Órgão	:	CÂMARA CRIMINAL
Classe	:	EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
N. Processo	:	**20150020197800EIR (0020047-04.2015.8.07.0000)**
Embargante(s)	:	FRANCISCO DAS CHAGAS BARROS DE SOUSA
Embargado(s)	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
Relator	:	Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA
Revisor	:	Desembargador SOUZA E AVILA
Acórdão N.	:	910435

E M E N T A

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. RÉU APENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INDULTO PLENO. DECRETO 8.380/2014. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO NÃO PROVIDO.
A Lei 8.072/90 - ao regulamentar o artigo 5º, inciso XLIII,da Constituição da República de 1988, e, levando em consideração a equiparação do delito de tráfico de drogas aos crimes de natureza hedionda - ao proibir a concessão do indulto, o fez de maneira absoluta e irrestrita, não tendo estabelecido qualquer exceção, nem mesmo quando for aplicada, em favor do condenado, a causa de diminuição de pena elencada no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, com a consequente aplicação do benefício da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, previsto no artigo 44 do Código Penal.
Assim, tem-se que os artigos 9º - que excepciona os incisos X, XI, XII e XIII do art. 1º - ambos do Decreto 8.380/2014, ao

permitirem a concessão de indulto pleno ao condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, que tenha sido beneficiado com a substituição da pena corporal por restritivas de direitos,afrontam o quanto disposto na CR/88 e na Lei 8.072/1990, não podendo sobre eles prevalecer, porquanto se trata de norma hierarquicamente inferior.

A C Ó R D Ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **CÂMARA CRIMINAL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **ROMÃO C. OLIVEIRA** - Relator, **SOUZA E AVILA** - Revisor, **JOÃO BATISTA TEIXEIRA** - 1º Vogal, **JESUINO RISSATO** - 2º Vogal, **CESAR LABOISSIERE** - 3º Vogal, **SANDOVAL OLIVEIRA** - 4º Vogal, **MARIO MACHADO** - 5º Vogal, **GEORGE LOPES** - 6º Vogal, **SANDRA DE SANTIS** - 7º Vogal, **ROBERVAL CASEMIRO BELINATI** - 8º Vogal, **JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA** - 9º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **HUMBERTO ULHÔA,** em proferir a seguinte decisão: **NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS. MAIORIA**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasilia(DF), 30 de Novembro de 2015.

Documento Assinado Eletronicamente
ROMÃO C. OLIVEIRA
Relator

R E L A T Ó R I O

Cuida-se de embargos infringentes interpostos por Francisco das Chagas Barros de Sousa, em face do v. acórdão de fls. 47/58.

Em suas razões (fls. 61/65), o embargante pugna pela prevalência do voto escoteiro, proferido pela em. Desembargadora Nilsoni de Freitas, para que seja concedido indulto pleno ao recorrente, condenado a pena de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão por incursão no crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

O parecer da Douta Procuradoria de Justiça é pelo conhecimento e não provimento dos embargos (fls. 68/77).

É o relatório.

V O T O S

V O T O S

O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA - Relator

O recurso interposto preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se conhece.

O ora recorrente foi condenado pela prática de crime previsto no artigo 33, § 4º, da LAD, a uma pena privativa de liberdade total de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos.

Pugna o embargante pela prevalência do voto minoritário, elaborado pela eminente Desembargadora Nilsoni de Freitas, na parte em que negou provimento ao recurso de agravo aviado pelo Ministério Público e manteve a concessão do indulto pleno, concedido pelo Juízo das Execuções, com base no Decreto 8.380/2014.

Argumenta-se que deve prevalecer o voto minoritário, ante o preenchimento de todos os requisitos expressamente previstos no Decreto 8.380/2014.

No que interessa ao deslinde da controvérsia, peço *venia* para transcrever trecho do voto prevalente, da lavra do eminente Desembargador Sandoval Oliveira, *verbis:*

> *(...) O douto juízo da causa entendeu inexistir óbice ao deferimento do indulto pleno aos condenados por tráfico de drogas, que pela aplicação da causa de diminuição de pena, obtiveram o beneplácito da substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direito e, ainda, que cumprido, até a data prevista, o quantum estabelecido no Decreto Presidencial.*
> *Todavia, assiste razão ao agravante.*
> *Verifica-se dos autos que o agravado foi condenado pela prática do crime de Tráfico de Entorpecentes e, em face da aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sua pena, fixada em 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, foi substituída por duas restritivas de direitos.*
> *No entanto, as causas de diminuição da reprimenda não se prestam a alterar a tipificação do delito. Sob esse prisma, forçoso reconhecer que o*

benefício aludido não tem o condão de desfigurar o grave ilícito, tampouco afastar o seu caráter hediondo.

No caso em apreço, o agravado recebeu a reprimenda pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei antidrogas, sendo, porém, contemplado com a mitigação contida no § 4º e, por último, beneficiado com a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal, o que, repita-se, não desnatura o delito. Quanto ao entendimento de que a diminuição da pena privativa de liberdade não influencia na tipificação original, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial repetitivo da controvérsia (REsp n. 1.329.088/RS), pacificou a questão, nos seguintes termos:

...

A Constituição Federal, ao considerar insuscetíveis de graça ou anistia os crimes hediondos e equiparados, veda também o deferimento do indulto aos condenados, uma vez que este equivale à graça.

Nesse sentido, vale colacionar o seguinte entendimento doutrinário, in verbis:

Tem a graça dois sentidos: um amplo e outro restrito. No primeiro, abrange a anistia e o indulto; no segundo, constitui medida de clemência como os outros dois. (p. 333)

Sendo o indulto parcial, incumbe-lhe ajustar a execução conforme tenha a pena sido reduzida ou comutada (Noronha, Edgard Magalhães, in Curso de Direito Processual penal, Saraiva. 6ª ed. p. 462)

O indulto equivale à graça. A diferença reside em que a graça é individual, e o indulto, coletivo (Feu Rosa, Antônio José, in Execução Penal. Ed. RT 1995, P. 431)

a concessão do indulto coletivo, assim como a do indulto individual (graça), já estava proibido no texto da Carta Magna.

Nem o disposto da Lei dos Crimes Hediondos é inconstitucional ao acrescentar o indulto, nem o dispositivo constitucional, omitindo-o, teria sido omisso" (Franco, Alberto Silva, in Crimes Hediondos - RT 664/268, 2ª ed. p. 59)

Destarte, não se mostra viável conferir tratamento diferenciado ao denominado "tráfico privilegiado", sob pena de violação ao ordenamento jurídico que, por opção do Poder Constituinte Originário, confere maior rigor na punição dos crimes hediondos e equiparados.

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal dispõe 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.

O artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990 determina que os crimes hediondos e os a eles equiparados, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

No mesmo sentido, dispõe a Lei 11.343/06, especificamente quanto ao crime pelo qual fora condenada o ora agravado, in verbis:

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.

De outro lado, o Decreto nº 8.380/2014, nos artigos 1º, inciso XIII, e 9º, § 1º, permite que os apenados com pena restritiva de direitos, ainda que pelo crime de tráfico de entorpecentes, sejam beneficiados com o indulto.

A toda evidência, há verdadeira antinomia entre o Decreto nº 8.380/2014 com as Leis nº 8.072/90 e 11.343/06 e a Constituição Federal, sendo que o primeiro, em razão da hierarquia das normas jurídicas, preconizada por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, não deve prevalecer.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.795 (20/06/2003), se manifestou pela inconstitucionalidade da norma que concede indulto ao apenado por tráfico de drogas, independentemente da pena aplicada.

...

Diante de tais considerações, não há dúvidas acerca da impossibilidade de concessão de indulto aos apenados por crimes hediondos ou equiparados, ainda que tenham sido beneficiados pela diminuição e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, CONHEÇO do presente Recurso de Agravo e a ele DOU PROVIMENTO para reformar a sentença e indeferir ao sentenciado indulto previsto no Decreto 8.380/2014. (...)" (fls. 48/54).

Vale destacar que, anteriormente, vinha me posicionando, em determinados casos concretos, no sentido de que a concessão de indulto pleno encontrava amparo nos dispositivos dos sucessivos Decretos Presidenciais que o permitiriam, de maneira absolutamente excepcional, aos condenados pelo crime de

tráfico de drogas que tenham sido beneficiados com a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou com a aplicação do *sursis* da pena, previsto no artigo 77 do Código Penal.

Contudo, passo, agora, a me filiar ao entendimento jurisprudencial atualmente perfilhado pelas Cortes Superiores, porquanto mais consentâneo com a intenção dos legisladores constituinte e ordinário.

Com efeito, a CR/88, em seu artigo 5º, inciso XLIII, determinou, 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".

Por sua vez, a Lei 8.072/90, ao regulamentar o dispositivo constitucional supracitado, previu, em seu artigo 2º, *caput*, inciso I, além da vedação de concessão da graça e anistia, a proibição do benefício de indulto em relação ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, *in verbis*:

> *Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:*
> *I - anistia, graça e indulto;*

Extrai-se, ainda, da leitura do dispositivo legal supratranscrito que o legislador ordinário - em atenção ao que prescreve a CR/88 e, levando em consideração a equiparação do delito de tráfico de drogas aos crimes de natureza hedionda - ao proibir a concessão do indulto, o fez de maneira absoluta e irrestrita, não tendo estabelecido qualquer exceção, nem mesmo quando for aplicada, em favor do condenado, a causa de diminuição de pena elencada no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, com a consequente aplicação do benefício da substituição da sanção corporal, ou da concessão do *sursis* da pena.

Assim, há de se concluir que o artigo 9º - que excepciona os incisos X, XI, XII e XIII do artigo 1º - ambos do Decreto 8.380/2014, afronta o quanto disposto na CR/88 e na Lei 8.072/1990, não podendo sobre eles prevalecer, porquanto se trata de norma hierarquicamente inferior.

Nesse mesmo sentido é o entendimento preconizado pelo excelso STF, conforme se observa dos precedentes abaixo colacionados:

Agravo regimental em habeas corpus. Ausência de impugnação específica do fundamento da decisão recorrida. Inadmissibilidade. ***Tráfico de drogas privilegiado. Artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Equiparação aos crimes definidos como hediondos. Indulto. Impossibilidade.*** *Agravo regimental não provido. 1. A agravante não impugnou, de forma específica, o fundamento da decisão com que se negou seguimento ao habeas corpus, limitando-se a reiterar os argumentos inicialmente postos na impetração, cujo conhecimento originário pela Suprema Corte não era admissível. Precedentes.* ***2. Aaplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não afasta a natureza hedionda do tráfico de drogas. Precedentes.*** *3. Agravo regimental não provido. (HC 114558 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2015 PUBLIC 08-04-2015);*

Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006). Condenação. Execução penal. 3. Sentenciada com deficiência visual. Pedido de concessão de indulto humanitário, com fundamento no art. 1º, inciso VII, alínea a, do Decreto Presidencial n. 6.706/2008. ***4. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da concessão de indulto a condenado por tráfico de drogas, independentemente da quantidade da pena imposta [ADI n. 2.795 (MC), Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 20.6.2003].*** *5. Vedação constitucional (art. 5º, inciso XLIII, da CF) e legal (art. 8º, inciso I, do Decreto n. 6.706/2008) à concessão do benefício. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (HC 118213, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014);*

Ementa: habeas corpus. ***Tráfico de drogas. Indulto. Impossibilidade. 1. A orientação jurisprudencial das Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não descaracteriza o delito de tráfico de drogas e, consequentemente, não afasta a equiparação aos crimes definidos como hediondos, estabelecida pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição. 2. O indeferimento de indulto à paciente, condenada por tráfico de drogas cometido após a vigência das Leis nº 8.072/1990, 8.930/1994, 9.695/1998, 11.464/2007 e 12.015/2009, está alinhado com a***

jurisprudência do Tribunal. *3. Ordem denegada. (HC 119578, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014);*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. ***2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação.*** *Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à indulgencia principis. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses. (ADI 2795 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 20-06-2003 PP-00056 EMENT VOL-02115-22 PP-04558 JBC n. 49, 2004, p. 87-90) (grifou-se)*

Nessa mesma esteira, os seguintes julgados do colendo STJ, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ***INDULTODO REMANESCENTE DAS PENAS IMPUTADAS À PACIENTE. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. HEDIONDEZ NÃO AFASTADA. VEDADA A CONCESSÃO DA BENESSE.*** *AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

1. O indulto é ato discricionário do Chefe de Estado, que define, no decreto

presidencial, todos os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a extinção da pena, o que importa dizer que não é possível ao julgador determinar novos requisitos para a concessão da benesse.

2. Segundo entendimento da Terceira Seção deste Superior Tribunal, consolidado no julgamento do REsp n. 1.329.088/RS, o tratamento mais brando dado àquele que é primário, sem antecedentes e que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa não descaracteriza a hediondez do delito.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 239.868/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015);

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ***TRÁFICODE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE CONCESSÃO DE INDULTO. IMPOSSIBILIDADE.*** *AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

1. Adecisão agravada está na mais absoluta consonância com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não retira a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, que é óbice absoluto à concessão de indulto.

2. E nesta ocasião, o agravante não traz argumento persuasivo o bastante para afastar com êxito o fundamento da decisão ora agravada, devendo, assim, ser mantida intacta pelos seus termos.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 549.959/MA, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 13/02/2015) (grifou-se)

Na mesma linha do entendimento das Cortes Superiores, cabe transcrever os seguintes precedentes exarados pelas 2ª e 3ª Turmas Criminais deste egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZ DAS EXECUÇÕES PENAIS QUE DEFERIU

O INDULTO DA PENA EM FAVOR DO SENTENCIADO. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE DE INDULTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inconstitucionalidade da concessão de indulto ao condenado por tráfico de drogas, independentemente do lapso temporal da condenação (ADI 2795 MC, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ de 20/06/2003).

2. Aaplicação da causa de diminuição ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não afastam a hediondez do crime de tráfico de drogas, sendo vedada a concessão de indulto aos condenados por tal crime.

3. Recurso de agravo conhecido e provido para reformar a decisão e indeferir o indulto ao sentenciado. (Acórdão n.893250, 20150020217922RAG, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 03/09/2015, Publicado no DJE: 15/09/2015. Pág.: 96);

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVADO CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA DE PRISÃO. SUBSTITUIÇÃO. DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONCESSÃO DE INDULTO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL.

1. Se o Decreto Presidencial prevê que o indulto não alcança condenados por crime de tráfico (artigo 33 da Lei 11.343/2006), não se pode estender a medida ao chamado tráfico privilegiado, pois esta causa de diminuição de pena não altera a tipificação do referido delito.

2. Em que pese o Decreto 8.380/2014 conceder indulto aos apenados com pena restritiva de direitos pelo crime de tráfico de entorpecentes, a Constituição Federal e as Leis 8.072/1990 e 11.343/2006 vedam a concessão do benefício nas hipóteses de crimes hediondos e os a eles equiparados.

3. Recurso conhecido e provido. (Acórdão n.890620, 20150020191699RAG, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 27/08/2015, Publicado no DJE: 01/09/2015. Pág.: 97)

Isto posto, não merece reproche o entendimento adotado pela

maioria, haja vista que lastreado em precedentes dos Tribunais Superiores, razão pela qual se nega provimento aos embargos infringentes.

E é o voto.

O Senhor Desembargador SOUZA E AVILA - Revisor

Conheço dos embargos infringentes, porque os pressupostos de admissibilidade estão configurados.

O embargante foi condenado a pena de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão pelo crime do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas com causa de aumento).

O *parquet* questionou a concessão do indulto ao condenado e a 3ª Turma Criminal desta Corte de Justiça, por maioria de votos, deu provimento ao seu recurso para reformar a decisão e indeferir o benefício por entender se tratar de crime hediondo, ainda que privilegiado, ao qual é vedado a concessão do benefício.

Em verdade, o tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo e, assim, é insuscetível de anistia, graça e indulto, conforme disposto no artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990, o qual se coaduna com o disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci,[1] o indulto não diverge de graça. Ambos constituem o mesmo instituto jurídico. Prova disso é que o artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, ao referir-se à competência do Presidente da República, menciona somente o indulto, que é o perdão, podendo realizar-se de forma individual (graça) e coletiva (indulto coletivo).

O indulto e a graça não diferem na essência, por se tratarem de clemência estatal, deferida a condenados criminalmente. Embora o texto constitucional tenha se referido, no inciso XLIII do artigo 5º, apenas ao termo graça, cabe, no caso, a interpretação extensiva, de modo que se deve entender incluída na hipótese legal, além da graça, o indulto.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990. Confira-se:

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. v. 1. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 399-400.

> *Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006). Condenação. Execução penal. 3. Sentenciada com deficiência visual. Pedido de concessão de indulto humanitário, com fundamento no art. 1º, inciso VII, alínea a, do Decreto Presidencial n. 6.706/2008.* ***4. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da concessão de indulto a condenado por tráfico de drogas, independentemente da quantidade da pena imposta*** *[ADI n. 2.795 (MC), Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 20.6.2003]. 5. Vedação constitucional (art. 5º, inciso XLIII, da CF) e legal (art. 8º, inciso I, do Decreto n. 6.706/2008) à concessão do benefício. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.*(STF. HC nº 118.213/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 6/5/2014 e publicado no DJE-149, divulgado em 1º/8/2014 e publicado em 4/8/2014 - grifo nosso)

De outro lado, o fato de o sentenciado ter sido favorecido com a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 e ter a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos não desnatura o crime de tráfico de drogas, tampouco lhe retira sua natureza de delito equiparado a hediondo, de modo que a concessão do indulto também não se afigura possível. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, *in verbis*:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INDULTO DO REMANESCENTE DAS PENAS IMPUTADAS À PACIENTE. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. HEDIONDEZ NÃO AFASTADA. VEDADA A CONCESSÃO DA BENESSE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. O indulto é ato discricionário do Chefe de Estado, que define, no decreto presidencial, todos os requisitos objetivos e*

subjetivos necessários para a extinção da pena, o que importa dizer que não é possível ao julgador determinar novos requisitos para a concessão da benesse.

2. Segundo entendimento da Terceira Seção deste Superior Tribunal, consolidado no julgamento do REsp n. 1.329.088/RS, o tratamento mais brando dado àquele que é primário, sem antecedentes e que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa não descaracteriza a hediondez do delito.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 239.868/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015 - grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE CONCESSÃO DE INDULTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Adecisão agravada está na mais absoluta consonância com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não retira a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, que é óbice absoluto à concessão de indulto.

2. E nesta ocasião, o agravante não traz argumento persuasivo o bastante para afastar com êxito o fundamento da decisão ora agravada, devendo, assim, ser mantida intacta pelos seus termos.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 549.959/MA, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 13/02/2015 - grifo nosso)

De igual modo esta Corte já decidiu:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INDULTO PLENO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ÀS LEIS 8.072/90 E 11.343/2006. DESNECESIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXISTÊNCIA DE DECISÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal já declarou que é inconstitucional a concessão de indulto a condenado por tráfico de drogas. (ADI n. 2.795/MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 20.6.2003) e o mesmo entendimento vem sendo perfilhado pelo c. Superior Tribunal de Justiça.

2. A aplicação da causa redutora prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da LAT e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não alteram a tipificação da conduta do agente, não constituindo delitos autônomos, tampouco retiram sua hediondez - já que o agente continua incurso na prática do delito de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33 da mesma Lei, ao qual a concessão de indulto é vedada.

3. Muito embora o Decreto nº 8.172/2013, em seu art. 1º, caput, inciso XIII c/c art. 9º, parágrafo único, conceda indulto aos apenados com pena restritiva de direitos pelo crime de tráfico de entorpecentes, a Constituição Federal, a Lei nº 8.072/1990 e a Lei 11.343/06, expressamente vedam a concessão de tal benefício no caso de condenação pelo referido delito.

4. Considerando a existência de decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, dispensável a instauração do incidente de inconstitucionalidade.

5. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n.899036, 20150020227329RAG, Relator: CESAR

LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 08/10/2015, Publicado no DJE: 14/10/2015. Pág.: 87 - grifo nosso)

Nesse diapasão, a competência privativa do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas (art. 84, XII) não pode ser exercida em descompasso com as normas constitucionais. Ressalte-se que o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990 apenas reprisou aquilo que a Constituição já consignou no artigo 5º, inciso XLIII. De forma que aos crimes hediondos e equiparados é vedada a concessão do indulto, da graça e da anistia, qualquer que seja a natureza ou o *quantum* da pena.

Com isso, a Chefe do Poder Executivo Federal não observou norma de estatura constitucional que veda a concessão do indulto aos crimes de tráfico de drogas ao editar a norma-regra da parte final do parágrafo único do artigo 9º do Decreto nº 8.380/2014, que ressalva a vedação dos incisos do *caput*, harmoniosas com a Carta Maior, às pessoas que, embora condenadas pelos delitos ali especificados, tenham obtido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

É imperioso salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2795 manifestou pela impossibilidade de concessão do indulto a condenados por tráfico de drogas, mesmo que respaldada por decreto presidencial concessivo dessa espécie de *clementia principis*.

Mais recentemente, os órgãos fracionários da Suprema Corte têm mantido o mesmo entendimento, no sentido de que é incabível a concessão do indulto aos sentenciados por tráfico de drogas. Precedentes: HC 119578 e HC 118213.

As Turmas Criminais desta Corte de Justiça vêm se posicionando em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa dos Acórdão n.897776, 20150020211890RAG, 1ª Turma Criminal; Acórdão n.863631, 20150020076888RAG, 2ª Turma Criminal; Acórdão n.890619, 20150020193077RAG, 3ª Turma Criminal.

Destarte, com a devida vênia ao Desembargador prolator do voto vencido, considero que os votos vencedores deram melhor solução ao contexto fático apresentado, razão pela qual devem prevalecer.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

O Senhor Desembargador JOÃO BATISTA TEIXEIRA - Vogal

Dou provimento.

Entendo que a lei excepciona, e haveremos de cumprir a lei.

O Senhor Desembargador JESUÍNO RISSATO - Vogal

Voto com a divergência.

O Senhor Desembargador CÉSAR LOYOLA - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador MARIO MACHADO - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador JOÃO TIMÓTEO - Vogal

Senhor Presidente, dou provimento, com os mesmos fundamentos já expostos pela Desembargadora prolatora do voto minoritário.

D E C I S Ã O

NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS. MAIORIA