



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000320306

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0027376-95.2024.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TAMIRIS DA SILVA ARRUDA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso, para cassar a decisão guerreada e determinar que outra seja proferida, analisando-se os requisitos contidos no Decreto Presidencial de indulto natalino. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN E PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA

Relator

Assinatura Eletrônica



VOTO Nº 22998

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 0027376-95.2024.8.26.0041

COMARCA: São Paulo

VARA DE ORIGEM: DEECRIM UR1

JUIZ(a) PROLATOR(a) DA SENTENÇA: *Carla Kaari*

Agravante: Tamiris da Silva Arruda

Agravado: Ministério Público

Vistos.

Trata-se de agravo de execução penal, interposto por **Tamiris da Silva Arruda**, contra a r. decisão copiada às fls. 314/317, que indeferiu o pedido de concessão de comutação de penas, formulado com base no artigo 3º do Decreto Presidencial nº 11.846/2023.

Inconformada, sustenta a Defensoria Pública que “o crime de tráfico de drogas privilegiado não é equiparado a hediondo”, bem como “trata-se de entendimento já pacificado há muito pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (HC 118533) e pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, e já adotado há muito pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo”. Afirma que “o art. 112 §5º da LEP relembra que o tráfico privilegiado não é crime equiparado a hediondo”. Requer “seja conhecido e provido o recurso, com o reconhecimento da comutação” (sic, fls. 01/03).

Contraminutado o recurso (fls. 327/330), foi mantida a r. decisão (fl. 332) e o parecer da d. Procuradoria de Justiça é pelo não provimento (fls. 346/350).

É o relatório.

Consta dos autos do processo de execução nº 0012079-82.2023.8.26.0041 que a agravante cumpre pena total de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pela prática de dois tráficos de drogas, ambos na forma privilegiada, com término de cumprimento previsto para 25/03/2029 (conforme cálculo de penas elaborado em 18/09/2024 – fls. 273/276).

Em 22/11/2024, o MM. Juízo das Execuções indeferiu o pedido de concessão de comutação de penas, *in verbis*:

“Vistos.

*Trata-se de pedido de Comutação com base no Decreto Presidencial nº 1.846/2023 formulado em favor de **TAMIRIS DA SILVA ARRUDA** com alegação de cumprimento lapso temporal da pena suficiente, com boa conduta carcerária à época de publicação do ato normativo. As partes se manifestaram (fls.305 e 309).*

É o breve relatório.

Fundamento e decido.

O caso é de indeferimento do pedido.

O Decreto Presidencial nº 11.846/2023 prevê em seu artigo 1º a impossibilidade da concessão de Indulto e de Comutação aos sentenciados(as) que cumpram pena por determinados delitos:

“Art. 1º. O indulto coletivo e a comutação de penas concedidos às pessoas nacionais e migrantes não alcançam as que tenham sido condenadas:

I - por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto na Lei nº8.072, de 25 de julho de 1990;

II - por crime de tortura, nos termos do disposto na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997;

III - por crime previsto na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, exceto quando a pena aplicada não for superior a quatro anos;

IV - por crime previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016;

V - pelos crimes previstos nos art. 312 a art. 319 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, exceto quando a pena aplicada não for superior a quatro anos;

VI - por crime previsto na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989;

VII - pelos crimes previstos nos art. 149 e art. 149-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal;

VIII - por crime previsto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956;

IX - por crime previsto na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, exceto quando a pena aplicada não for superior a quatro anos;

X - por crime previsto na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, exceto quando a pena aplicada não for superior a quatro anos;

XI - por crimes definidos no Decreto-Lei nº 1.001, 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, que correspondam aos delitos previstos nos incisos Ia X e XII a XVII;

XII - por crime previsto na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, atribuído a pessoa jurídica;

XIII - por crime contra o Estado Democrático de Direito de que tratam os art. 359-I a art. 359-R do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal;

XIV - por crimes de violência contra a mulher constantes na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, na Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, na Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021, na Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021, e na Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018;

XV - por crime previsto na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e no art. 288-A do Decreto-Lei nº 2.848, de

1940 - Código Penal;

XVI - pelos crimes previstos nos art. 239 a art. 244-B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente; e

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.

§ 1º O indulto coletivo concedido a pessoas nacionais e migrantes, independentemente do crime cometido, não alcança as pessoas:

I - integrantes de facções criminosas que nelas desempenhem ou tenham desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminal;

II - que estejam submetidas ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD; ou

III - que estejam incluídas ou transferidas para cumprimento de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima do Sistema Penitenciário Federal ou dos Estados e do Distrito Federal, assim classificados por ato do Poder Executivo para esse fim, na forma do disposto no art. 11-B da Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008.”

As condenações da sentenciada são por crime(s) de tráfico de drogas privilegiado (artigo 33, §4º, do SISNAD.

Assim, por expressa vedação do artigo 1º, inciso XVII, do Decreto nº 11.846/23, não prospera o pedido de Indulto.

E ainda que assim não fosse, aos delitos previstos nos artigos 33 e 33, §4º, ambos da Lei nº 11.343/06 também não é possível a concessão do Indulto por vedação constitucional.

Quanto ao delito do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal ter desconsiderado a natureza hedionda do tráfico privilegiado (HC 118533/MS), continua sendo impossível a concessão de Indulto das penas relativas ao delito de tráfico de drogas.

Com efeito, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII, veda a concessão de Indulto para “o tráfico ilícito

de entorpecentes e drogas afins”, bem como para “os definidos como crimes hediondos”. Dessa forma, como a vedação constitucional não decorre da natureza hedionda do delito, mas da simples configuração do tráfico de drogas (privilegiado ou não, hediondo ou não), a decisão do STF não ampara a pretensão da defesa, sob pena de grave e evidente violação do texto constitucional.

*Cabe frisar que, citado dispositivo Constitucional, proíbe a graça (indulto individual) para os delitos por ele elencados, dessa forma, logicamente também proibiu o indulto (o qual é concedido coletivamente), ainda que parcial (comutação). Nesse sentido: STF, HC 77.528, segundo o qual o termo “graça” engloba o “indulto” e a “comutação de pena”, estando, portanto, a competência da Presidência de República, para a concessão desses benefícios, prevista no art. 84, inciso XII, da CF, **limitada** pelo art. 5º, XLIII, da CF.*

Assim, uma vez que as penas ora executadas são por infrações a um dos crimes previstos no artigo 1º do Decreto nº 11.846/2023 e, portanto, é um crime impeditivo, de rigor o indeferimento do pedido.

*Diante do exposto, **INDEFIRO** o **pedido de Comutação** formulado em favor de **TAMIRIS DA SILVA ARRUDA**, por expressa vedação prevista no artigo 1º, inciso XVII, do Decreto nº 11.846/2023” (sic, fls. 311/314).*

Respeitado entendimento contrário, o **agravo merece parcial provimento.**

Dispõem os artigos 1º e 3º do Decreto Presidencial nº 11.846, de 22 de dezembro de 2023:

“Art. 1º. O indulto coletivo e a comutação de penas concedidos às pessoas nacionais e migrantes não alcançam as que tenham sido condenadas:

I - por crime hediondo ou equiparado, nos termos do

disposto na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990;

[...]

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.

Art. 3º Concede-se a comutação da pena remanescente, aferida em 25 de dezembro de 2023, de um quarto, se não reincidentes, e de um quinto, se reincidentes, às pessoas condenadas a pena privativa de liberdade, não beneficiadas com a suspensão condicional da pena e que até a referida data tenham cumprido um quinto da pena, se não reincidentes, ou um quarto da pena, se reincidentes, e que não preencham os requisitos estabelecidos neste Decreto para receber o indulto.

No caso concreto, verifica-se que o fundamento utilizado na decisão objurgada para indeferir a comutação de penas limitou-se a vedação constitucional relacionada aos crimes pelos quais a agravante cumpre pena.

Contudo, as condenações suportadas pela agravante se fundamentam no delito de tráfico de drogas previsto não no 'caput' do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, mas, sim, no § 4º, cuja vedação não foi prevista pelo legislador penal.

É de conhecimento geral que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, realizado em 23/6/2016, afastou a natureza hedionda do tráfico

privilegiado, *nomen juris* dado pela doutrina e jurisprudência à causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Na ocasião, a maioria dos ministros decidiu que o tratamento penal conferido à conduta antijurídica e culpável prevista naquele dispositivo legal apresentava contornos menos gravosos, sobretudo porque evidenciavam o envolvimento não ocasional do autor com o tráfico de drogas, a não reincidência, a ausência de antecedentes criminais e a inexistência de vínculo com organização criminoso.

Assim, *“a despeito de se tratar de decisão proferida em sede de controle difuso, incidental, não produzindo efeito erga omnes, inegável que representa tendência pretoriana a ser respeitada, tanto que o Superior Tribunal de Justiça cancelou a Súmula nº 512, que previa a manutenção da hediondez no caso de incidência da minorante em questão, o que foi sancionado com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), que incluiu o § 5º no art. 112 da Lei de Execução Penal, segundo o qual: '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'. É bem verdade que referido dispositivo foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio no bojo da Lei de Execução Penal. Porém, seria absolutamente incoerente que se admitisse o afastamento da hediondez para determinados fins e se mantivesse tal equiparação relativamente a outros institutos. Nada mais absurdo do que se cogitar de tal fatiamento. Ou o crime é, per se, equiparado a hediondo, ou não o é. Dessa forma, afastada por imposição legal a famigerada equiparação, finda está toda a celeuma que envolvia. [...]”* (TJSP, Apelação Criminal nº 1501348-23.2023.8.26.0535, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Camilo Léllis, j. 9/8/2024 – g.n.).

Conclui-se, portanto, que a conduta antijurídica e culpável prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 possui natureza jurídica

de crime comum, não incidindo, portanto, a vedação prevista no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

*“[...] AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. HEDIONDEZ EQUIPARADA. PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE CÁLCULO DE PENAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Lei n. 13.964/2019 não retirou o caráter de equiparado a hediondo do crime de tráfico de drogas. **O caráter hediondo somente é retirado quando incide a figura do tráfico privilegiado**, o que não é o caso dos autos, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS. [...] 3. Agravo regimental improvido”.* (STJ, AgRg no HC n. 759.395/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDF - , Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023. Com idêntica conclusão: AgRg no HC n. 852.300/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDF - , Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 21/3/2024 – g.n.).

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. Pena de multa. Pedido de indulto com base no Decreto Presidencial nº 11.846/2023. Sentenciado condenado por tráfico de drogas na modalidade privilegiada (Art. 33, § 4º, Lei 11.343/06). Ausência de vedação constitucional. Crime comum. Afastada a natureza hedionda. Inteligência do art. 112, §5º, da LEP. Art. 1º, inciso XVII, do Decreto Presidencial nº 11.846/2023 que excluiu

expressamente o tráfico privilegiado dos delitos impeditivos do indulto. Precedentes. Recurso parcialmente provido, com retorno dos autos à vara de origem para análise dos requisitos legais para o benefício.” (TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0012322-52.2024.8.26.0506, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Hugo Maranzano, j. 15/8/2024).

“Agravo em execução penal Indulto (Decreto nº 11.846/2023) Condenado por tráfico de drogas na modalidade privilegiada Decisão agravada que indeferiu a benesse com base em vedação constitucional Descabimento Crime comum Afastada a natureza hedionda Inteligência do art. 112, §5º, da LEP Ausência de vedação constitucional à concessão de indulto ao condenado por tráfico de drogas privilegiado Art. 1º, inciso XVII, do Decreto Presidencial nº 11.846/2023 que excluiu expressamente o tráfico privilegiado dos delitos impeditivos do indulto Precedentes Necessidade de retorno dos autos à vara de origem para análise dos requisitos legais para o benefício Agravo parcialmente provido.” (TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0011063-22.2024.8.26.0506, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. André Carvalho e Silva de Almeida, j. 2/8/2024).

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL INDULTO Tráfico privilegiado (artigo 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/06) Crime comum. Inteligência do posicionamento do plenário do E. Supremo Tribunal Federal (HC nº 118.533/MS) e do C. Superior Tribunal de Justiça (Tema Repetitivo nº 600). Aplicação da

benesse expressamente consignada no artigo 7º, VI, do Decreto Presidencial nº 11.302/2022. Requisitos satisfeitos. Extinção da punibilidade que se impõe Agravo.” (TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0026287-44.2023.8.26.0050, 6ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Gilberto Cruz, j. 19/7/2024).

Mas não é só isso.

Conforme pontuado no julgamento do recurso de Agravo de Execução Penal nº 0006631-31.2023.8.26.0041, realizado em sessão permanente e virtual nesta C. Quinta Câmara de Direito Criminal, no dia 20/7/2023, da lavra do relator Adilson Paukoski Simoni, ao qual acompanhei integralmente, como terceiro juiz, naquela ocasião, *“assim dispõe a Lei de Drogas: 'Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico'. Da leitura do artigo, **nota-se que o legislador nada disse quanto à vedação se estender a figura do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, fazendo menção expressa tão somente à figura do caput do artigo. No mais, como o tráfico privilegiado deixou de ser considerado hediondo (LEP, art. 112, § 5º), ainda que previsto no mesmo tipo penal que o tráfico comum, passou a ser dotado de natureza distinta da figura do caput do artigo 33 da Lei de Drogas, não havendo mais justificativa para tratá-lo com os mesmos rigores pertinentes ao último.** [...]”* (sic – g.n.).

Ademais, verifica-se que o texto do Decreto Presidencial nº 11.846/2023, no inciso XVII do artigo 1º, foi expresso ao excluir a figura

privilegiada do rol de crimes previstos na Lei de Drogas que não admitem a benesse em comento.

Logo, *“extrai-se do dispositivo em comento que a vontade do legislador foi permitir que a concessão de indulto coletivo e comutação de pena aos condenados pela prática de tráfico de drogas privilegiado, haja vista que o impedimento se limitou ao caput e § 1º do art. 33, bem como artigos 34 a 37 da Lei de Drogas, o que se alinha à orientação recente dos Tribunais Superiores.”* (TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0011063-22.2024.8.26.0506, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. André Carvalho e Silva de Almeida, j. 2/8/2024 - g.n.).

Não se deslembre que ao Poder Judiciário não é permitido limitar a competência privativa do Presidente da República, impondo novas condições, que não apenas as elencadas no taxativo rol do ato do Chefe do Poder Executivo.

Isso porque, o instituto do indulto tem como fundamento os artigos 84, inciso XII, da Constituição Federal, 107, inciso II, do Código Penal, além de dispositivos da Lei nº 7.210/84 e consiste em modo de extinção da punibilidade sem que haja referência expressa a cada beneficiário da medida.

Para Júlio Fabbrini Mirabete, *“trata-se de ato de clemência do Poder Público em favor de um ou de vários réus (natureza coletiva), sendo de competência exclusiva do Presidente da República* (MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal*, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2021).

Cezar Roberto Bitencourt complementa o conceito: *“anistia, graça e indulto constituem uma das formas mais antigas de extinção da*

punibilidade, conhecidas como clemência soberana, e justificavam-se pela necessidade, não raro, de atenuar os rigores exagerados das sanções penais, muitas vezes desproporcionais aos crimes praticados” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 979).

E, pela leitura do artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, depreende-se que a Carta Magna não previu diretrizes específicas para a elaboração do indulto pelo Presidente da República, concluindo-se, assim, que a natureza do instituto e seus requisitos de abrangência são estritamente discricionários.

Contudo, não é possível, nesse momento, conceder o benefício pleiteado, porquanto a douta magistrada de primeiro grau se limitou a indeferi-lo com fundamento unicamente na vedação constitucional, deixando de tecer considerações acerca dos critérios estabelecidos no Decreto nº 11.846/2023.

Logo, devem os autos ser remetidos ao primeiro grau, para que seja proferida nova decisão, sob risco de supressão de instância.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, para cassar a decisão guerreada e determinar que outra seja proferida, analisando-se os requisitos contidos no Decreto Presidencial de indulto natalino.

Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Relator
(assinado eletronicamente)