



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000301942

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001043-65.2025.8.26.0496, da Comarca de Barretos, em que é agravante LUIS GUSTAVO AVELINO DE SOUZA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao agravo em execução para conceder o indulto com base no art. 9º, I, do Decreto nº 12.338, de 23 de dezembro de 2024, ao sentenciado Luis Gustavo Avelino de Souza, em relação a pena do delito previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, nos autos do Processo de Execução de Pena nº 0006419-66.2024.8.26.0496. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI E AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 28 de março de 2025.

NOGUEIRA NASCIMENTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Agravo em Execução Penal nº 0001043-65.2025.8.26.0496

Comarca de Ribeirão Preto

Agravante: Luis Gustavo Avelino de Souza

Agravado: Ministério Público

Voto nº 5.163

EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. DECRETO Nº 12.338/2024 – INDEFERIMENTO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO INCIDÊNCIA. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Preenchidos os requisitos para o indulto (a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, por crime praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa, primário, com o cumprimento de 1/5 da pena até 25 de dezembro de 2024), sendo certo que o delito de tráfico de drogas, quando aplicado o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, não possui natureza hedionda, é de rigor a concessão do indulto.

2. Recurso provido.

Vistos.

1. Contra a r. decisão de 1º Grau que lhe indeferiu o pedido de indulto com base no decreto nº 12.338/2024, interpôs o sentenciado Luis Gustavo Avelino de Souza o presente agravo em execução.

Alega, para tanto, que os requisitos necessários à concessão do benefício foram devidamente preenchidos, eis que o sentenciado, condenado à pena de quatro anos, dez meses e dez dias, pela prática do delito previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, cumpriu mais de 1/5 da sua pena, fazendo jus ao indulto, nos termos do art. 9º, I, do Decreto 12.338/2024. Sustenta que o tráfico privilegiado não é equiparado a hediondo, possibilitando a concessão do benefício. Assim, requer a reforma da r. decisão monocrática para que seja deferido o benefício pleiteado.

Processado e contrariado o recurso e mantida a r. decisão, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

Consta dos autos que o agravante, condenado a quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão em regime semiaberto, por infração ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, cumpriu mais de um quinto da pena até 25 de dezembro de 2024, motivo pelo qual pleiteou o indulto de suas penas com base no Decreto nº 12.338 de 2024. A benesse foi indeferida pelo mm. juiz *a quo* sob o argumento de que *“Condenado em razão do cometimento dessa espécie de crime não pode ser agraciado com indulto ou comutação, em face da vedação inserta no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. Diante da explícita vedação constitucional, mostra-se de todo irrelevante para o deslinde da questão o fato de a infração penal objeto da condenação não ser legalmente considerada hedionda”*.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Constituição Federal não criminaliza condutas, impondo ao legislador a criminalização de determinados comportamentos e prevendo para outros tratamentos diferenciados, por meio de “mandados de criminalização”, segundo Cleber Masson (2010):

Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Nesse aspecto, a Constituição Federal, no art. 5º, XLIII, previu tratamento diferenciado ao tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo, juntamente com aqueles definidos como hediondos:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Assim, apesar de determinar que a lei **considerará** “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, tal imposição apenas se concretizou por meio da Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos.

Em que pese entendimento contrário, evidente que o chamado “tráfico privilegiado” é crime menos grave e, de acordo com entendimento esposado pelo c. Supremo Tribunal Federal, trata-se de delito de natureza comum.

De fato, no julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.533/MS, o c. Supremo Tribunal Federal, por seu órgão pleno, entendeu que o “tráfico privilegiado”, previsto no art. 33, § 4º, da [Lei](#) nº 11.343, de 2006, não pode ser considerado crime de natureza hedionda e, assim, por maioria e nos termos do voto da e. Ministra Relatora Cármen Lúcia, a Corte concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, com a seguinte ementa:

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 118533, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

Como bem apontou a d. ministra relatora em seu voto:

“(…) A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente (…).

Assim, no meu entendimento, há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo (…)

Assim, ao entender a Corte Suprema que deve ser dado tratamento diferenciado ao tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da lei 11.343 de 2006), ressaltando que este não deve ser tratado com o mesmo rigor aplicado aos crimes hediondos e equiparados, forçoso reconhecer que a figura típica prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06 deve ser considerada crime comum, aplicando-se as regras a estes inerentes.

Superada tal questão, de acordo com o art. 84, inciso XII, da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República estabelecer requisitos e pressupostos indispensáveis para a concessão do benefício em tela. Sendo assim, impossível criar critérios ou requisitos diversos daqueles previstos no texto do Decreto editado.

Assim, caso pretendesse, poderia o Presidente da República ao editar o Decreto 12.338, de 23 de dezembro de 2024, elencar o tráfico privilegiado expressamente como delito impeditivo, contudo a opção discricionária do Presidente da República foi deixar de fora a figura prevista no §4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, elencando apenas as figuras previstas no *caput* e §1º do art. 33,

conforme se depreende da leitura do art. 1º, XVII, do referido decreto:

XVII - por crime de tráfico ilícito de drogas, nos termos do disposto no caput e no § 1º do art. 33, nos art. 34 a art. 37 e no art. 39 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Logo, inexistindo óbice à concessão do indulto, uma vez que não mais se considera o delito de tráfico de drogas privilegiado um delito hediondo, é mesmo de rigor a concessão da benesse pleiteada.

3. Pelo exposto, dá-se provimento ao agravo em execução para conceder o indulto com base no art. 9º, I, do Decreto nº 12.338, de 23 de dezembro de 2024, ao sentenciado Luis Gustavo Avelino de Souza, em relação a pena do delito previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, nos autos do Processo de Execução de Pena nº 0006419-66.2024.8.26.0496.

JOSÉ ROBERTO NOGUEIRA NASCIMENTO
Relator

jvmf