim de livramento condicional, o cumprimento de lapso de pena próprio de crime hediondo, desde que o sentenciado não seja reincidente específico (artigo 44 § único da Lei 11.343/2006).

Correta, portanto, a consideração do tráfico “privilegiado” como hediondo para essa finalidade.

Nem se diga, por fim, que a nova lei configuraria norma mais gravosa, aplicando-se exclusivamente a fatos posteriores à sua vigência.

Basta lembrar, aqui, que não havia norma legal excluindo a equiparação do tráfico com pena reduzida aos crimes hediondos. Havia, tão somente, um discutível entendimento doutrinário e uma não vinculante corrente jurisprudencial, que agora deverão ser revistos.

Assim, tal como decidido pelo Juízo de piso, entendo tratar-se a agravante de sentenciada condenada por tráfico de drogas, portanto delito equiparado a hediondo por força de disposição constitucional, a despeito da incidência de especial causa de diminuição de pena.

4. Contudo, ressalvado o meu posicionamento, curvo-me à orientação majoritariamente firmada nos EE. Tribunais Superiores e nesta C. Câmara Criminal, no sentido de que o tráfico privilegiado é desprovido de natureza hedionda, de modo que pode ser alcançado por indulto presidencial, já que essa benesse tão somente é vedada aos condenados por crime hediondo ou equiparado, conforme o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal e o artigo 2º, I, da Lei nº 8.072/90.

Confira-se, a esse respeito, julgado desta C. Câmara Criminal:

“Agravo de Execução Penal. Indulto. Recurso Defensivo. Inconformismo contra decisão que indeferiu pedido de indulto. Pedido de reforma. Possibilidade. Requisitos necessários preenchidos. Tráfico 'privilegiado' que não impede a concessão do benefício, por não ser considerado crime equiparado a hediondo, após a edição da Lei nº 13.964/19. Precedentes da Câmara. Agravo parcialmente provido para cassar a decisão recorrida, determinando-se que outra seja proferida com estrita observância aos requisitos previstos no artigo 2º, inciso I, do Decreto Presidencial nº 11.846/2023.” (Agravo em Execução nº 0001450-85.2024.8.26.0050 – rel. Des. FREIRE TEOTÔNIO – J. 10/5/2024).

No presente caso, o valor atualizado é de R\$ 10.362,35.

O decreto 2º, inciso X, do Decreto n. 11.846/2023 foi assim redigido:

“Art. 2º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e migrantes: (...)

X - condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou do juízo em que se encontre, aplicada isolada ou cumulativamente com pena privativa de liberdade, desde que não supere o valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, ou que não tenham capacidade econômica de quitá-la, ainda que supere o referido valor;”

É de ver que a Portaria n. 75/12 do Ministério da Fazenda, a qual *“dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”* determina o não ajuizamento de execuções fiscais de valor igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Assim, inexistente óbice para o deferimento do indulto também da pena de multa.

Destarte, é caso de não se prover o agravo.

5. Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo em execução, com ressalva *in corpore*.

HERMANN HERSCHANDER

DESEMBARGADOR