RECURSO ESPECIAL nº 1774464 - SP (2018/0277231-1)
RELATOR : MIN. ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MULLER RICARDO BEZERRA DA SILVA
ADVOGADO : MARIA ELISABETH MARTINS SCARPA E OUTRO(S) - SP269410

DECISÃO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça daquele estado** no Agravo em Execução Penal n. 0000612-05.2016.8.26.015.

Nesta Corte, o *Parquet* estadual aponta violação do art. 9º, II, do Decreto Presidencial n. 8.615/2015, além de divergência jurisprudencial, ao argumento de que o referido dispositivo legal "vedou expressamente a concessão de indulto aos que cometeram os crimes previstos nos artigos 33, § 1º, 34, 35, 36 e 37, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006" (fl. 1.125).

Requer o restabelecimento da decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de indulto das penas do recorrido relativas à sua condenação pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

O recurso foi admitido à fl. 1.174, e a defesa do réu não apresentou contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se "pelo provimento do recurso especial ministerial, a fim de que seja restabelecida a sentença de primeira instância, indeferindo-se o indulto à pena decorrente do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/06" (fl. 1.211).

Decido.

I. Admissibilidade do recurso especial

De início, constato a tempestividade do recurso especial, interposto com espeque no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, e verifico o preenchimento dos requisitos constitucionais, legais e regimentais para o seu processamento.

II. Contextualização

Consta dos autos que o recorrido foi condenado a 11 anos e 4 meses de reclusão pela prática dos delitos previstos nos arts. 35, da Lei n. 11.343/2006, e 333 do Código Penal.

Já em livramento condicional, o sentenciado requereu a concessão do indulto com base no art. 1º, I, do Decreto n. 8.615/2015. Em 11/4/2016, o Magistrado de primeiro grau declarou indultadas as penas impostas relativamente ao delito de corrupção ativa e indeferiu o pedido no tocante à reprimenda estipulada pela prática do delito de associação para o tráfico de entorpecentes.

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal local, que deu provimento ao recurso para conceder ao agravante o indulto em relação ao crime do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Para tanto, no mérito, aduziu (fls. 1.081-1.083):

> O artigo 1°, da Lei 8.072/90, traz rol taxativo dos crimes considerados hediondos, elenco complementado em seu parágrafo único.
> Como decorre do artigo 2°, da Lei 8.072/90, o crime de associação para o tráfico não está arrolado, nem mesmo, como delito equiparado aos crimes hediondos, como ocorre com o tráfico ilícito de droga.
> De fato, o crime previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, não se submete ao tratamento destinado ao crime equiparado a hediondo, como decorre do comando do artigo 5°, XLIII, da Constituição Federal.
> O tipo penal previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, constitui crime autônomo em relação ao tráfico.
> Trata-se de forma anômala do delito de quadrilha.
> De outra parte, o artigo 44, da Lei 11.343/06, ao incluir o artigo 35, não iguala o crime de associação para tráfico ao crime hediondo.
> Para tanto necessário disposição expressa, inexistente, quer na lei específica, quer na legislação aplicável à espécie. No campo penal, é vedada a interpretação analógica extensiva in matam partem.
> Assim sendo, a concessão de indulto, no que diz respeito ao crime de associação para o tráfico, deve observar o disposto no artigo 112, da Lei de Execução Penal.
> Nos termos do Decreto 8.615/15, tem direito ao indulto pleno o condenado à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritiva de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão

> condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2015, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente (art. 1°, I).
> A concessão do indulto está condicionada à inexistência de falta disciplinar de natureza grave, cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação do diploma legal em questão, devidamente reconhecida pelo juízo (art. 5°).

Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público Federal, esses foram rejeitados nos seguintes termos (fls. 1.111-1.113):

> É certo que referido diploma legal veda o (1) indulto e a comutação aos condenados pelo crime em questão (art. 35, *caput*, Lei 11.343/06).
> Ocorre que o artigo 1°, da Lei 8.072/90, traz rol taxativo dos crimes considerados hediondos, elenco complementado em seu parágrafo único.
> Como decorre do artigo 2°, da Lei 8.072/90, o crime de associação para o tráfico não está arrolado, nem mesmo, como delito equiparado aos crimes hediondos, como ocorre com o tráfico ilícito de droga.
> De fato, o crime previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, não se submete ao tratamento destinado ao crime equiparado a hediondo, como decorre do comando do artigo 5°, XLIII, da Constituição Federal.
> O tipo penal previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, constitui crime autônomo em relação ao tráfico.
> Trata-se de forma anômala do delito de quadrilha.
> De outra parte, o artigo 44, caput, da Lei 11.343/06, ao incluir o artigo 35, não iguala o crime de associação para tráfico ao crime hediondo.
> Para tanto, necessário disposição expressa, inexistente, quer na lei específica, quer na legislação aplicável à espécie. No campo penal, é vedada a interpretação analógica extensiva in matam partem.
> Assim sendo, considerado tal contexto, a concessão de indulto, no que diz respeito ao crime de associação para o tráfico, deve observar o disposto no artigo 112, § 2°, da Lei de Execução Penal.
> Por conseguinte, o condenado à pena privativa de liberdade, não superior a oito anos, não substituída por restritiva de direitos ou multa, e não beneficiado com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2015, tenha cumprido um terço da pena, se não

> reincidente, ou metade, se reincidente, tem direito ao indulto (art. 1°, I).
> A concessão do indulto está condicionada à inexistência de falta disciplinar de natureza grave, cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação do diploma legal em questão, devidamente reconhecida pelo juízo (art. 5°).
> Diante do exposto, por votação unânime, rejeitaram os presentes embargos de declaração.

III. Apontada violação do art. 9º, II, do Decreto Presidencial n. 8.615/2015

Adstrito aos requisitos do decreto presidencial, é forçoso reconhecer que, embora "o crime de associação para o tráfico não integre o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n.º 8.072/90" (**HC n. 247.012/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 18/2/2014), esta Corte Superior já assentou entendimento de que, "**para a análise do pedido de indulto** ou comutação de pena, **o Magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do Presidente da República**" (**HC n. 456.119/RS**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 15/10/2018, grifei).

O art. 9º, II, do Decreto Presidencial n. 8.615/2015 assim dispõe (destaquei):

> Art. 9º - **O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas**:
> I - por crime de tortura ou terrorismo;
> II - p**or crime de tráfico ilícito de droga, nos termos** do *caput* e do § 1º do art. 33 e **dos art. 34 a art. 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**;
> III - por crime hediondo praticado após a publicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, da Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, da Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, e da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas as suas alterações posteriores; ou
> IV - por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do Código Penal Militar.
> Parágrafo único. As restrições deste artigo não se

> aplicam às hipóteses previstas nos incisos XI, XII, XIII e XIV do caput do art. 1º.

Dessarte, como bem consignado pelo membro do *Parquet* Federal, "Ao contrário do afirmado pelo tribunal *a quo*, a discussão sobre o delito previsto no art. 35 da Lei nº 11343/06 ser ou não equiparado a hediondo é irrelevante para a análise do cabimento do indulto fundado no Decreto nº 8615/15, vez que tal normativo expressamente exclui do rol dos crimes por ele atingidos o delito de associação para o tráfico" (fl. 1.209).

Nesse sentido:

> [...]
> II - Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, para a análise do pedido de indulto ou comutação de pena, o Magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do Presidente da República.
> III - Por absoluta disposição literal do art. 9º, II, do Decreto n.
> 8.615/2015, não é possível a concessão de indulto ou de comutação de penas aos condenados pelo crime de associação ao tráfico, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06. [...] (**HC n. 396.146/SP**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 21/8/2017)

> [...]
> 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de não reconhecer o crime de associação para o tráfico, art. 35 da Lei n. 11.343/2006, como equiparado a hediondo, por falta de expressa previsão na Lei n. 8.072/1990.
> 4. O Decreto n. 8.615/2015, em seu art. 9º, inciso II, veda expressamente a concessão dos benefícios de comutação e indulto aos condenados pelo crime de associação ao tráfico. A definição das hipóteses e dos requisitos para a concessão de comutação de penas ou indulto é de competência privativa do Presidente da República, sendo vedado ao magistrado deixar de observar as exigências legais para a concessão da benesse, sob pena de interferir, indevidamente, em ato do chefe do Poder Executivo. [...]

(**HC n. 407.020/SC**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 1º/8/2018)

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial** para restabelecer a decisão de primeiro grau que indeferiu o indulto ao recorrido, pelo delito do art. 35, da Lei n. 11.343/2006.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator