

Registro: 2025.0000254143

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0008200-60.2024.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ERICA ROSARIA DE ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por maioria de votos, DERAM PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Ministério Público para cassar a respeitável decisão agravada, que deferiu o pedido de indulto da pena de multa, concomitantemente aplicada à privativa de liberdade nos autos do Processo-crime nº 1501110-62.2021.8.26.0603, da 3ª Vara Criminal de Araçatuba, e determinaram o prosseguimento da ação de execução da referida pecuniária, nos autos do processo nº 1011379-53.2022.8.26.0032, nos seus regulares e ulteriores termos, vencido o Eminentíssimo 2º Juiz, que desacolhia o recurso, com declaração", de conformidade com os votos da Relatora Sorteada e do Eminentíssimo 2º Juiz, que integram este v. Acórdão.

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente), MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA E DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 18 de março de 2025.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI

RELATORA

Assinatura Eletrônica

(art. 1º, § 2º, III, da Lei nº 11.419/2006)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto: 34660 – CFF/E
Agravo em Execução Penal: 0008200-60.2024.8.26.0032
Comarca: Araçatuba
Vara: Vara das Execuções Criminais e da Infância e Juventude
Outros números: 1011379-53.2022.8.26.0032
Agravante: Ministério Público
Agravado: Erica Rosaria de Almeida

Agravo em Execução Penal – Tráfico privilegiado – Indulto – Decreto Presidencial nº 11.846/2023 – Requisito objetivo não preenchido – Insurgência ministerial contra a concessão de indulto da pena de multa, concomitantemente aplicada à privativa de liberdade, pelo cometimento de delito impeditivo à concessão da benesse – O § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, além de não afastar a hediondez do tráfico de drogas e não emprestar formato jurídico a nenhum crime, constitui, apenas e tão somente, causa de diminuição de pena dos delitos tipificados no 'caput' e no § 1º do mencionado artigo, ensejando contornos punitivos definidos nos patamares de um ano e oito meses a doze anos e seis meses de reclusão – Exegese do artigo 1º, inciso I, do Decreto Presidencial nº 11.846/2023, em consonância com a vedação contida no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal – Reconhecimento – Afronta ao inciso X, do artigo 2º, e ao artigo 8º, do referido decreto indulgente – Inocorrência – Precedentes desta Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal e deste Egrégio Tribunal – Decisão cassada – Agravo provido.

Vistos...

Cuida-se de agravo em execução interposto contra a parte da respeitável decisão que deferiu o pedido

de indulto da sentenciada Erica Rosaria de Almeida, lastreado no artigo 2º, inciso X, do Decreto Presidencial nº 11.846/2023 e, via de consequência, julgou extinta a punibilidade da pena de multa, concomitantemente aplicada à privativa de liberdade, nos autos do Processo-crime nº 1501110-62.2021.8.26.0603, da 1ª Vara Criminal de Araçatuba (fls. 13/15).

O Ministério Público recorre, em busca da cassação da benesse indultária sobre a pena de multa, concomitantemente aplicada à privativa de liberdade, referente à condenação da sentenciada pelo cometimento do delito de tráfico privilegiado (fls. 02/08).

O recurso foi contrariado (fls. 19/25), contando os autos com decisão mantenedora em sede de juízo de retratação (fls. 27) e parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo provimento do reclamo ministerial (fls. 42/44).

É o relatório.

A insurgência prospera.

A agravada foi definitivamente condenada ao cumprimento de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa mínimos, por incurso no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (fls. 11).

A respeitável decisão agravada, por

entender que o “tráfico privilegiado” não figura no rol dos delitos impeditivos à concessão de indulto, lastreado no Decreto Presidencial nº 11.846/2023, concedeu a benesse, relativamente à pena de multa (fls. 13/15).

Respeitado entendimento diverso, razão assiste ao Representante do *Parquet*.

Com efeito, se a execução da pena se der por condenação pelo cometimento de crimes hediondos ou equiparados, o novo regramento aparenta padecer de questionável constitucionalidade, na medida em que o artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna, estatui expressamente que ***“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”***, máxime se se atentar que o instituto da graça é gênero, do qual o indulto é espécie.

O Excelso Supremo Tribunal Federal há muito consolidou entendimento nesse sentido:

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO 9.246/2017. RESGATE DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. REQUISITO OBJETIVO NÃO CUMPRIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. 1. Inviabilidade de comutação da

*pena do Recorrente diante do não preenchimento de requisito objetivo previsto no Decreto 9.246/2017. 2. Ato coator parametrizado com a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que '[s]e o apenado não estava em regime aberto ou livramento condicional à época da vigência do Decreto Presidencial em comento, inviável que a benesse ali disposta seja a ele estendida, por manifesta ausência de preenchimento de requisito objetivo' (RHC 175.514, Rel. Min. Edson Fachin). Precedente. 3. Firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que 'o instituto da graça, previsto no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional.' (HC 115.099/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13.3.2013). 4. **Agravo regimental conhecido e não provido.**" (1ª Turma, AgReg no RHC nº 174.667/MS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 30.06.2021 – sem destaques no original)*

Assim, a equiparação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes a delito de natureza hedionda decorre do próprio mandamento constitucional supramencionado, de modo que se afiguraria inconstitucional considerar eventual legislação que estabelecesse qualquer disposição em sentido contrário.

Nessa baila, malgrado a Lei nº 13.964/2019 tenha expressamente revogado o § 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, a modificação não diz respeito ao caráter equiparado a hediondo do tráfico de drogas, mas, apenas e tão somente, ao lapso temporal necessário para fins de progressão de regime.

Isso porque o revogado § 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, tratava das frações necessárias para a progressão de regime em casos de condenados por delitos hediondos ou equiparados e a matéria passou a ser tratada pelo artigo 112, da Lei nº 7.210/1984.

Ora, como claramente se vê, as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 na Lei nº 8.072/1990 não retiraram a equiparação do tráfico de drogas a crime hediondo, notadamente porque a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda está prevista na própria Constituição (artigo 5º, inciso XLIII), como dito alhures.

Não se desconhece que a figura “privilegiada” do tráfico de drogas, ou seja, do delito em que reconhecida a minorante inculpada no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, recebeu tratamento diferenciado pelo legislador, quando, com a edição da Lei nº 13.964/19, incluiu o § 5º no artigo 112, da Lei nº 7.210/84, e passou a estabelecer que ***“não se considera hediondo ou equiparado, PARA OS FINS DESTES ARTIGOS, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”*** (sem os grifos no original).

Todavia, se a intenção do legislador fosse estender tal entendimento às demais benesses executórias, não teria feito a ressalva apenas e tão somente para efeitos de progressão de regime, de forma restringida, como claramente se infere da leitura

do § 5º, do artigo 112, da Lei de Execução Penal.

Logo, a figura ordinária do tráfico de drogas continua a ser equiparada a hedionda, inclusive quando atingida pela discutida causa especial de diminuição de pena, ainda mais se se atentar que o artigo 44, da Lei nº 11.343/2006, prevê consequências típicas de um crime hediondo para todas as condutas tipificadas nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, do referido diploma legal.

Esta Relatoria, analisando recentemente hipótese análoga, assim já se pronunciou:

“Agravos em Execução Penal – Tráfico privilegiado – Indulto – Decreto Presidencial nº 11.846/2023 – Requisito objetivo não preenchido – Insurgência ministerial contra a concessão de indulto da pena de multa, concomitantemente aplicada à privativa de liberdade, pelo cometimento de delito impeditivo à concessão da benesse – O § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, além de não afastar a hediondez do tráfico de drogas e não emprestar formato jurídico a nenhum crime, constitui, apenas e tão somente, causa de diminuição de pena dos delitos tipificados no ‘caput’ e no § 1º do mencionado artigo, ensejando contornos punitivos definidos nos patamares de um ano e oito meses a doze anos e seis meses de reclusão – Exegese do artigo 1º, inciso I, do Decreto Presidencial nº 11.846/2023, em consonância com a vedação contida no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal – Reconhecimento – Afronta ao inciso X, do artigo 2º, e ao artigo 8º, do referido decreto indulgente – Inocorrência – Precedentes desta Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal e deste Egrégio Tribunal – Decisão cassada –



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo provido.” (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0004260-87.2024.8.26.0032, DJ 07.01.2025, v.u.)

O entendimento, ora perfilhado, encontra respaldo em precedentes ajustáveis à espécie nesta Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal e neste Egrégio Tribunal:

“Agravo em execução penal. Indulto. Extinção da pena de multa com base no Decreto Presidencial nº 11.846/2023. Tráfico de entorpecentes privilegiado. Vedação constitucional ao indulto. Recurso provido. I. Caso em exame 1. Agravo interposto pelo Ministério Público contra decisão que extinguiu a pena de multa imposta ao agravado, condenado por tráfico de entorpecentes privilegiado, com fundamento no Decreto Presidencial nº 11.846/2023. 2. Insurgência do agravante contra a concessão do indulto, com fundamento na vedação expressa pelo artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e pelo artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90. II. Questão em discussão 3. Analisar a possibilidade de concessão de indulto, tendo em vista as disposições constitucionais e legais que vedam o benefício para crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes. III. Razões de decidir 4. O crime de tráfico de entorpecentes, ainda que na modalidade privilegiada, é insuscetível de indulto, conforme o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90. 5. Reconhecimento da ilegalidade da decisão que concedeu o indulto e cassação da medida. IV. Dispositivo Recurso provido. Decisão reformada para cassar o indulto concedido. DISPOSITIVOS RELEVANTES CITADOS: CF, art. 5º, XLIII; Lei nº 8.072/90, art. 2º, I. Jurisprudência relevante citada: STF, HC nº 118.213/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014. TJSP, Ag. Exec. Penal nº 0005658-52.2018.8.26.0041, Rel. Des. Claudia Fonseca Fanucchi, 5ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 25/03/2019. TJSP, Ag. Exec. Penal nº

0011325-43.2023.8.26.0041, Rel. Des. Marcos Correa, 6ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 31/08/2023. TJSP, Ag. Exec. Penal nº 0003468-36.2023.8.26.0496, Rel. Des. Grassi Neto, 9ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 10/07/2023. TJSP, Ag. Exec. Penal nº 0000054-94.2024.8.26.0334, Rel. Des. Moreira da Silva, 13ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 01/06/2024.” (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0003926-53.2024.8.26.0032, Rel. Des. Pinheiro Franco, DJ 08.11.2024, v.u.)

“Agrav. Indeferimento de indulto da pena de multa com fundamento no Decreto 11.846/2023. Condenação por delito equiparado a hediondo – tráfico de drogas. Impossibilidade de concessão de indulto. Decreto inviabiliza o benefício de forma expressa – artigo 1º, XVII. Inteligência do art. 5º, inciso XLIII, da CRFB/88, e artigo 44, da Lei 11.343/06. Agravado improvido.” (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0002234-61.2024.8.26.0309, Rel. Des. Damião Cogan, DJ 24.04.2024, v.u.)

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – DECISÃO QUE CONCEDEU INDULTO DA PENA DE MULTA COM FUNDAMENTO NO DECRETO PRESIDENCIAL Nº 11.846/2023 – RECURSO MINISTERIAL PRETENDENDO A CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO – SENTENCIADO CONDENADO PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS COM APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO – HEDIONDEZ CONFIGURADA – DECISÃO PROFERIDA PELO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO TEM CARÁTER VINCULANTE – JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS QUE NÃO CONSTITUIU CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO – CRIME QUE DEVE SER CONSIDERADO HEDIONDO EM TODAS AS SUAS MODALIDADES – A CONCESSÃO DO INDULTO DA PENA DE MULTA IMPLICARIA VIOLAÇÃO À LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – MANDAMENTO CONSTITUCIONAL QUE EXPRESSAMENTE DISPENSA TRATAMENTO MAIS RIGOROSO A ESSES

CRIMES, VEDANDO A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS – CASSAÇÃO DO INDULTO – DADO PROVIMENTO.” (TJSP, 7ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0003324-62.2024.8.26.0032, Rel. Des. Fernando Simão, DJ 18.11.2024)

“AGRAVO EM EXECUÇÃO – INDULTO COM BASE NO DECRETO Nº 11.846/2023 – RECURSO MINISTERIAL QUE PRETENDE A CASSAÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDEU O BENEFÍCIO COM RELAÇÃO À PENA DE MULTA – ACOLHIMENTO – Vedação contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, em consonância com o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, impossível a concessão do indulto. Tratando-se de sentenciado condenado pelo crime de tráfico de drogas, ainda que na forma privilegiada, não há que se falar em indulto, nem mesmo no tocante à pena de multa, uma vez que o artigo 1º, inciso I, do Decreto em questão veda expressamente a concessão desse benefício para pessoas condenadas por crimes hediondos ou a eles equiparados, como o delito de tráfico de drogas. Vedação que não se restringe à concessão do indulto para a pena privativa de liberdade. Ausência de comprovação da hipossuficiência econômica do sentenciado. Recurso provido.” (TJSP, 8ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0003496-04.2024.8.26.0032, Rel. Des. 0003496-04.2024.8.26.0032, DJ 25.10.2024)

“AGRAVO DE EXECUÇÃO – Indulto – Decreto Presidencial 11.846/2023 – Concessão – Impossibilidade – Condenação pela prática de tráfico 'privilegiado' – Vedação contida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. Agravo desprovido.” (TJSP, 6ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0000452-65.2024.8.26.0326, Rel. Dr. Marcos Correa, DJ 05.09.2024)

“Execução Penal – Indulto – Condenação pelo crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – Delito equiparado ao crime hediondo – Vedação expressa no art. 1º, I, e XVII do Decreto Presidencial n. 11.846/2023

São equiparados a hediondos, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e do art. 5º, XLIII, da CF, os crimes de tortura, de terrorismo e de 'tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins'. Cumpre observar que esta última expressão não se restringe, contudo, ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devendo abranger, antes, todos os crimes previstos no Capítulo II, do Título IV, do mesmo diploma legal. Destaque-se não constar em nenhum dos tipos penais ali previstos qualquer rubrica referente ao 'tráfico de entorpecentes' ou à conduta de 'traficar', cuja menção é efetuada apenas na denominação do Título IV, de mencionada Lei n. 11.343/2006, que versa a 'repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas'. A melhor interpretação do texto legal deve ser no sentido de serem todas as condutas ali descritas espécies, ou modalidades, diversas de um mesmo gênero, tráfico. Todas elas se submetem, pois, às restrições referentes aos crimes hediondos ou a estes equiparados, dentre as quais a vedação à obtenção de indulto, nos termos do art. 2º, I, da Lei n. 8.072/1990. Há, ademais, vedação expressa no art. 1º, I e XVII, do Decreto Presidencial n. 11.846/2023, que impede a concessão do indulto a condenados por crime hediondo ou equiparado, nos termos da Lei n. 8.072/90 e por crime de tráfico ilícito de entorpecentes.” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0000431-07.2024.8.26.0515, Rel. Des. Grassi Neto, DJ 30.08.2024)

Nem se diga que o rol taxativo de crimes impeditivos do Decreto Presidencial nº 11.846/2023 não abarca o delito insculpido no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, e que, por isso, a benesse estaria ali positivada.

É que, ainda que o mencionado normativo desdissesse a faceta hedionda do “tráfico privilegiado” e

tornasse passível de indultamento da pena de multa, a situação, aqui hipoteticamente considerada, não poderia ensejar a outorga de qualquer benesse dessa espécie, diante do caráter infraconstitucional do decreto em discussão.

De mais a mais, a extinção da pena de multa, independentemente do efetivo adimplemento, equivaleria a tornar letra morta o preceito secundário dos tipos penais que a preveem, que imputam consequências particularmente negativas, especialmente no crime de tráfico ilícito de entorpecentes e seus assemelhados, nos quais a multa não se reveste de mero caráter acessório, mas, sobretudo, constitui natureza efetiva de sanção econômica, sem olvidar, ainda, que atinge maior eficácia na intenção de coibir e reprimir a reiteração nesses tipos de delitos.

Enfim, é imprescindível que se proceda a uma interpretação lógico-sistemática do texto legal, sob pena de aniquilamento da hermenêutica jurídica clássica, que tem por objetivo elucidar a intenção do legislador, norteador a aplicabilidade ou não da norma positivada.

Nesse contexto todo, em que o mandamento constitucional expressamente veda a concessão de indulto para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como que foi afastada a hediondez do tráfico privilegiado tão somente para os fins de progressão de regime, de rigor o reconhecimento da ausência do preenchimento dos requisitos objetivos para a outorga da benesse



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indultária.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público para cassar a respeitável decisão agravada, que deferiu o pedido de indulto da pena de multa, concomitantemente aplicada à privativa de liberdade nos autos do Processo-crime nº 1501110-62.2021.8.26.0603, da 3ª Vara Criminal de Araçatuba, determinando, por conseguinte, o prosseguimento da ação de execução da referida pena pecuniária, nos autos do processo nº 1011379-53.2022.8.26.0032, nos seus regulares e ulteriores termos.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI

DESEMBARGADORA RELATORA

Assinatura Eletrônica
(art. 1º, § 2º, III, da Lei nº 11.419/2006)



Voto nº 23249

Agravo de Execução Penal nº 0008200-60.2024.8.26.0032

Comarca: Araçatuba

Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Agravado: Erica Rosaria de Almeida

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Com a devida vênia, respeitado o entendimento da douta maioria, seria caso de negar provimento ao recurso ministerial, para manter a r. decisão copiada às fls. 13/15, que julgou extinta a pena de multa imposta à agravada Erica Rosária de Almeida, *“com fundamento no art. 107, II, do Código Penal, cumulado com o art. 2º, X, do Decreto nº 11.846, de 22 de dezembro de 2023”*.

Consta dos autos do processo de execução da pena de multa nº 1011379-53.2022.8.26.0032 que a agravada foi condenada como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, que resultou em **R\$ 15.253,33** (fls. 14/16).

Em 23/08/2024, o MM. Juízo julgou extinta a pena de multa imposta à agravada, nos seguintes termos:

“Vistos.

Trata-se de execução de pena de multa.

Com o advento do Decreto 11.846/2023, restou estabelecido que:

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;(...).

O artigo 1º do referido decreto, por seu turno, dispõe sobre as vedações à concessão do indulto, estabelecendo rol de crimes impeditivos.

No caso vertente, a multa foi aplicada nos autos do processo nº 1501110-62.2021.8.26.0603, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Tal condenação não está listada no rol estabelecido no artigo 1º do referido decreto.

O valor da multa atualizado, por sua vez, corresponde à quantia de R\$ 16.919,62 (DEZESSEIS MIL E NOVECENTOS E DEZENOVE REAIS E SESSENTA E DOIS CENTAVOS), valor esse que não supera o mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, que atualmente corresponde à quantia de R\$ 20.000,00, conforme disposto na Portaria nº 75/12 do Ministério da Fazenda, que trata da inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, cumulada com a Portaria 130/12.

Desta feita, o sentenciado preenche todos os requisitos estabelecidos no Decreto nº. 11.846/2023 e pode ser beneficiado com o indulto da pena de multa outrora aplicada em seu desfavor.

Ante o exposto, declaro extinta a punibilidade e, via de consequência, JULGO EXTINTA A PENA DE MULTA imposta ao sentenciado Erica Rosaria de Almeida, qualificado nos autos, no processo de conhecimento nº, da, com fundamento no art. 107, II, do Código Penal, cumulado com o art. 2º, X, do Decreto Nº 11.846, de 22 de dezembro de

2023” (sic, fls. 22/24).

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

Dispõem os artigos 1º e 2º 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. 2º. Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e migrantes:

I - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, por crime praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa, não substituída por restritivas de direitos ou por multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2023, um quarto da pena, se não

reincidentes, ou um terço da pena, se reincidentes;

No caso dos autos, verifica-se que a condenação da agravada se fundamenta 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.

Por outro lado, é de conhecimento geral que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS¹, 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 criminosa.

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*

¹ “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 nº 118.533, Rel. Cármen Lúcia, j. em 23/6/2016).

Tribunal de Justiça cancelou a Súmula nº 512², 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

² Tese fixada: “O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo.”

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.” (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, “*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 Executivo³.

Isso porque, o instituto do indulto tem como fundamento os artigos 84⁴, inciso XII⁵, da Constituição Federal, 107⁶, inciso II⁷, 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, Júlio 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).

³ STF, HC nº 90.364, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/10/2007; HC nº 114.664, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 0505/2015; Pet nº 6341/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, monocrática j. 17/02/2023

⁴ Art. 84: Compete privativamente ao Presidente da República:

⁵ XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

⁶ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

⁷ II - pela anistia, graça ou indulto;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso ministerial.

Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
3º Juiz vencido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	14	Acórdãos Eletrônicos	CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI	29ECB6E8
15	24	Declarações de Votos	MAURICIO HENRIQUE GUIMARAES PEREIRA FILHO	2A9236CE

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0008200-60.2024.8.26.0032 e o código de confirmação da tabela acima.