



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 878816 - SP (2023/0459305-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : EDSON SOARES NERI (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEANDRO DE COL LOSS - DEFENSOR PÚBLICO - PR059273
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. IMPUGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º REJEITADA. CONDENAÇÃO POR UM ÚNICO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO NA AÇÃO PENAL. INDULTO CONCEDIDO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO, COM BASE NO DECRETO N. 11.302/2022. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL COATOR. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NATUREZA DO DELITO NÃO HEDIONDA. EXCEÇÃO À VEDAÇÃO DO INDULTO, PREVISTA NO ART. 7º, VI, DO DECRETO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na dicção do Supremo Tribunal Federal, a concessão de indulto natalino é um instrumento de política criminal e carcerária adotada pelo Executivo, com amparo em competência constitucional, e encontra restrições apenas na própria Constituição que veda a concessão de anistia, graça ou indulto aos crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e aos classificados como hediondos.

2. No julgamento da ADI 5.874, na qual se deliberava sobre a constitucionalidade do Decreto n. 9.246/2017, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, afirmou a “Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal”.

Secundando tal orientação, esta Corte vem entendendo que “O indulto é constitucionalmente considerado como prerrogativa do Presidente da República, podendo ele trazer no ato discricionário e privativo, as condições que entender cabíveis para a concessão do benefício, não se estendendo ao judiciário qualquer ingerência no âmbito de alcance da norma” (AgRg no HC n. 417.366/DF, relator Ministro Joel Ilan

Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 30/11/2017.).

3. Valendo-se de tais premissas, as mesmas razões de decidir que nortearam o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto 9.246/2017 se prestam, em princípio, a refutar a alegada inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022, tanto mais quando se sabe que a constitucionalidade da norma é presumida e que o próprio agravante admite que o art. 5º do Decreto 11.302/2022 não descumpriu os limites expressos no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Ademais, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.330, a par de não ter sido posta em questão a constitucionalidade do art. 5º do mencionado Decreto, a Presidente do STF, Mina. ROSA WEBER, em decisão de 16/01/2023, deferiu o pedido de medida cautelar “para suspender, até a análise da matéria pelo eminente Relator, após a abertura do Ano Judiciário e *ad referendum* do Plenário desta Corte, (i) a expressão no momento de sua prática constante da parte final do art. 6º, *caput*, do Decreto Presidencial 11.302/2022 e (ii) o § 3º do art. 7º do Decreto Presidencial 11.302/2022”.

De se pontuar, também, que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.390, na qual foi questionada a constitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022, ainda não houve deliberação sobre o pedido de liminar, estando os autos conclusos ao Relator desde 28/09/2023.

4. O art. 7º, inciso VI, do Decreto 11.302/2022, excetuou expressamente a figura do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006) do rol dos crimes não abrangidos pelo indulto, conforme transcrito: Art. 7º O indulto natalino concedido nos termos do disposto neste Decreto não abrange os crimes:(...) VI - tipificados no caput e no § 1º do art. 33, exceto na hipótese prevista no § 4º do referido artigo, no art. 34 e no art. 36 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

5. *"A interpretação de que o art. 7º, VI, parte final, excepciona a regra geral estabelecida no art. 5º, do Decreto n. 11.302/2022, vem ao encontro da jurisprudência desta Corte Superior que já admitia a concessão do indulto presidencial a condenados pelo cometimento do delito de tráfico privilegiado"* (AgRg no HC n. 820.560/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023.). Precedentes.

6. No caso, o executado fora condenado por incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, delito este de tráfico privilegiado, abrangido pelo Decreto n. 11.302 de 22 de dezembro de 2022, em seu art. 7º, inciso VI, como passível de concessão do indulto, não subsistindo o requisito objetivo da pena máxima em abstrato invocado pelas instâncias ordinárias como óbice à indulgência (art. 5º do mesmo Decreto).

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 878816 - SP (2023/0459305-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : EDSON SOARES NERI (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEANDRO DE COL LOSS - DEFENSOR PÚBLICO - PR059273
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. IMPUGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º REJEITADA. CONDENAÇÃO POR UM ÚNICO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO NA AÇÃO PENAL. INDULTO CONCEDIDO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO, COM BASE NO DECRETO N. 11.302/2022. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL COATOR. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NATUREZA DO DELITO NÃO HEDIONDA. EXCEÇÃO À VEDAÇÃO DO INDULTO, PREVISTA NO ART. 7º, VI, DO DECRETO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na dicção do Supremo Tribunal Federal, a concessão de indulto natalino é um instrumento de política criminal e carcerária adotada pelo Executivo, com amparo em competência constitucional, e encontra restrições apenas na própria Constituição que veda a concessão de anistia, graça ou indulto aos crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e aos classificados como hediondos.

2. No julgamento da ADI 5.874, na qual se deliberava sobre a constitucionalidade do Decreto n. 9.246/2017, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, afirmou a “Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal”.

Secundando tal orientação, esta Corte vem entendendo que “O indulto é constitucionalmente considerado como prerrogativa do Presidente da República, podendo ele trazer no ato discricionário e privativo, as condições que entender cabíveis para a concessão do benefício, não se estendendo ao judiciário qualquer ingerência no âmbito de alcance da norma” (AgRg no HC n. 417.366/DF, relator Ministro Joel Ilan

Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 30/11/2017.).

3. Valendo-se de tais premissas, as mesmas razões de decidir que nortearam o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto 9.246/2017 se prestam, em princípio, a refutar a alegada inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022, tanto mais quando se sabe que a constitucionalidade da norma é presumida e que o próprio agravante admite que o art. 5º do Decreto 11.302/2022 não descumpriu os limites expressos no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Ademais, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.330, a par de não ter sido posta em questão a constitucionalidade do art. 5º do mencionado Decreto, a Presidente do STF, Mina. ROSA WEBER, em decisão de 16/01/2023, deferiu o pedido de medida cautelar “para suspender, até a análise da matéria pelo eminente Relator, após a abertura do Ano Judiciário e *ad referendum* do Plenário desta Corte, (i) a expressão no momento de sua prática constante da parte final do art. 6º, *caput*, do Decreto Presidencial 11.302/2022 e (ii) o § 3º do art. 7º do Decreto Presidencial 11.302/2022”.

De se pontuar, também, que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.390, na qual foi questionada a constitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022, ainda não houve deliberação sobre o pedido de liminar, estando os autos conclusos ao Relator desde 28/09/2023.

4. O art. 7º, inciso VI, do Decreto 11.302/2022, excetuou expressamente a figura do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006) do rol dos crimes não abrangidos pelo indulto, conforme transcrito: Art. 7º O indulto natalino concedido nos termos do disposto neste Decreto não abrange os crimes:(...) VI - tipificados no caput e no § 1º do art. 33, exceto na hipótese prevista no § 4º do referido artigo, no art. 34 e no art. 36 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

5. *"A interpretação de que o art. 7º, VI, parte final, excepciona a regra geral estabelecida no art. 5º, do Decreto n. 11.302/2022, vem ao encontro da jurisprudência desta Corte Superior que já admitia a concessão do indulto presidencial a condenados pelo cometimento do delito de tráfico privilegiado"* (AgRg no HC n. 820.560/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023.). Precedentes.

6. No caso, o executado fora condenado por incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, delito este de tráfico privilegiado, abrangido pelo Decreto n. 11.302 de 22 de dezembro de 2022, em seu art. 7º, inciso VI, como passível de concessão do indulto, não subsistindo o requisito objetivo da pena máxima em abstrato invocado pelas instâncias ordinárias como óbice à indulgência (art. 5º do mesmo Decreto).

7. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisão monocrática de minha lavra que concedeu a ordem de ofício para restabelecer a decisão do Juízo de Execução que concedera o indulto do Decreto n. 11.302/2022 em relação à pena imposta a EDSON SOARES NERI por tráfico

privilegiado na ação penal n. 1501754-17.2018.8.26.0536 (referente à PEC n. 0001939-26.2023.8.26.0158), único delito pelo qual cumpria a pena, declarando extinta a punibilidade da pena privativa de liberdade.

No presente recurso, o *Parquet* estadual sustenta a necessidade de reforma da decisão, aos seguintes argumentos:

1 – O artigo 5º do Decreto nº 11.302/2022 é inconstitucional, pois deixou de exigir lapso temporal mínimo de cumprimento de pena, bem como excluiu os requisitos de ordem pessoal usualmente exigidos para a concessão da benesse, o que fere regras e princípios constitucionais, que asseguram a individualização da pena e o direito à segurança pública, ferindo, ainda, critérios de proporcionalidade e de isonomia, dando proteção deficiente aos bens jurídicos tutelados na legislação penal e à própria segurança da sociedade.

Argumenta, no ponto, que a previsão do referido artigo é “genérica, abstrata e contraria aos princípios constitucionais e legais. A concessão, tal como prevista, é excessivamente abrangente, sem condições específicas, não exige qualquer pressuposto e é aplicável a um número indeterminado de condenados, independentemente de suas condições pessoais – tais como primariedade e reincidência. Ora, mais de uma centena de crimes, somente do Código Penal, possuem em seu preceito secundário pena não superior a cinco anos (furto simples, estelionato, apropriação indébita, calúnia, injúria, difamação, dano, associação criminosa, falsidade ideológica, desacato etc.), sem contar com as legislações esparsas (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, embriaguez ao volante). E, cerca de mais de 50% (cinquenta por cento) dos detentos atualmente devem ter condenação por pelo menos um desses crimes” (e-STJ fl. 87).

Afirma, ainda, que o indulto previsto no mencionado artigo criaria uma situação similar a uma *abolitio criminis* temporária, com marco em 25/12/2022, que fere o princípio da isonomia, por discriminar os condenados pelo mesmo crime sentenciados no dia seguinte.

Alega que “o princípio da proporcionalidade é afrontado pelo referido dispositivo do Decreto, porquanto há excesso irrazoável e injustificável na concessão da benesse, extinguindo-se a proteção do bem jurídico, uma vez que não se exige o cumprimento de qualquer parcela da pena, estando o sentenciado apenas submetido aos efeitos penais secundários, cabendo ao Poder Judiciário, então, assegurar os direitos do sentenciado, mas também da sociedade” (e-STJ fl. 91).

Lembra que a constitucionalidade do art. 5º do Decreto n. 11.302/2022 foi questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.390, protocolizada em 22/05/2023, na qual se alega violação dos arts. 1º, I e II; 22; 5º, 'caput', LIV e §§ 2º e 32; 6º, 'caput'; e 144 da Constituição Federal, bem como do art. 7º do ADCT à CF/1988.

2 – Ainda que se repute constitucional o citado dispositivo do decreto de indulto, “a pena máxima em abstrato ultrapassou o limite de 5 anos previsto no artigo 5º do Decreto, faltando, assim, requisito objetivo para a concessão do indulto” (e-STJ fl. 92).

Pede, assim, “seja conhecido e provido este agravo regimental a fim de que, *incidenter tantum*, seja declarada a inconstitucionalidade art. 5º do Decreto nº 11.302/2022, e, no mais, a reforma da decisão agravada e o restabelecimento das decisões denegatórias de indulto ao paciente” (e-STJ fl. 92).

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo.

Entretanto, o recurso não autoriza provimento.

Da alegação de inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022

Observo, inicialmente, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que "a análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Carta Magna. Inviável, assim, o exame de ofensa a dispositivos e princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência reservada à Corte Suprema" (AgRg no REsp 1.651.550/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017).

Isso posto, lembro que, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a concessão de indulto natalino é um instrumento de política criminal e carcerária adotada pelo Executivo, com amparo em competência constitucional, e encontra restrições apenas na própria Constituição que veda a concessão de anistia, graça ou indulto aos crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e aos classificados como hediondos.

Destaco, sobre o tema, a manifestação da Corte Suprema, ao examinar a constitucionalidade do Decreto n. 9.246/2017, quando do julgamento da ADI n. 5.874,

cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. INDULTO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, ART. 84, XII) PARA DEFINIR SUA CONCESSÃO A PARTIR DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. PODER JUDICIÁRIO APTO PARA ANALISAR A CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO, SEM ADENTRAR NO MÉRITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais.

2. Compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes.

4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da clementia principis, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 5874, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 04-11-2020 PUBLIC 05-11-2020) – negritei.

Transcrevo, a propósito, algumas das ponderações formuladas pelos ilustres Ministros que participaram do julgamento, resumidas em notícia veiculada na página do STF, em 09/05/2019:

STF declara constitucionalidade de decreto de indulto natalino de 2017

Por 7 votos a 4, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, na sessão desta quinta-feira (9), a constitucionalidade do decreto de indulto natalino de 2017, assinado pelo então presidente da República Michel Temer, e o direito de o chefe do Poder Executivo Federal, dentro das hipóteses legais, editar decreto concedendo o benefício. A decisão foi tomada no julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5874, ajuizada pela procuradora-geral da República, Raquel Dodge.

O Decreto 9.246/2017 começou a ser analisado pelo Plenário em novembro de 2018, quando o relator, ministro Roberto Barroso, votou pela procedência parcial da ação. Ele se pronunciou no sentido de excluir do âmbito de incidência do indulto natalino os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações e os crimes de

lavagem de dinheiro. O ministro também entendeu ser inconstitucional o dispositivo que estende o perdão à pena de multa, por clara ausência de finalidade constitucional, salvo em casos em que ficar demonstrada a extrema insuficiência de recursos do condenado. O relator **foi acompanhado pelo ministro Edson Fachin.**

Ato privativo

Na ocasião, a **divergência – que acabou vencedora no julgamento –** foi inaugurada pelo **ministro Alexandre de Moraes**, que votou pela improcedência da ADI e lembrou que o indulto é uma tradição no Brasil. Segundo ele, **a concessão de indulto, prevista no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, é ato privativo do presidente da República e não fere o princípio da separação de Poderes.** O ministro explicou que existem **limites à discricionariedade do chefe do Poder Executivo.** O presidente não pode, por exemplo, assinar ato de clemência em favor de extraditando, por exemplo, uma vez que o objeto do instituto alcança apenas delitos sob a competência jurisdicional do Estado brasileiro, ou **conceder indulto no caso de crimes hediondos, como tortura, terrorismo e tráfico de entorpecentes.**

Segundo o ministro Alexandre, **se o presidente da República editou o decreto dentro das hipóteses legais e legítimas, mesmo que não se concorde com ele, não se pode adentrar o mérito dessa concessão. “O ato está vinculado aos ditames constitucionais, mas não pode o subjetivismo do chefe do Poder Executivo ser trocado pelo subjetivismo do Poder Judiciário”,** ressaltou. Acompanharam a divergência, naquela sessão, a ministra Rosa Weber e os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

O julgamento havia sido suspenso por pedido de vista do ministro Luiz Fux, que apresentou seu voto na sessão desta quinta-feira (9) no sentido da procedência parcial da ação, acompanhando o relator, por entender que cabe ao Judiciário adaptar a sanção ao caso concreto, de forma que ela não seja excessiva ou insuficiente. Segundo seu entendimento, a redução indiscriminada e arbitrária da pena por obra de decreto concessivo de caráter geral é atentatória ao princípio democrático e da separação de Poderes, por usurpar o poder do Judiciário de definir a reprimenda penal.

Na sequência, votaram a ministra Cármen Lúcia, acompanhando o relator, e o presidente, ministro Dias Toffoli, que se alinhou à corrente majoritária. (negritei)

Secundando tal orientação, esta Corte vem entendendo que “O indulto é constitucionalmente considerado como prerrogativa do Presidente da República, podendo ele trazer no ato discricionário e privativo, as condições que entender cabíveis para a concessão do benefício, não se estendendo ao judiciário qualquer ingerência no âmbito de alcance da norma” (AgRg no HC n. 417.366/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 30/11/2017.).

Valendo-se de tais premissas, as mesmas razões de decidir que nortearam o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto 9.246/2017 se prestam, em princípio, a refutar a alegada inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022, tanto mais quando se sabe que a constitucionalidade da norma é presumida e que o próprio agravante admite que o art. 5º do Decreto 11.302/2022 não descumpriu os limites expressos no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Ademais, como bem observou o próprio Ministério Público estadual nas razões do regimental, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.330 foram apontados como inconstitucionais, pelo Procurador-Geral da República, apenas o art. 6º, *caput* e parágrafo único, e o art. 7º, § 3º, do Decreto Presidencial n. 11.302/2022. E a Presidente do STF, Mina. ROSA WEBER, em decisão de 16/01/2023, deferiu o pedido de medida cautelar “para suspender, até a análise da matéria pelo eminente Relator, após a abertura do Ano Judiciário e *ad referendum* do Plenário desta Corte, (i) a expressão no momento de sua prática constante da parte final do art. 6º, *caput*, do Decreto Presidencial 11.302/2022 e (ii) o § 3º do art. 7º do Decreto Presidencial 11.302/2022”.

Ademais, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.390 ainda não houve deliberação sobre o pedido de liminar, estando os autos conclusos ao Relator desde 28/09/2023.

Nessa linha, não há como se dar guarida à alegação ministerial de que o Decreto presidencial que concede indulto deveria observar os requisitos de ordem pessoal usualmente exigidos para a concessão da benesse (tais como primariedade e reincidência). Isso porque tal requisito não encontra amparo em previsão constitucional. Ademais, esta Corte, em mais de uma ocasião, já afirmou que “O decreto presidencial que concede indulto ou comutação de pena tem amparo em preceito constitucional (art. 84, XII, da CF) e por isso se sobrepõe, no ponto, às exigências previstas na Lei de Execuções Penais para a progressão de regime” (Rcl n. 37.592/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 22/5/2019, DJe de 30/5/2019).

Por todas essas razões, não há como se acolher a alegação de inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto n. 11.302/2022.

Do mérito

No mérito, não obstante os esforços do agravante, não constato elementos suficientes para reconsiderar a decisão agravada, que assim se manifestou sobre a controvérsia:

Busca-se, no presente habeas corpus, seja o paciente agraciado com o indulto previsto no Decreto Presidencial n. 11.302/2022, pelo crime de tráfico privilegiado, em relação ao qual lhe foi imposta, na ação penal n. 1501754-17.2018.8.26.0536, a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e no qual foi considerado primário.

Inicialmente, deve ser ressaltado que A concessão de indulto ou comutação da pena é ato de indulgência do Presidente da República, condicionado ao cumprimento, pelo apenado, das exigências taxativas previstas no decreto de regência (AgRg no HC n. 714.744/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz,

Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022.).

No caso concreto, o Tribunal de Justiça cassou o indulto concedido pelo Juízo de Execução, aos seguintes fundamentos:

Cuida-se de sentenciado que desconta pena corporal de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (fls. 07/09). Ora, como acertadamente mencionado pelo recorrente, ao artigo 33 da Lei de Drogas, é cominada pena máxima em abstrato de reclusão de 15 (quinze) anos, enquanto o 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, prevê tão somente causa de diminuição de pena - não se tratando, assim, de tipo penal autônomo -, estabelecendo que, uma vez preenchidos determinados requisitos, a pena será reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Desta forma, partindo-se da pena máxima cominada em abstrato, 15 (quinze) anos, e abatida a fração mínima de 1/6 (um sexto), atinge-se o montante de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, o que em muito supera o patamar estabelecido no artigo 5º do Decreto 11.302/2022, que prevê a possibilidade de concessão de indulto às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a 5 (cinco) anos.

(...)

Como se vê, preservado o posicionamento da douta Magistrada de primeiro grau, a decisão agravada não se mostra correta, impondo-se a sua cassação.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo ministerial, para cassar a decisão recorrida.

(e-STJ fls. 11/13)

Constata-se, assim, que o Tribunal de Justiça entendeu por cassar o indulto concedido pelo Juízo de Execução, com fundamento na não satisfação de requisito objetivo, qual seja, a quantidade da pena máxima em abstrato cominada ao delito de tráfico de drogas, com fundamento no art. 5º do Decreto nº 11.302 de 22 de dezembro de 2022, que assim dispõe:

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

*Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, **individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal.***

Todavia, examinando os autos, verifica-se a existência de constrangimento ilegal em desfavor da ora paciente, uma vez que o art. 7º, inciso VI, do referido Decreto, excetuou expressamente a figura do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006) do rol dos crimes não abrangidos pelo indulto, conforme abaixo transcrito:

*Art. 7º O indulto natalino concedido nos termos do disposto neste Decreto **não abrange os crimes:***

(...)

*VI - tipificados no caput e no § 1º do art. 33, **exceto na hipótese prevista no § 4º do referido artigo, no art. 34 e no art. 36 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;***

Assim, tendo em vista que, na hipótese, conforme se depreende do acórdão ora impugnado, o paciente encontra-se condenado por incurso no artigo 33, “caput”, c. c. o § 4º, da Lei n. 11.340/06, delito este (tráfico privilegiado) abrangido pelo Decreto nº 11.302 de 22 de dezembro de 2022, em seu art. 7º,

inciso VI, como passível de concessão do indulto, não subsiste o requisito objetivo da pena máxima em abstrato invocado pelas instâncias ordinárias como óbice à indulgência (art. 5º do mesmo Decreto).

Nesse sentido, mutatis mutandis:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MODALIDADE PRIVILEGIADA DO DELITO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ENTENDIMENTO DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. INDULTO. DECRETO N. 9.246/2017. FLAGRANTE ILEGALIDADE NO INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I – (...).

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. 11.343/2006.

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".

IV - No caso, está configurado o constrangimento ilegal, uma vez que as instâncias de origem indeferiram o indulto ao paciente com base no Decreto n. 9.246/2017, não obstante tenha sido condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o d. Juízo das execuções analise o pedido de indulto, com base no Decreto n. 9.246/2017, afastando o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para todos os fins.

(HC n. 556.273/SP, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 20/2/2020, DJe de 3/3/2020.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. DECRETO N. 8.615/15. TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. (...).

2. O acórdão impugnado está em dissonância com o entendimento desta Corte que o menor grau de reprovabilidade do crime de tráfico de drogas na forma privilegiada permite a concessão do benefício do indulto a condenados por tal infração penal.

3. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais examine o pedido da paciente consoante disciplina o Decreto Presidencial n. 8.615/15 e a jurisprudência desta Corte.

(HC n. 522.037/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 26/8/2019.)

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.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

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".

IV - No caso, está configurado o constrangimento ilegal, uma vez que o eg. Tribunal a quo cassou o indulto concedido ao paciente com base no Decreto Presidencial n. 8.615/2015, não obstante tenha sido condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes na sua forma privilegiada.

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 n. 477.280/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/2/2019, DJe de 26/2/2019.)

Tenho, ademais, que a interpretação do Decreto presidencial efetuada pelo Tribunal de Justiça reafirma, de forma reflexa, o caráter hediondo do tráfico privilegiado, para fins de indulto, o que foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, como destacado nos precedentes desta Corte anteriormente colacionados.

Portanto, na espécie, em se tratando de tráfico privilegiado, constata-se ilegalidade na invocação do art. 5º do Decreto nº 11.302/2022 como impeditivo à concessão do indulto.

Observe, por fim, que, examinando controvérsia em tudo semelhante à posta nos autos, já tive oportunidade de decidir no mesmo sentido no HC 858.893/SP, DJe de 06/10/2023, no HC 851.239/SC, DJe de 05/09/2023, no HC 833.433/SP, DJe de 29/06/2023 e no HC 812.343/SP, DJe de 03/04/2023. Também foi adotada idêntica interpretação das regras do Decreto em questão no HC 820.560/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe de 02/06/2023, no HC 832.759/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe de 23/06/2023.

*Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, não conheço do habeas corpus, mas **concedo a ordem, de ofício**, para restabelecer a decisão do Juízo de Execução que concedera o indulto do Decreto n. 11.302/2022 em relação à pena imposta ao paciente por tráfico privilegiado na ação penal n. 1501754-17.2018.8.26.0536.*

(e-STJ fls. 65/69)

Saliento, por pertinente, que esta mesma orientação tem sido adotada em outros julgados desta Corte, como se vê, entre outros, dos seguintes, que cito a título de exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. DECRETO PRESIDENCIAL N. 11.302/2022. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, NA MODALIDADE PRIVILEGIADA. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE NO INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. In casu, trata-se de reeducando condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, na modalidade privilegiada.

2. Embora a pena máxima em abstrato para o delito em questão seja superior a 5 anos - art. 5º do Decreto Presidencial n. 11.302/2022, deve-se atentar para a permissão contida na parte final do inciso VI do artigo 7º da norma.

3. A interpretação de que o art. 7º, VI, parte final, excepciona a regra geral estabelecida no art. 5º, do Decreto n. 11.302/2022, vem ao encontro da jurisprudência desta Corte Superior que já admitia a concessão do indulto presidencial a condenados pelo cometimento do delito de tráfico privilegiado. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 820.560/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. INDULTO. DECRETO N. 11.302/2022. CONDENADO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º E 7º DO ATO PRESIDENCIAL.

1. O Decreto n. 11.302/2022 concede indulto natalino: (a) aos acometidos por paraplegia, tetraplegia ou cegueira, doença grave permanente, que imponha severa limitação de atividade e exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, como neoplasia maligna ou síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids), em estágio terminal; (b) aos agentes públicos que compõem o Sistema Único de Segurança Pública condenados por excesso culposo, por crime culposo; (c) aos militares das Forças Armadas, em operações de Garantia da Lei e da Ordem, condenados por excesso culposo; (d) aos maiores de 70 anos de idade que tenham cumprido pelo menos 1/3 da pena e (e) aos condenados por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

2. De acordo com o art. 7º do ato Presidencial, o indulto natalino não abrange os crimes tipificados no caput e no § 1º do art. 33, exceto na hipótese prevista no § 4º do referido artigo, no art. 34 e no art. 36 da Lei n. 11343/2006. E o art. 5º, caput, estabelece que "[s]erá concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos".

3. Referidos dispositivos devem ser interpretados no sentido de que o art. 7º, VI, parte final, do Decreto n. 11.302/2022 excepciona a regra geral estabelecida no art. 5º do referido ato. Não faria sentido que o decreto excetuasse a vedação do benefício ao tráfico privilegiado e, contraditoriamente, obstasse sua aplicação com base na pena abstrata do tráfico simples. Se assim fosse, toda e qualquer condenação por crime de tráfico, com ou sem aplicação do redutor, não seria passível da concessão de indulto, fazendo letra morta ao dispositivo acima invocado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 818.978/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023.)

Na mesma linha, o HC n. 869.517/SP, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador convocado do TJDF), DJe de 20/12/2023.

Ante o exposto, **nego provimento** a este agravo regimental.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0459305-1

**AgRg no
HC 878.816 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00019392620238260158 00026728920238260158 15017541720188260536
1501754172018826053601 1501754172018826053603 19392620238260158
20230001009688 26728920238260158

EM MESA

JULGADO: 06/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEANDRO DE COL LOSS - DEFENSOR PÚBLICO - PR059273
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON SOARES NERI (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Extinção da Punibilidade - Indulto

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : EDSON SOARES NERI (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEANDRO DE COL LOSS - DEFENSOR PÚBLICO - PR059273
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.