



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

4ª Câmara de Direito Criminal

Agravo em Execução Penal nº 990.10.428045-1

Origem: 4ª Vara das Execuções Criminais / São Paulo

Magistrado: Dra. Adriana Costa

Agravante: **LEANDRO CARDOSO DA COSTA**

Agravado: Ministério Público

Voto nº: 3479

*AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - INDULTO - Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 8º do Decreto Presidencial nº 7.046/2009, que concede indulto aos condenados por crimes hediondos e a eles equiparados, em afronta ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República, reconhecida. - Questão prejudicial ao mérito do pedido que deve ser submetida a julgamento pelo Órgão Especial desta Corte, conforme cláusula de reserva de plenário inserta no art. 97 da Constituição Federal, arts. 481 e ss. do Código de Processo Civil e Súmula Vinculante nº 10. - Incidente de inconstitucionalidade instaurado, com remessa ao Órgão Especial para apreciação. - Julgamento do mérito do recurso suspenso.*

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por **LEANDRO CARDOSO DA COSTA** contra sentença que indeferiu o pedido de indulto da pena pecuniária cumulada com a privativa de liberdade cumprida, com fulcro na declaração incidental de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 8º do Decreto Presidencial nº 7.046/2009 porque feriria o inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República (fl. 36).



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 4ª Câmara de Direito Criminal

Aduz, o agravante, que o mencionado dispositivo constitucional veda somente a graça e a anistia aos condenados pelo crime de tráfico, e não o indulto, e que o réu cumpriu pena privativa de liberdade por tráfico privilegiado (§4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006), que não seria crime hediondo, daí porque faz jus à benesse (fls. 03/5).

Contraminutado às fls. 08/11 e mantida a decisão pelo MM. Juiz *a quo* (fl. 12), a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 43/5).

Relatei.

O agravante foi condenado a um total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no piso, em regime inicial fechado, pela conduta tipificada no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, com início de cumprimento da pena privativa de liberdade em 10/03/2008 e término em 09/11/2009.

Declarada extinta a pena corporal pelo seu cumprimento, determinou-se a liquidação da pena pecuniária, cujo montante chegou a R\$2.373,36 em 26/05/2010 (fl. 33).

Pleiteado o indulto da multa com fulcro no art. 1º, VI e art. 8º, parágrafo único, do Decreto nº 7.046/2009 (fls. 24 e 32), o pedido foi indeferido pelo MM. Juiz *a quo* porque reconheceu de ofício a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 8º do Decreto, porque vedada a benesse pelo inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República.



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 4ª Câmara de Direito Criminal

Primeiramente insta consignar que o réu foi condenado a crime equiparado a hediondo, não havendo separação, nem na Constituição da República e nem na Lei nº 8.072/90, dos crimes tipificados na Lei nº 11.343/2006. As referências, constitucional e legal, são abrangentes: "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins"; e foi o que o réu praticou.

No mais, verifico questão prejudicial ao mérito: a inconstitucionalidade do dispositivo do decreto que concede indulto à pena pecuniária de condenado a crime equiparado a hediondo.

Inovou o Decreto Presidencial de 2.009, ampliando os limites do poder conferido constitucionalmente, em seu art. 8º, parágrafo único, apertando ferida de nosso sistema constitucional penal:

"Art. 1º É concedido indulto às pessoas:

I - condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2009, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

(...)

VI - condenadas à pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2009;

VII - condenadas:

a) paraplégicas, tetraplégicas ou portadoras de cegueira total, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 4ª Câmara de Direito Criminal

laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução;

b) paraplégicas, tetraplégicas ou portadoras de cegueira total, ainda que tais condições sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, caso resultem na incapacidade severa prevista na alínea "c" deste inciso;

c) acometidas, cumulativamente, de doença grave, permanente, apresentando incapacidade severa, com grave limitação de atividade e restrição de participação, exigindo cuidados contínuos, desde que comprovada por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição do beneficiário, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição;

VIII - submetidas à medida de segurança, independentemente da cessação da periculosidade que, até 25 de dezembro de 2009, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada, ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição;

(...)

Art. 8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

I - por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos dos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 da Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II - por crime hediondo, praticado após a edição das Leis nos 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.930, de 6 de setembro de 1994, 9.695, de 20 de agosto de 1998,



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 4ª Câmara de Direito Criminal

11.464, de 28 de março de 2007, e 12.015, de 7 agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores; III - por crimes definidos no Código Penal Militar - Decreto-Lei no 1.001, de 1969, que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do referido Código Penal Militar.

Parágrafo único. As restrições deste artigo e do inciso I do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII do citado art. 1º. (...)”.

Todos os anteriores decretos presidenciais que concediam indulto para condenados por tráfico o faziam somente para deficientes físicos e acometidos por doença grave, dada a dificuldade de tratamento na prisão e a necessidade de cuidados especiais hospitalares para tais sentenciados.

Agora, a benesse foi alargada para englobar os que cumprem medida de segurança em período correspondente ao máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada e aos que ainda tem pena de multa a adimplir.

No entanto, o art. 8º do Decreto nem precisava existir, visto que a própria Constituição da República regula a exceção ao benefício:

“Art. 5º.

(...)

XLIII - 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; (...)”



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 4ª Câmara de Direito Criminal

Espécie de indulgência soberana, dada pelo chefe do poder executivo federal, o constituinte originário utilizou o termo "graça" de forma abrangente, conforme interpretação dos constitucionalistas, de maneira a incluir a graça em sentido estrito, o indulto e a comutação, pois possuem os mesmos pressupostos (concedidos para crimes comuns, decorrem de decreto presidencial, referem-se aos condenados e só podem ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação); ao contrário da anistia (concedida para crimes políticos, decorre de lei federal, refere-se a fatos concretos e pode ocorrer antes ou após o trânsito em julgado da sentença condenatória).

Diferenciam-se, contudo, pela abrangência (individual ou coletiva) e pela iniciativa (provocada ou espontânea), sendo denominado "comutação" o indulto parcial da pena.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes:

"Crime hediondo. Vedação de graça. Inteligência.

I - Não pode, em tese, a lei ordinária restringir o poder constitucional do Presidente da República de 'conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei' (CF, art 84, XII), opondo-lhe vedações materiais não decorrentes da Constituição.

II - Não obstante, é constitucional o art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, porque, nele, a menção do indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art 5º, XLIII da Constituição.



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 4ª Câmara de Direito Criminal

III - Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo - que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena - são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) - que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo.

IV - Proibida a comutação de pena, na hipótese do crime hediondo, pela Constituição, é irrelevante que a vedação tenha sido omitida no Dec. 3.226/99." (HC 84.312, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15-6-2004, DJ de 25-6-2004.)

Tal vedação constitucional foi reproduzida no inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que expressamente veda a anistia, a graça e o indulto aos praticantes de crimes hediondos e equiparados, constitucionalidade que já foi expressamente declarada pela Corte Suprema (HC 81.810, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.4.2009; HC 96.431, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.4.2009; HC 81.407, rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.11.2001; HC 77.528, rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.2.1999; HC 80886, rel. Min. Nelson Jobim, j. 22.05.2001), e, mais recentemente, no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

Destarte, ainda que o art. 84, XII, da Constituição da República autorize o Presidente da República a conceder indulto, tal poder administrativo discricionário deve se submeter e respeitar os limites constitucionais e legais, conforme hierarquia das normas do ordenamento jurídico.

O pleno do Supremo Tribunal Federal já se posicionou contra a possibilidade de indultar condenado por tráfico:



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 4ª Câmara de Direito Criminal

"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/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 08.05.2003, DJ 20.06.2003, p. 56).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DECRETO PRESIDENCIAL 3.226/99. I. - Impossibilidade de comutação da pena, dado que o paciente foi condenado pela prática de crime hediondo, sendo irrelevante que a vedação tenha sido omitida no Decreto presidencial 3226/99. Precedentes. II. - H.C. indeferido." (HC 85279/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 17.05.2005, DJ 10.06.2005, p. 60).



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

4ª Câmara de Direito Criminal

Assim, o parágrafo único do art. 8º do Decreto nº 7.046/2009 é de clara inconstitucionalidade por infringir o inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República, ao conceder indulto da pena pecuniária para condenados por tráfico que cumpriram suas penas privativas de liberdade; devendo ser mantida a r. sentença recorrida neste particular.

E, por ser questão prejudicial ao mérito do pedido, deve ser submetida a julgamento pelo Órgão Especial desta Corte, conforme cláusula de reserva de plenário inserta no art. 97 da Constituição Federal, arts. 481 e ss. do Código de Processo Civil e Súmula Vinculante nº 10, determinando-se, assim, a instauração de incidente de inconstitucionalidade, com remessa ao Órgão Especial; suspenso o exame do mérito do recurso.

Posto isto, **RECONHEÇO** a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 8º do Decreto Presidencial nº 7.046/2009 e **SUSPENDO** o julgamento do mérito do recurso. **DETERMINO** a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao Órgão Especial para apreciação.

**EDISON BRANDÃO**  
Relator