

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

JÉSSICA DE SOUSA OLIVEIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE INDULTO E
COMUTAÇÃO DE PENAS AOS CONDENADOS POR “TRÁFICO PRIVILEGIADO”**

São Luís
2014

JÉSSICA DE SOUSA OLIVEIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE INDULTO E
COMUTAÇÃO DE PENAS AOS CONDENADOS POR “TRÁFICO PRIVILEGIADO”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do
grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Paulo César Aguiar Martins
Vidigal.

São Luís
2014

Oliveira, Jéssica de Sousa.

A (in)constitucionalidade da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado” / Jéssica de Sousa Oliveira. — São Luís, 2014.

91 f.

Impresso por computador (Fotocópia).

Orientador: Paulo César Aguiar Martins Vidigal.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Indulto – Direito Penal. 2. Constitucionalidade. 3. Tráfico privilegiado. I. Título.

CDU 343.292

JÉSSICA DE SOUSA OLIVEIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE INDULTO E
COMUTAÇÃO DE PENAS AOS CONDENADOS POR “TRÁFICO PRIVILEGIADO”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Paulo César Aguiar Martins Vidigal.

Aprovada em ____/____/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Paulo César Aguiar Martins Vidigal

1º Examinador

2º Examinador

A meu pai, Francisco Ronaldo Maciel
Oliveira, que me transmitiu toda a sua paixão
pelo Direito.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Francisco Ronaldo Maciel Oliveira e Eurielva Saraiva de Sousa Oliveira, que nunca mediram esforços para me proporcionar tudo de melhor que a vida pode proporcionar a uma pessoa.

Ao meu amor, Davi de Araujo Telles, por ser um namorado carinhoso e compreensivo, e por ter me auxiliado durante todo o trabalho com metodologia, opiniões e questionamentos, sempre muito relevantes.

À minha melhor amiga, Luana Rodrigues Viegas, por ser mais que uma amiga, uma verdadeira irmã, que sempre esteve disponível para me ajudar e dessa vez não foi diferente.

Ao meu melhor amigo, João Victor Freitas Ferreira, que, ao longo de toda a graduação, foi meu fiel companheiro, e que, mesmo longe, me ajudou com dúvidas e dicas sempre pertinentes e, nos momentos de crise e desespero, soube me acalmar e me dar forças para continuar.

Ao amigo Magdiel Pacheco Santos pela disposição oferecida para ler o presente trabalho e pelas dicas valiosas que o incrementaram.

Ao professor Paulo César Aguiar Martins Vidigal por ter aceitado me orientar, por ter sido solícito, paciente e compreensível durante toda a pesquisa.

“Quando as penas se tiverem tornado menos cruéis, a clemência e o perdão serão menos necessários”.

Cesare Beccaria

RESUMO

Este trabalho analisa a constitucionalidade da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”. Para tanto, no primeiro capítulo, analisa-se o direito de graça, partindo-se da abordagem histórica do instituto no mundo ocidental e, em seguida, no Brasil, passando-se pelo estudo das suas espécies, quais sejam a anistia, a graça e o indulto, e, por fim, analisando-se o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, enquanto mandado constitucional expresso de criminalização e enquanto norma excepcional, de acordo com a doutrina de Carlos Maximiliano. No segundo capítulo, analisam-se os crimes hediondos e equiparados, partindo-se da abordagem do processo de elaboração da Lei de Crimes Hediondos e dos seus principais aspectos penais e processuais penais, passando-se pelo estudo dos crimes equiparados, quais sejam o terrorismo, a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, com especial enfoque para a figura do “tráfico privilegiado”, e, por fim, analisando-se os impedimentos à concessão de indulto e comutação de penas, previstos nos respectivos decretos a partir de 2003 até 2013. Por fim, no último capítulo, abordaram-se as diferenças entre a anistia, a graça e o indulto e os reflexos dessas diferenças na interpretação do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 2º, inciso I, da Lei de Crimes Hediondos. Em seguida, analisa-se se o “tráfico privilegiado” é equiparado a hediondo, concluindo-se, enfim, se a concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado” é constitucional.

Palavras-chave: Indulto. Constitucionalidade. Tráfico privilegiado.

ABSTRACT

This paper analyzes the constitutionality of granting pardon and commutation to convicted of "privileged drug traffic". Therefore, in the first chapter, the power of grace is analyzed, starting from the historical approach of the institute in the western world and then in Brazil, passing by the study of its kind, namely amnesty, grace and pardon, and finally analyzing Article 5, item XLIII, of the 1988's Federal Constitution, as expressed constitutional command of criminalization and as exceptional rule, according to the doctrine of Carlos Maximiliano. The second chapter analyzes the heinous and similar crimes, starting from the approach to the drafting process of the Heinous Crimes Law and its main criminal and criminal procedural aspects, proceeding to the study of heinous similar crimes, namely terrorism, torture and drug traffic, with special focus on the figure of the "privileged drug traffic", and finally analyzing the impediments to grant pardon and commutation, provided for in their decrees from 2003 to 2013. Finally, the last chapter discusses the differences among amnesty, grace and pardon and the consequences of such differences in interpretation of Article 5, item XLIII of the 1988's Federal Constitution and in Article 2, item I of Heinous Crimes Law. Then it analyzes if the "privileged drug traffic" is treated as heinous crimes, concluding, finally, if the granting of pardon and commutation to convicted of "privileged drug traffic" is constitutional.

Keywords: Pardon. Constitutionality. Privileged drug traffic.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental
AI	Arguição de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DJ	Diário de Justiça
DJE	Diário de Justiça Eletrônico
DMF	Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
Inc.	Inciso
J.	Julgado
LEP	Lei de Execução Penal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
PL	Projeto de Lei
Rel.	Relator ou Relatoria
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIREITO DE GRAÇA: uma abordagem histórico-evolutiva do instituto	13
2.1	Abordagem histórica do direito de graça	13
2.1.1	No mundo ocidental	13
2.1.1	No Brasil	18
2.2	Espécies do direito de graça	22
2.2.1	Anistia	23
2.2.2	Graça	24
2.2.3	Indulto	25
2.3	Análise do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88	29
2.3.1	Mandado constitucional expresso de criminalização	30
2.3.2	Norma excepcional	32
3	CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS: distinções e reflexões relevantes ..	34
3.1	Crimes hediondos: tipologias, conceitos e limitações	34
3.1.1	Processo de elaboração da Lei de Crimes Hediondos	34
3.1.2	Aspectos penais e processuais penais da Lei de Crimes Hediondos	36
3.2	Crimes equiparados: tipologias, conceitos e limitações	40
3.2.1	Terrorismo	40
3.2.2	Tortura	42
3.2.3	Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins	45
3.1.3.1	<i>“Tráfico privilegiado”</i>	49
3.3	Impedimentos à concessão de indulto e comutação de penas previstos nos respectivos decretos	54
3.3.1	Antes da vigência da Lei Antidrogas	54
3.3.2	Depois da vigência da Lei Antidrogas	55
4	A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENAS AOS CONDENADOS POR “TRÁFICO PRIVILEGIADO”	59
4.1	Diferenças entre a anistia, a graça e o indulto e seus reflexos na interpretação do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88 e art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990	59
4.1.1	Diferenças entre a anistia, a graça e o indulto	59

4.1.2	Reflexos das diferenças entre a anistia, a graça e o indulto na interpretação do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88 e art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990.....	66
4.2	A não equiparação do “tráfico privilegiado” a crime hediondo.....	72
4.3	A constitucionalidade da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”	74
5	CONCLUSÃO.....	76
	REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema ocorreu a partir da observação de reiteradas decisões judiciais contrárias à declaração de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”, previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas), mesmo após a expressa exclusão dessa figura do rol dos crimes impeditivos à concessão desses benefícios, por meio, inicialmente, do Decreto nº 6.706/2008 e, posteriormente, do Decreto nº 7.046/2009, que nesse aspecto, teve suas disposições reproduzidas nos decretos seguintes.

A improcedência dos pedidos de declaração de indulto e comutação de penas tem sido realizada com base no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, que, ao determinar que a lei considerasse 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, teria também restringido o indulto.

Diante do exposto, surgiu a preocupação de saber se a restrição constitucional abrangeria o indulto, bem como se a figura do “tráfico privilegiado” seria equiparada a crime hediondo.

Nesse sentido, a relevância do tema consiste em demonstrar se os dispositivos acima citados têm o condão de justificar a improcedência dos pedidos de declaração de indulto ou comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”, o que interfere diretamente na política de execução penal adotada pelo Estado e no direito fundamental à liberdade do indivíduo.

Desse modo, no presente trabalho, será analisada a constitucionalidade da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”, partindo-se da hipótese de que seja constitucional por não ser o “tráfico privilegiado” figura equiparada a crime hediondo.

Cumprе esclarecer que o método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, uma vez que se analisará o indulto partindo-se do gênero no qual se insere, qual seja o direito de graça, e o “tráfico privilegiado”, partindo-se do estudo dos crimes hediondos e equiparados.

Quanto ao método de procedimento, serão utilizados o método histórico, uma vez que se abordará historicamente o direito de graça, e o método comparativo, uma vez que se realizarão comparações entre institutos do direito penal e tipos delitivos.

Por fim, a técnica de pesquisa a ser utilizada é a documentação indireta, da qual faz parte a pesquisa bibliográfica e documental. Serão utilizados livros e artigos científicos, que abordem de forma genérica e específica o tema, bem como normas jurídicas em geral e jurisprudência.

Esclarece-se que a estruturação do trabalho ocorrerá partindo-se de duas metades complementares de estudo, compreendidas no primeiro e segundo capítulos, sendo essas metades indispensáveis para a obtenção da resposta ao problema proposto, compreendida no terceiro capítulo.

Para tanto, no primeiro capítulo, será analisado o direito de graça, partindo-se da abordagem histórica do instituto no mundo ocidental, notadamente nas Civilizações Antigas e Clássicas, na Idade Média, no Renascimento, na Idade Moderna e na Revolução Francesa, e, em seguida, no Brasil, investigando-se seu surgimento e evolução no plano nacional, passando-se, em seguida, pelo estudo das suas espécies, quais sejam a anistia, a graça e o indulto, e, por fim, analisando-se o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, enquanto mandado constitucional expresso de criminalização e enquanto norma excepcional, de acordo com a doutrina de Carlos Maximiliano.

No segundo capítulo, são analisados os crimes hediondos e equiparados, partindo-se da abordagem do processo de elaboração da Lei de Crimes Hediondos e dos seus principais aspectos penais e processuais penais, passando-se pelo estudo dos crimes equiparados, quais sejam o terrorismo, a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, com especial enfoque para a figura do “tráfico privilegiado”, e, por fim, analisando-se os impedimentos à concessão de indulto e comutação de penas, previstos nos respectivos decretos a partir de 2003 até 2013.

Por fim, no último capítulo, serão abordadas as diferenças entre a anistia, a graça e o indulto e seus reflexos na interpretação do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 2º, inciso I, da Lei de Crimes Hediondos. Em seguida, será analisado se o “tráfico privilegiado” é figura equiparada a hediondo, para, enfim, concluir-se se a concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado” é constitucional.

2 DIREITO DE GRAÇA: abordagem histórico-evolutiva do instituto

O presente capítulo objetiva analisar o instituto do indulto no ordenamento jurídico brasileiro com o escopo de buscar uma resposta ao problema da constitucionalidade, ou não, da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”.

Para tanto, será realizada uma abordagem histórica do direito de graça no mundo ocidental e no Brasil. Em seguida, serão estudadas as espécies do direito de graça no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam a anistia, a graça e o indulto e, por fim, analisado o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, que introduz a proibição à graça e à anistia à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos crimes definidos como hediondos.

2.1 Abordagem histórica do direito de graça

O presente tópico realizará uma abordagem histórica do direito de graça com o objetivo de se investigar as origens, características e fundamentos das suas espécies, para que possam ser definidas e, sendo o caso, diferenciadas.

2.1.1 No mundo ocidental

Entre as mais antigas referências às manifestações do direito de graça, citam-se o Código de Hamurabi, que contém uma série de decretos relativos aos perdões concedidos na antiga Babilônia há aproximadamente quatro mil anos, e os Livros Sagrados da Índia, nos quais a graça era um atributo próprio da delegação divina que legitimava o poder e, atribuía, ao rei, a faculdade de modificar as sentenças condenatórias (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

No Egito Antigo, assim como nos demais Direitos orientais primitivos, o exercício do poder de punir constituía uma delegação divina, pela qual os faraós exerciam tanto o *ius puniendi* como a prerrogativa de perdoar. Assim, o historiador Diodoro da Sicília relata que as penas poderiam ser comutadas pela deportação a uma região deserta, tal como procedeu o rei Atisano ao substituir a pena de morte a que foram condenados uns “salteadores de caminhos” pela deportação a uma comarca deserta. O mesmo historiador também relata

que, ao assumir o trono, o faraó Ramsés II ordenou que todos os presos políticos encarcerados pelo seu antecessor fossem postos em liberdade (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

Desse modo, observa-se que, nas Civilizações Antigas, o direito de perdoar, assim como o direito de punir, era concebido como atributo próprio da delegação divina que legitimava o poder. Observa-se também, nesse período, o surgimento do instituto do indulto¹ e da comutação de penas, esta consistente na conversão (substituição) de uma pena por outra de menor rigor.

Para os judeus, o poder de graça era exercido por parte do povo reunido em assembleia, a qual era responsável por decidir todas as questões transcendentais. Contudo, durante o período em que estiveram submetidos ao Império Romano, o direito de graça não era acordado em nome do povo judeu, mas sim do imperador romano, ocorrendo, dessa forma, uma dupla delegação: do imperador ao governador e deste, ao povo judeu (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

Ilustrando esse período, a Bíblia Sagrada, no Novo Testamento, Evangelho de São Marcos, capítulo 15, versículos 06-11², referindo-se à Paixão de Cristo, narra o momento em que o governador Pôncio Pilatos pergunta ao povo judeu a quem querem que seja concedido o indulto, a Jesus ou Barrabás, porquanto era costume indultar um preso na ocasião da Páscoa³.

Na Grécia Antiga, o poder de graça também era exercido pelo povo reunido em assembleia em prol dos condenados e dos acusados. Assim, havia o indulto, no primeiro caso, e a anistia, no segundo. Regulada pela Lei do Esquecimento, segundo a qual ninguém poderia ser incomodado por suas ações anteriores, foi utilizada pelo general Trasíbulo para persuadir os atenienses após a expulsão dos trinta tiranos (PESSINA, 1929 apud BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

Dessa forma, observa-se que, enquanto o indulto, consistente em indulgência penal sob a forma de perdão da pena, possui suas origens nas Civilizações Antigas, a anistia,

¹ Por oportuno, vale frisar que se costuma afirmar que o instituto do indulto é tão antigo quanto o delito, assim, já se manifestava nas sociedades e povos antigos (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

² Evangelho de São Marcos, 15, 06-11: Por ocasião da festa, era costume soltar um prisioneiro que o povo pedisse. Um homem chamado Barrabás estava na prisão com os rebeldes que haviam cometido assassinato durante uma rebelião. A multidão chegou e pediu a Pilatos que lhe fizesse o que costumava fazer. “Vocês querem que eu solte o rei dos judeus?”, perguntou Pilatos, sabendo que fora por inveja que os chefes dos sacerdotes lhe haviam entregado Jesus. Mas os chefes dos sacerdotes incitaram a multidão a pedir que Pilatos, ao contrário, soltasse Barrabás.

³ Nesse Contexto, Renedo (2001 apud BERNABÉ, 2012, tradução nossa) afirma que o exercício institucionalizado do perdão na cultura hebraica estava profundamente enraizado antes mesmo do evento que dividiu o cômputo do tempo histórico da civilização ocidental em dois: antes e depois de Cristo, referindo-se aos anos jubilares cristãos, originados na tradição israelita de que a cada 50 (cinquenta) anos se declarava o ano de jubileu, no qual as dívidas deveriam ser perdoadas, os bens devolvidos aos antigos donos, os escravos libertados e a terra descansada, sob o fundamento de que todos os bens eram dádivas de Deus e a Ele voltavam, expresso simbolicamente deste modo.

consistente em indulgência penal sob a forma de esquecimento do próprio fato, surge nas Civilizações Clássicas, particularmente na Grécia Antiga.

Em Roma, não há unanimidade entre os autores. Alguns afirmam que a intervenção de um poder estranho à administração da justiça no círculo da repressão penal para a anulação ou modificação das sentenças parece não ter sido praticado da Monarquia à República⁴ (SAN MARTÍN, 2006, tradução nossa).

No entanto, outros autores afirmam que, no Direito Romano Antiquíssimo, o povo já exercia o supremo direito de graça e que a primeira manifestação deste modo de se extinguir a ação penal e a condenação foi a *provocatio ad populum*, da qual se fez uso desde o início do período da Monarquia (753 - 509 a.C) (SAN MARTÍN, 2006, tradução nossa).

Com efeito, o referido instituto não anulava a sentença penal prolatada, mas suspendia sua execução e o juiz era obrigado a concedê-lo aos réus que o solicitassem. Contudo, somente o cidadão romano do sexo masculino poderia interpor a *provocatio*, sempre contra sentenças em juízos públicos e contra todos os tipos de penas, de modo que se a sua cidadania não estivesse conforme a resolução, o pronunciamento do magistrado quedava abolido (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

Além disso, as assembleias populares⁵ não eram convocadas para julgar novamente o acusado, mas para decidir se a sentença prolatada deveria permanecer firme ou se, pelo contrário, careceria de validade (nula, portanto), não se permitindo alterar ou agravar a pena imposta (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

Assim, observa-se que, em Roma, as assembleias populares não exerciam o direito de graça nem funcionavam como instância revisora. Na verdade, suas atribuições limitavam-se a confirmar ou anular a sentença condenatória, isto é, a corrigir um *error in procedendo*.

Durante a República Romana, havia a *restitutio in integrum* e, após, a *restitutio damnatorum*, as quais remiam a pena, extinguíam os demais efeitos da condenação e adquiriam a forma de lei votada pelo povo nas assembleias que, com a anuência do Senado, ao estabelecer o Império, foi absorvida pelos imperadores e exercida ora como perdão individual ora como graça coletiva (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

⁴ Não obstante, esses autores consentem com os demais que, no Império de Augusto, o poder de clemência se manifestava mediante *indulgentia principis*, que poderia ser *specialis* (graça) ou *generalis communis* (indulto), bem como *abolitio generalis publica* (anistia) (MANZINI, 1961 apud BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

⁵ As Assembleias Romanas ou Assembleias das Centúrias consistiam numa reunião dos cidadãos romanos com atribuições eleitorais, legislativas e judiciárias.

Contudo, durante o Principado Romano⁶, o poder de graça apenas foi utilizado nas suas primeiras épocas, particularmente para, dentre outros casos, dar solução à prolongação desmesurada dos processos e pôr fim ao abuso que se fazia do direito de acusar. Todavia, desde o final do Século I a.C, já aparece como um ato legislativo especial que se realizava preferencialmente por meio de senado-consultos e, em algumas ocasiões, por meio de “constituições” imperiais de anulação geral (*abolitio generalis publica*), motivadas, a princípio, por circunstâncias especiais alegres e, posteriormente, de forma regular em ocasiões de festas ou páscoas anuais (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

Nesse cenário, Mommsen (1999 apud BERNABÉ, 2012, tradução nossa) também se refere à existência de outras formas de manifestação do direito de graça um tanto quanto anômalas e fortemente impregnadas de um espírito religioso, como o fato de que uma condenação à morte não poderia ser executada quando no trajeto em que se conduzia o delinquente à forca se encontrasse com uma sacerdotisa de Vesta (deusa dos laços familiares). Também no âmbito da economia doméstica e da coerção direta, aceitava-se que aquele que encontrasse o sacerdote de Júpiter (deus do dia) permanecia imune durante todo o dia quanto à aplicação de castigos corporais.

Ao se estabelecer o Império com Augusto, o poder de graça, antes exercido raras vezes e com a anuência do Senado, foi se tornando, pouco a pouco, mais absoluto e mais completo. Passou a se manifestar como *indulgentia principis*, que poderia ser *specialis* ou *generalis*, e como *abolitio generalis publica*, formas que correspondem substancialmente, nessa ordem, à graça ou indulto individual, ao indulto coletivo e à anistia. As duas primeiras consistiam na antiga *restitutio in integrum* e a terceira, na extinção da ação penal pendente, podendo ser *publice*, *privatum* e *ex lege*, embora não quitasse a infâmia do delito (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

No Direito Romano, por fim, o direito de graça se expressava principalmente como *abolitio* e como *indulgentia*: a primeira ocorria quando se extinguiu a acusação levando-se em conta também o interesse do acusador, tendo em vista as estritas e rigorosas obrigações que assumia com a acusação, e a segunda, também denominada *venia*, quando se aplicava de forma geral aos que não haviam sido condenados, denominando-se anistia, ou *venia specialis*, se o seu destinatário era uma pessoa determinada. Quando ocorria depois de ter sido julgado e

⁶ O Principado é a fase convencionada pelos historiadores para designar o Império Romano desde 27 a.C, quando o Senado investiu Otaviano – o futuro Augusto – no poder supremo com a denominação de príncipe, até 385 d.C., quando se iniciou o dominato por Diocleciano. Durante esse período, a verdadeira natureza do regime era escondida atrás de conceitos republicanos e os imperadores eram muitas vezes relutantes por falsa modéstia em se assumir como tal. (SANTIAGO, 2014).

condenado com base na acusação, denominava-se *in integrum restitutio*, o qual extinguiu a pena sem, contudo, quitar a infâmia do delito (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

No Direito dos Povos Germânicos, a aplicação do indulto era restrita, pois, o rei apenas poderia fazer uso do poder de graça depois de previamente obter o perdão do ofendido ou de seus familiares, que detinham o direito de vingança. Por outro lado, também havia a previsão do sistema de composição de danos, no qual o indivíduo poderia se salvar das penas de morte ou mutilação mediante o pagamento de uma soma em dinheiro, denominada montante de composição (AGUILAR, 2013, tradução nossa).

Na Idade Média, durante o regime feudal e municipal, o poder centralizado se fracionou em múltiplos titulares. Desse modo, o poder de graça, compartilhado pelo monarca e pelos senhores feudais, passou a ser amplamente utilizado, aplicando-se, em muitas ocasiões, em circunstâncias tão originais como no caso em que uma prostituta pedisse em casamento um condenado à morte ou no caso em que se rompesse a corda com a qual o condenado deveria ser enforcado (BERNABÉ, 2012, tradução nossa).

Contudo, com o renascimento do Direito Romano, o direito de graça e a *abolitio* foram novamente concentrados em poder dos reis, sustentando os intérpretes que, somente em alguns delitos graves, como homicídio, adultério, blasfêmia e idolatria, o soberano deveria se abster de perdoar (SAN MARTÍN, 2006, tradução nossa).

Com a sedimentação das monarquias absolutas, os monarcas, que concentravam tanto o poder judicial como o legislativo e o executivo, indultavam como e quando consideravam conveniente, sem conhecer grandes limitações. Exerciam ora suas faculdades de *indulgentia specialis* (indulto individual) ora as de *indulgentia generalis* ou *communis* (indulto coletivo), aproveitando para concedê-los em certas festas ou ocasiões solenes, sobretudo quando suas famílias tinham algum motivo, mesmo que privado, de regozijo, como bodas, batismo, etc. (SAN MARTÍN, 2006, tradução nossa).

Deflagrada a Revolução Francesa, o direito de graça, por influência do movimento racionalista, foi, a princípio, desconsiderado⁷, mas logo voltou a ser reimplantado como prerrogativa do Chefe de Estado (SOUZA, 1983).

A partir de então, o direito de graça se fez universalmente presente na grande maioria das legislações (SOUZA, 1983).

⁷ Nesse período, Beccaria (1764, p. 75) defendia que: “A clemência, que se tem visto em alguns soberanos substituir outras qualidades que lhes faltavam para cumprir os deveres do trono, deveria ser banida de uma legislação sábia na qual as penas fossem brandas e a justiça feita com as formas prontas e regulares”.

2.1.2 No Brasil

Não obstante a existência de algumas regras referentes ao direito de graça durante os períodos pré-colonial e colonial⁸, no Brasil, o direito de graça se fez presente desde o período imperial: logo em 1824, Dom Pedro I outorgou a primeira constituição brasileira, a qual estabelecia, em seu art. 101, inc. VIII, que o Imperador também exerceria o Poder Moderador⁹ perdoando e moderando as penas impostas e os réus condenados por sentença.

Com base no art. 179, inc. XVIII, dessa Constituição¹⁰, foi promulgado o Código Criminal de 1830, o qual dispunha, em seu art. 66, que o perdão ou minoração das penas impostas aos réus, com que os agraciasse o Poder Moderador, não os eximiria da obrigação de satisfazer o mal causado em toda a sua plenitude.

Por oportuno, registre-se que, nesse período, Tinôco (1830) reuniu uma série de normas relacionadas ao art. 66 do Código Criminal de 1830. Da leitura dessas normas, verifica-se o emprego exclusivo do vocábulo “graça” para designar o perdão a que se referiam a Carta de 1824 e o Código Criminal de 1830.

Com a proclamação da República, em 1889, fez-se necessária uma reformulação no direito positivo pátrio. Contudo, a ordem natural da reforma normativa foi invertida: iniciou-se com o Código Penal, promulgado em 1890, e, somente após, com a Constituição, em 1891 (ESTEFAM, 2013).

Nesse contexto, o Código Penal de 1890 disciplinou a extinção e a suspensão da ação penal e da condenação em seus arts. 71 e ss., estabelecendo como causa de extinção da ação penal a concessão de anistia pelo Congresso (art. 71, 2º) e como causa de extinção da condenação, além das causas de extinção da ação penal (art. 72, *caput*), a concessão de indulto pelo poder competente (art. 72, 2º).

⁸ Durante o período pré-colonial, vigeram, no Brasil, as Ordenações Afonsinas, que dispunham sobre o poder de graça no seu Livro V, Título LXXXVI, “Do Perdom, que ELRey fez aos que foram a Tanger, e tiverem no palanque atee o recolhimento do Ifante Dom Henrique”, e, em seguida, as Ordenações Manuelinas, que também dispunham sobre o poder de graça no seu Livro V, Título LXXIII, “Se o que for acusado por alguu crime, e liivre por sentença, ou perdam, se será mais acusado por elle”. No período colonial, vigeram as Ordenações Filipinas, que também dispunham sobre o poder de graça, reproduzindo, no seu Livro V, o Título LXXIII do Livro V das Ordenações Manuelinas, embora sob outra numeração, e introduzindo no seu Livro V, o Título CXVI, “Como se perdoará os malfeitores que derem outro a prisão”.

⁹ O Poder Moderador era conceituado, pelo art. 98 da Constituição de 1824, como a chave de toda organização política, delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que velasse incessantemente pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.

¹⁰ Art. 179. [...] XVIII – “Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”.

O referido Código também preceituava que a anistia extingua todos os efeitos da pena e punha perpétuo silêncio ao processo (art. 75), bem como que a anistia e a remissão das penas por indulto de graça não eximiam o agraciado de satisfazer a indenização do dano (art. 76).

Após, a Constituição de 1891 determinava, em seu art. 34, com redação dada pela EC de 03.09.1926, a competência privativa do Congresso Nacional para conceder anistia (nºs 26) e comutar e perdoar as penas impostas, por crimes de responsabilidade, aos funcionários federais (nºs 27).

De outro modo, o art. 48, nºs 06, determinava a competência privativa do Presidente da República para indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referiam os arts. 34, nºs 28 (nºs 27, após a EC de 03.03.1926) e 52, §2º, o que levou os governos estaduais, salvo o dos estados do Pará, Piauí e Rio Grande do Sul, a inserirem em suas Constituições essa atribuição específica dos chefes dos governos estaduais, quando os crimes fossem de jurisdição estadual (BARBOSA, 1983).

Nesse contexto, Soares (1910) entendia que a expressão “indulto de graça” era incorreta, uma vez que o indulto seria espécie do gênero graça (em sentido amplo), e não o contrário, bem como que o art. 76 do Código Penal de 1890 deveria ser interpretado conforme a Constituição. Assim, a expressão “indulto de graça” deveria ser interpretada apenas como indulto, constante no art. 48, nº 06, da CR/1891.

Nesse viés, também se referindo ao emprego incorreto da dita expressão, Siqueira (1872) esclarecia que a graça constituía um recurso extraordinário, que poderia ser interposto pelo condenado ou pelo Ministério Público, quando o processo fosse evidentemente nulo ou a condenação se baseasse em falsa prova ou falsa causa. Já o indulto seria uma medida política, graça¹¹ espontânea do poder público, concedida em dias de festa nacional, ou sob proposta das autoridades administrativas.

Em sequência, a Constituição de 1934 consagrou, em seu art. 56, §3º, a competência privativa do Presidente da República para perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais¹², bem como a competência privativa da União (art. 5º, inc. XVIII) e exclusiva do Poder Legislativo (art. 40, alínea “e”) para conceder anistia¹³.

¹¹ Vale frisar que Siqueira (1872/2004) considerava que a graça, propriamente dita, dividia-se em graça individual ou perdão e graça coletiva ou indulto.

¹² A Constituição de 1934 retirou do Presidente da República a iniciativa do perdão e da comutação de penas criminais, pois somente poderiam ser concedidos “mediante proposta dos órgãos competentes” (BARBOSA, 1983).

¹³ Por oportuno, urge observar que o art. 19 das Disposições Transitórias determinava a concessão de anistia ampla a todos quantos tivessem cometido crimes políticos até a data da sua publicação.

Implantado o Estado Novo, em 1937, Getúlio Vargas outorgou uma nova Carta Política, a qual instituía a competência privativa da União para conceder a anistia (art. 15, inc. XI) e sobre ela legislar (art. 16, inc. XXV), bem como a competência privativa do Presidente da República para exercer o direito de graça (art. 74, alínea “n”, com redação dada pela EC nº 09/1995), sem, no entanto, explicitar em que consistia esse direito.

Desse modo, Barreto (1958, p. 206) esclarecia que a prerrogativa de “exercer o direito de graça”, a que se referia o art. 75, alínea “f” da Carta de 1937 (em sua redação original), abrangia tanto a graça e quanto o indulto, *in verbis*:

Conferida ao Presidente a prerrogativa de “exercer o direito de graça”, é claro que, por extensão, nêsse mesmo direito, se comportava, também, além da *graça* ou *perdão* pròpriamente dito, o *indulto* que, sendo a igual, uma forma de clemência do poder público, autorizava o supremo magistrado, em concedendo-o, bem como com o que ocorria com a mencionada graça, extinguir, comutar ou diminuir penas. Justo, por isso, quer nos parecer, para o contido na letra f, do artigo 75 daquela Constituição (em sua redação original), embora o inciso não falasse, em indulto, sendo este, como ressalta da doutrina, forma de clemência do poder público, justo, por isso, dizíamos, foi que veio êle a incluir-se nos citados Códigos, como modalidade do direito de graça.

Assim, observa-se que a expressão “direito de graça” referia-se também à anistia e à reabilitação¹⁴, aquela atribuição exclusiva do Congresso Nacional e esta competência do Poder Judiciário. Contudo, como o Congresso Nacional não foi convocado durante o período em que perdurou o Estado Novo, a referida atribuição foi absorvida e usurpada pelo Chefe do Executivo, por meio dos “decretos-leis” (BARRETO, 1958).

Sob a égide de tal Constituição, foram elaborados o Código Penal de 1940 e o Código Processual Penal de 1941, vigentes até os dias atuais. O primeiro dispunha que a anistia, a graça ou indulto consistiam em causas extintivas da punibilidade (art. 108, inc. II), e o segundo regulamentava os referidos institutos em seus arts. 734 a 742.

Nesse contexto, Barreto (1958) concluiu que, enquanto o Código Penal de 1940 equiparou a graça ao indulto, ao utilizar a conjunção “ou”, o Código de Processo Penal distinguia os dois institutos, regulamentando procedimento próprio para a graça, entre os arts. 734 a 740, e para o indulto, no art. 741.

Posteriormente, a Constituição de 1946 instituiu a competência da União (art. 5º, inc. XIV), exclusiva do Congresso Nacional (art. 66, inc. V) para conceder a anistia, bem como a competência privativa do Presidente da República para conceder indulto e comutar

¹⁴ Atualmente, a reabilitação é a declaração judicial de que estão cumpridas ou extintas as penas impostas ao sentenciado, assegurando o sigilo dos registros sobre o processo e atingindo outros efeitos da condenação (MIRABETE, 2011).

penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei (art. 87, inc. XIX), observando-se, desse modo, a supressão da expressão “direito de graça”, adotada na Carta de 1937.

Nesse período, Carvalho Filho (1955 apud BARRETO, 1958) já alertava sobre o uso inadequado das espécies de direito de graça, ao constatar a existência de indultos com efeito de anistia, anistias decretadas pelo Executivo, indulto a simples processados, anistia para crime comum, indulto para crime político, além de outras singularidades, o que dificultava a diferenciação entre as espécies, sobretudo para a doutrina¹⁵.

A Carta de 1967 também instituiu a competência da União (art. 8º, inc. XVI), atribuída ao Congresso Nacional (art. 46, inc. VIII) para conceder a anistia¹⁶, bem como a privativa do Presidente da República para conceder o indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei (art. 83, inc. XX). Esse último requisito, contudo, foi relativizado pela Emenda Constitucional nº 01/1969 (“Constituição de 1969”), ao acrescentar a expressão “se necessário”.

A EC nº 01/1969 também instituiu a outorga ou delegação da atribuição de conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei, aos Ministros de Estado ou a outras autoridades, que deveriam observar os limites traçados nas respectivas outorgas ou delegações (art. 83, parágrafo único).

Por oportuno, cumpre observar que, sob a égide da EC nº 01/1969, foram elaboradas as Leis nº 7.209/1984, que manteve a anistia, a graça e o indulto como causas extintivas da punibilidade (art. 107, inc. II), e nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que regulamentou o procedimento para a declaração da anistia e do indulto, neste compreendida a graça, conforme esclarece o Item 172 da Exposição de Motivos da Lei 7.210/1984, exposto em tópico seguinte (ver 2.2.2).

Ao fim da Ditadura Militar, fez-se necessária a elaboração de uma nova Constituição. Assim, em 1985, o Presidente da República José Sarney instituiu uma Comissão Provisória para Estudos Constitucionais, “encarregada de desenvolver pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte”, conforme determinava o art. 2º, *caput*, do Decreto nº 91.450/1985.

¹⁵ A título de exemplo, Francesco Carrara equiparava o indulto à anistia, Basileu Garcia e José Salgado Martins equiparavam o indulto à graça (em sentido estrito) e Carlos Maximiliano afirmava que o indulto possuía caráter individual, ao invés de coletivo (BARBOSA, 1978).

¹⁶ Nesse viés, o art. 57, inc. VI, da Carta de 1967 determinava a competência exclusiva do Presidente da República para a iniciativa das leis que concedessem anistia relativa a crimes políticos, ouvidos o Conselho de Segurança Nacional.

Dessa forma, a Comissão Provisória para Estudos Constitucionais, também conhecida por “Comissão Affonso Arinos”, elaborou e enviou o Anteprojeto da Constituição ao Presidente da República em 18.09.1986. Contudo, o Congresso Nacional optou por não apreciar um anteprojeto e decidiu redigir o texto constitucional a partir de propostas apresentadas por suas próprias comissões e subcomissões (SENADO FEDERAL, 2008).

Desse modo, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher elaborou seu anteprojeto, prevendo, no seu art. 3º, inc. I, alínea “i”, a criminalização da tortura, que seria a mais grave ofensa à vida, à existência digna e à integridade física e mental, insuscetível de fiança, prescrição e anistia, respondendo por ela os mandantes, os executores, os que, podendo evitá-la, se omitirem, e os que, tomando conhecimento dela, não a comunicarem na forma da lei.

De igual modo, a Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo também elaborou seu anteprojeto, prevendo, no art. 10, inc. XXVII, a competência privativa do Presidente da República, na forma e nos limites estabelecidos na Constituição, para conceder indulto ou graça, com audiência dos órgãos instituídos em lei.

Ao final, contudo, após emendas e discussões parlamentares, a Constituição Federal de 1988 repetiu a competência da União (art. 21, inc. XVII), atribuída ao Congresso Nacional (art. 48, inc. VIII) para a concessão da anistia, bem como a competência privativa do Presidente da República para a concessão de indulto e comutação de penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos por lei (art. 84, inc. XII), a qual pode ser delegada aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado Geral da União, os quais deverão observar os limites traçados nas respectivas delegações (art. 84, parágrafo único).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 5º, inc. XLIII, 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.

2.2 Espécies do direito de graça

O presente tópico estudará cada espécie do direito de graça na legislação brasileira, no intuito de investigar suas semelhanças e, principalmente, suas diferenças, nas quais, acredita-se, se assenta o ponto-chave para a busca pela resposta ao problema proposto.

2.2.1 Anistia

Trata-se de lei penal de efeito benéfico e, portanto, retroativo (*ex tunc*), que promove o esquecimento jurídico penal do fato (JUNQUEIRA, 2013). Em função disso, não pode ser revogada por lei posterior. Volta-se, primordialmente, a crimes políticos, mas nada impede sua concessão a outras infrações penais (NUCCI, 2014b). Em regra, extingue todos os efeitos penais da condenação, mas mantém os extrapenais, como a obrigação de reparar o dano, conforme aponta o art. 67, inc. II, do CPP¹⁷.

Segundo o art. 107, inc. II, do CP, trata-se de causa de extinção da punibilidade. Contudo, Nucci (2014b, p. 367) defende que a natureza jurídica da anistia é de “autêntica extinção da tipicidade, pois o legislador declara, por lei, inexistente o fato que foi objeto de tipificação em lei penal incriminadora”.

A concessão da anistia é de competência exclusiva da União (CF/88, art. 21, inc. XVII), de atribuição do Congresso Nacional (CF/88, art. 48, inc. VIII), por meio de lei¹⁸.

A doutrina a classifica em própria, quando anterior ao trânsito em julgado, ou imprópria, quando posterior; em geral (ou plena), quando não impõe o preenchimento de algum requisito, ou parcial (ou restrita), quando o faz; em incondicionada, quando independe da prática de algum ato pelos beneficiários, ou condicionada, se depender, hipótese na qual poderá ser recusada¹⁹; e em especial, caso se refira a crimes políticos, ou comum, quando abranger outros crimes.

Concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da Autoridade Administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade (LEP, art. 187).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 5º, inc. XLIII, sejam considerados crimes insuscetíveis de anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

¹⁷ Art. 67 – Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: [...] II – a decisão que julgar extinta a punibilidade.

¹⁸ O projeto de uma lei de anistia é, em regra, analisado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, eventualmente, pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e pelo Plenário das duas casas do Congresso Nacional (ROIG, 2014a).

¹⁹ Nesse viés, defende-se que a anistia pode também ser recusada sempre que o beneficiário entender existentes provas da sua inocência, o que ensejaria sua absolvição criminal. Nessa discussão, Roig (2014a, p. 473-474) entende que “a medida mais acertada parece ser, todavia, a possibilidade de o condenado requerer o sobrestamento dos efeitos da anistia até o deslinde judicial da questão. Se favorável ao condenado, com a sua absolvição judicial, perderia então efeito a anistia. Essa medida traria maior segurança ao acusado, permitindo-lhe discutir sua causa sem o risco de sofrer uma condenação judicial confrontante com a vontade legislativa”.

2.2.2 Graça

O vocábulo graça comporta dois significados. Em sentido amplo, é sinônimo do direito de graça, compreendendo, portanto, os institutos da anistia, da graça, em sentido estrito, e do indulto. Em sentido estrito, doravante estudado, é o “ato de clemência do poder público em favor do réu definitivamente condenado, nos crimes comuns, para conceder-lhe individualmente, a extinção, diminuição ou comutação da pena” (LEAL, A., 1942, p. 351).

Trata-se de favor individual e pessoal (determinado), que se destina a um ou mais condenados, desde que devidamente individualizados. Deve ser solicitada, embora o Presidente da República possa concedê-la espontaneamente (LEAL, J., 2003), mediante decreto.

Segundo o art. 107, inc. II, do CP, trata-se de causa de extinção da punibilidade. Contudo, Nunes (2012), referindo-se ao indulto, gênero do qual a graça seria espécie (“indulto individual”), defende que, enquanto instituto de execução penal, é causa de extinção da pena ou da medida de segurança, pois, em se tratando de perdão destinado exclusivamente a quem já foi condenado, era de esperar que essa clemência não viesse tratada como causa de extinção da punibilidade, que só pode ser declarada antes do trânsito em julgado da sentença.

Diferentemente da anistia, a graça incide apenas após o trânsito em julgado, ao menos para a acusação, e não extingue os efeitos penais da condenação, de modo que, se o beneficiado for novamente condenado, poderá ser declarado reincidente.

A doutrina a classifica em total (ou plena), quando extingue a punibilidade, ou parcial (ou restrita), quando diminui ou converte a pena em outra mais branda (comutação), hipótese na qual poderá ser recusada (CPP, art. 739); e em incondicionada, quando independe da prática de algum ato pelo beneficiário, ou condicionada, se depender, hipótese na qual também poderá ser recusada.

Conforme exposto anteriormente (ver 2.1.2), o procedimento para a concessão da graça estava disciplinado entre os arts. 734 a 742 do CPP. Contudo, com a vigência da Lei de Execução Penal, a graça (em sentido estrito) recebeu a denominação de “indulto individual” – embora se defenda, neste trabalho, que com esse instituto não se confunde –, conforme esclarece o item 172 da Exposição de Motivos da mencionada lei, *in verbis*:

As disposições em torno da anistia e do indulto (art. 187 e ss.) aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo. A Constituição Federal [Constituição de 1967, alterada pela EC nº 01/1969], aliás, não se refere à graça, mas somente à anistia e ao indulto (arts.

8º, XVI; 43; 57, VI; 81, XXVII). Em sentido amplo, a graça abrangeria tanto a anistia quanto o indulto.

Desse modo, a graça poderá ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, da Autoridade Administrativa ou do Conselho Penitenciário (LEP, art. 188). Essa petição, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário para elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça (LEP, art. 189).

O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo e do prontuário (registro total das informações do preso), promoverá as diligências que entender necessárias e fará, em relatório, a narração do ilícito penal e dos fundamentos da sentença condenatória, a exposição dos antecedentes do condenado e do procedimento deste depois da prisão, emitindo seu parecer sobre o mérito do pedido e esclarecendo qualquer formalidade ou circunstâncias omitidas na petição (LEP, art. 190).

Processado no Ministério da Justiça com documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição será submetida a despacho do Presidente da República, a quem serão apresentados os autos do processo ou a certidão de quaisquer de suas peças, se ele o determinar (LEP, art. 191).

Concedido o “indulto individual” e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação da pena (LEP, art. 192).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 5º, inc. XLIII, sejam considerados crimes insuscetíveis de graça a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

2.2.3 Indulto

Trata-se da clemência destinada a um grupo de sentenciados, tendo em vista a natureza e a duração das penas aplicadas, podendo se exigir o cumprimento de requisitos subjetivos (v.g., primariedade e bom comportamento carcerário) e objetivos (v.g., cumprimento de certo montante da pena) (NUCCI, 2010).

Trata-se de ato político unilateral do Poder Executivo, guiado, regra geral, pelos critérios da conveniência e da oportunidade (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011). É, portanto, ato espontâneo, coletivo e impessoal (indeterminado), no qual se concede a extinção, diminuição ou comutação da pena (LEAL, J., 2003).

A propósito, urge destacar, que a comutação de penas não se trata de “indulto parcial”, pois o indulto é causa extintiva da punibilidade e não existe causa extintiva parcial (ROIG, 2014a). Na verdade, conforme exposto anteriormente (ver 2.1.1), a comutação é a conversão da pena imposta por outra, qualitativa ou quantitativamente, mais branda (PRADO, 2011), podendo ser empregada tanto nos casos de concessão de indulto como de graça.

Por oportuno, faz-se necessário destacar que o indulto tem sido utilizado para atenuar os problemas do sistema penitenciário brasileiro, particularmente o da superlotação carcerária (ROIG, 2014b). Com efeito, segundo o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), órgão do CNJ, em junho de 2014, o número de pessoas presas no sistema penitenciário e em prisão domiciliar no Brasil era de 715.592 e o do déficit de vagas no sistema, computada a prisão domiciliar, era de 358.373, o que corresponde 200,3% mais presos do que vagas.

Nesse cenário, observa-se a constante violação a direitos e garantias fundamentais do cidadão, como ao princípio da humanidade das penas, decorrente do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) e do princípio da prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, inc. II) (ROIG, 2014a). Em suma, o princípio da humanidade das penas se materializa na proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante, da pena de morte, em regra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis, constante no art. 5º, incs. III e XLVII, da CF/88.

Nesse contexto, Roig (2014b) tem sustentado a adoção do princípio do *numerus clausus*²⁰ (número fechado) no Brasil, segundo o qual a cada nova entrada de uma pessoa dentro do sistema prisional deve corresponder a, pelo menos, uma saída, de modo que a proporção “presos-vagas” se mantenha sempre em estabilidade ou em redução.

Desse modo, o mencionado autor identifica, ao menos, três modalidades de *numerus clausus*, que deverão ser aplicadas, simultaneamente ou não. A primeira seria o *numerus clausus* preventivo, no qual há vedação de novos ingressos no sistema penitenciário, com a conseqüente transformação em prisão domiciliar. A segunda, o *numerus clausus* direto, consistente no deferimento de indulto ou prisão domiciliar àqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade.

²⁰ Esse princípio ou sistema organizacional foi idealizado, em 1989, por Gilbert Bonnemaïson, deputado do Partido Socialista Francês, como uma das propostas para a modernização do serviço público penitenciário da França. “Consistia na obrigatoriedade de que o número de presos em um estabelecimento penal atendesse ao número exato (fechado) de vagas disponíveis, de modo que, uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, deveriam ser escolhidos os presos com melhor prognóstico de adaptabilidade social, impondo-lhes a detenção domiciliar com vigilância eletrônica” (ROIG, 2014b, p. 01).

Nessa modalidade, defende que o decreto presidencial de indulto, além de suas disposições regulamentares, poderia passar a incluir percentuais de presos a serem indultados em cada Estado, entre aqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade (ROIG, 2014b).

A terceira, por fim, seria o *numerus clausus* progressivo, consistente em um sistema de transferência em cascata (cadeia), com a ida de um preso do regime fechado para o semiaberto, de outro do regime semiaberto para o aberto (ou prisão domiciliar) e, por fim, de alguém que esteja em uma dessas modalidades para o livramento condicional (especial). Todas essas transferências, contudo, deveriam ocorrer antes mesmo do prazo para a implementação dos respectivos benefícios.

Desse modo, verifica-se que, no atual contexto, o indulto consiste em importante instrumento de Política Criminal que impede a violação a direitos e garantias fundamentais do cidadão, além de concretizar o princípio do *numerus clausus*, uma vez adotado no Brasil.

Avançando na discussão, segundo o art. 107, inc. II, do CP, trata-se de causa de extinção da punibilidade. Contudo, Nunes (2012) defende que, enquanto instituto de execução penal, é causa de extinção da pena ou da medida de segurança, pois, em se tratando de perdão destinado exclusivamente a quem já foi condenado, era de esperar que essa clemência não viesse tratada como causa de extinção da punibilidade, que só pode ser declarada ante do trânsito em julgado da sentença.

Assim como a graça, o indulto incide apenas após o trânsito em julgado, ao menos para a acusação, e não extingue os efeitos penais da condenação, de modo que, se o beneficiado for novamente condenado, poderá ser declarado reincidente.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 84, a competência privativa do Presidente da República para conceder indulto e comutação, com audiência, se necessário dos órgãos instituídos em lei (inc. XII), por meio de decreto, atribuição que pode ser delegada aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, os quais deverão observar os limites traçados nas respectivas delegações (parágrafo único).

A doutrina o classifica em total (ou pleno), quando extingue a punibilidade, ou parcial (ou restrito), quando diminui ou converte a pena em outra mais branda (comutação), hipótese na qual poderá ser recusado (CPP, art. 739); em incondicionado, quando independe da prática de algum ato pelo beneficiário, ou condicionado, se depender, hipótese na qual também poderá ser recusado; e em humanitário, quando motivado por razões humanitárias

(ex: indivíduo portador de doença grave etc.), ou comum, quando não motivado por tais razões.

Com relação ao procedimento para a concessão de indulto e comutação de penas, anualmente, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), pelo seu Pleno, apresenta um projeto ao Ministro da Justiça. Em caso de aprovação, é submetido ao Presidente da República para sanção (NUNES, 2011).

O processo de elaboração desse projeto conta com a participação da sociedade e dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do Ministério Público. Em regra, o CNPCCP recebe sugestões da sociedade para a elaboração das regras de indulto e comutação de penas, após o que, realiza uma Audiência Pública com a finalidade de discutir as sugestões e definir o texto do projeto (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014b).

Nesse sentido, Nunes (2011) observa que, no decorrer dos anos, esses decretos vêm sendo constantemente adequados à realidade penitenciária do momento em que apreciados pelo CNPCCP, com inovações que fazem parte dos relatórios elaborados por entidades públicas e privadas.

Tais decretos também estabelecem o procedimento para a declaração do direito que concedem, o qual pode ser alterado anualmente, de acordo com os juízos de conveniência e oportunidade do Presidente da República, decorrentes da competência constitucional inserta no art. 84, inc. XII (ROIG, 2014a).

De todo modo, se o sentenciado for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da Autoridade Administrativa, declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação de pena (LEP, art. 193).

Por fim, embora o legislador constituinte não tenha se referido ao indulto no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, o legislador infraconstitucional o incluiu no art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) e, em seguida, no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas).

A respeito da vedação ao indulto, há duas posições doutrinárias: a primeira afirma que não é inconstitucional, uma vez que seria ilógico que a Constituição, em seu art. 5º, inc. XLIII, vedasse a graça (clemência em regra individual e solicitada) e permitisse o indulto (clemência em regra geral e espontânea). Assim, o termo “graça”, utilizado no mencionado dispositivo constitucional, teria sentido amplo, compreendendo a graça em sentido estrito e o indulto.

Nesse sentido, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento do HC nº 77.528-0/SP, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. INDULTO, ANISTIA, GRAÇA E COMUTACAO DE PENAS. EXCLUSAO DO BENEFÍCIO, EM RELAÇÃO AOS AUTORES DE CRIMES HEDIONDOS (ART. 2, INC. I, DA LEI Nº 8.072, DE 26.07.1990, MODIFICADA PELA LEI Nº 8.930, DE 06.09.1994). CONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 2.365, DE 05.11.1997, ART. 8º, INCISO II: LEGALIDADE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firma entendimento no sentido da constitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072, de 26.07.1990 (modificada pela Lei nº 8.930, de 06.09.1994), na parte em que considera insuscetíveis de indulto (tanto quanto de anistia e graça), os crimes hediondos por ela definidos, entre os quais o de latrocínio, pelo qual foi condenado o paciente. 2. E também no sentido da legalidade do inciso II do Decreto nº 2.365, de 05.11.1997, que exclui dos benefícios, por ele instituídos (indulto e comutação de pena), “os condenados por crimes hediondos definidos” na mesma legislação. 3. É firme, igualmente, por outro lado, a jurisprudência da Corte, no Plenário e nas Turmas, considerando válidos Decretos de indulto coletivo, que beneficiam indeterminadamente os condenados por certos delitos e não os condenados por outros, conforme critérios razoáveis de política criminal do Presidente da República (Plenário: “H.C.” nº 74.132). 4. “Habeas Corpus” indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator. (STF, HC 77528-0/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 22/10/99).

A segunda afirma que é inconstitucional, não podendo a lei ordinária extrapolar a Constituição e restringir atribuição privativa do Presidente da República (art. 84, inc. XII, da CF/88) (DELMANTO et al, 2010).

Desse modo, faz-se necessário, para a adoção de uma das referidas posições, que se analise em profundidade o inc. XLIII do art. 5º da CF/88 a fim de que se possa determinar seu sentido e alcance.

2.3 Análise do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88

O presente tópico analisará o art. 5º, inc. XLIII, da CF/88 com o objetivo de investigar o sentido e o alcance do vocábulo “graça”, ao determinar que a lei considere 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.

Para tanto, serão analisados, de modo geral, os mandados constitucionais expressos de criminalização e as normas excepcionais, de acordo com a doutrina de Carlos Maximiliano, assuntos nos quais o mencionado dispositivo se insere.

2.3.1 Mandado constitucional expreso de criminalização

Os mandados constitucionais expressos de criminalização são “normas que criam, direta e expressamente, a obrigação, para o legislador infraconstitucional, de incriminar lesões a determinados bens jurídicos²¹” (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 133).

Ou seja, indicam matérias sobre as quais o legislador infraconstitucional não tem a faculdade, mas a obrigatoriedade de legislar (MASSON, 2010), com a finalidade de proteger adequadamente os bens jurídicos consagrados na Constituição.

Nesse contexto, a atuação do legislador infraconstitucional deve estar sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, o qual “exige que se faça uma ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)” (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 110).

Desse modo, verifica-se que o princípio da proporcionalidade possui dois desdobramentos: o da proibição de excesso e o da proibição de proteção deficiente:

[...] na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais, como *imperativo de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau da satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (MENDES; BRANCO, 2011, p. 536, grifo do autor).

Portanto, os mandados constitucionais de criminalização impõem ao legislador o dever de observância ao princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso, funcionando como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos, e como proibição de proteção deficiente, funcionando como imperativo de tutela.

De outra sorte, observa-se que, nessas normas, o legislador constituinte substituiu o legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora e tomou para si tanto o critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido – próprio do legislador constituinte – como o da

²¹ A doutrina também assinala a existência dos mandados constitucionais implícitos de criminalização, que decorrem de uma ordem de valores estabelecida pela Constituição (MENDES; BRANCO, 2011), como o combate à corrupção.

necessidade da pena – próprio do legislador infraconstitucional (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Os motivos que o levaram a antecipar o processo de criminalização no Brasil²² se situam no período anterior da Ditadura Militar. Nesse sentido,

Era imprescindível, portanto, demonstrar, de forma a espancar toda e qualquer dúvida, que não seria suportável o retorno ao passado ditatorial, que tantos males causou à nação, e que também não seriam toleráveis agravos à nova ordem democrática. Além disso, não seria admissível, no Estado Constitucional de Direito, condutas que só teriam pertinência num regime totalitário porque desrespeitosas para com a dignidade da pessoa humana. (FRANCO; LIRA; FÉLIX, 2011, p. 133 e 134).

Assim, de um lado, o legislador constituinte situou os mandados constitucionais de criminalização que se resumem a indicar determinados bens jurídicos em relação aos quais comunica ao legislador infraconstitucional sua obrigação de lhes dar proteção penal, do que são exemplos o art. 5º, inc. XLI, o art. 225, §3º, e o art. 227, §4º, todos da CF/88²³ (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

De outro lado, situou os mandados constitucionais de criminalização que, além da indicação dos bens jurídicos, acrescentam expressas limitações, sejam de natureza penal ou processual penal, que são estritamente impostas ao legislador ordinário, do que são exemplos o art. 5º, incs. XLII, XLIII e XLIV, da CF/88²⁴ (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Desse modo, a regra do inc. XLIII do art. 5º da CF/88, que veda a incidência de causas extintivas da punibilidade em relação à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e aos crimes definidos como hediondos, constitui uma restrição constitucional e, portanto, norma excepcional, a seguir genericamente analisada.

²² Registre-se que semelhantes determinações também podem ser encontradas na Constituição da Espanha (art. 45, 1 e 2; art. 46, “c”; art. 55), da Itália (art. 13), da França (art. 68) e na Lei Fundamental da Alemanha (art. 26, I), não se tratando, portanto, em uma singularidade do ordenamento jurídico pátrio (MENDES; BRANCO, 2011).

²³ Art. 5º [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Art. 225 [...] § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Art. 227. [...] §4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

²⁴ Art. 5º [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; 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; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

2.3.2 Normal excepcional

Segundo Maximiliano (2011, p. 183, grifo do autor),

[...] quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o *espírito* do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo *estrito*.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, de modo geral, as normas excepcionais estabelecem exceções, de qualquer natureza, a regras gerais ou a um preceito da mesma lei, a favor, ou em prejuízo, de indivíduos ou grupos de indivíduos (MAXIMILIANO, 2011).

São estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o direito comum, por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente (MAXIMILIANO, 2011).

Dessa forma, consideram-se excepcionais, por exemplo, as disposições de caráter punitivo, quando se não se referem a delitos, porém cominam multa, indenização, perda de cargo, incapacidade, privação de direitos e regalias (MAXIMILIANO, 2011), hipótese na qual se insere o dispositivo em análise.

Com efeito, a anistia, a graça e o indulto consistem em benefícios, na medida em que implicam gesto de benevolência ou favor político, baseado num juízo de conveniência e oportunidade (FRANCO; STOCO, 2007). Assim, uma vez restringidos, impõe-se a adoção da interpretação restritiva.

De acordo com Maximiliano (2011), a interpretação restritiva corresponde, atualmente, à outrora denominada “declarativa estrita”, na qual o intérprete apenas declara o sentido verdadeiro e o alcance exato. Ou seja, a interpretação restritiva não reduz o campo da norma, mas lhe determina as fronteiras exatas, não concluindo mais nem menos do que o texto exprime.

No sentido perfilhado, embora diferencie conceitualmente a interpretação restritiva da estrita ou declarativa, Barroso (2014, p. 125) leciona que:

Quando exista congruência plena entre as palavras da norma e o sentido que lhes é atribuído pela razão, quando coincidem o elemento gramatical e o elemento lógico, a interpretação será declarativa. Todavia, havendo incongruência entre a interpretação lógica e a gramatical, caberá ao intérprete operar uma *retificação* do sentido verbal na conformidade e na medida do sentido lógico (grifo do autor).

Ou seja, havendo congruência entre a interpretação gramatical e a interpretação lógica, o ato interpretativo deve ter o efeito estrito ou declarativo, ou, de acordo com a doutrina de Carlos Maximiliano, restritivo.

De outra sorte, saliente-se, por oportuno, importante regra de hermenêutica jurídica segundo a qual não se admite interpretação extensiva *in malam partem*, veiculada por meio das seguintes máximas: “prefira-se, ao interpretar as leis, a inteligência favorável ao abrandamento das penas ao invés das que lhes aumente a dureza ou exagere a severidade” e “adote-se, nas causas penais, a exegese mais benigna” (MAXIMILIANO, 2011).

Com efeito, a mencionada regra consiste em desdobramento do brocardo “restringa-se o odioso, amplie-se o favorável”, no qual o prejudicial deve ser atenuado, e o favorável, se ao mais fraco, ampliado, e se ao mais forte, apenas se a ampliação não redundar em qualquer prejuízo, ainda que mínimo, para o mais fraco ou desprotegido (FALCÃO, 2010).

Diante do exposto, conclui-se que, em se tratando a graça e o indulto de institutos distintos, semelhantes apenas quanto aos seus efeitos, a “graça” constante do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, consistiria apenas na graça *stricto sensu*, pois, caso contrário, estar-se-ia admitindo que o legislador constituinte teria adotado duas expressões para designar o mesmo instituto. Isto é, teria utilizado, no mencionado dispositivo, o vocábulo graça para designar a graça, em sentido estrito, e o indulto, e, no art. 84, inc. XII, o vocábulo indulto para designar o indulto (coletivo) e a graça (“indulto individual”), o que não faz sentido.

Por outro lado, em se tratando de institutos, senão iguais, semelhantes – o que, diga-se de passagem, não se admite no presente trabalho –, conclui-se que, ao incluir o indulto entre as vedações constantes na Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) e, em seguida, na Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas), teria o legislador ordinário agido corretamente.

Por ora, contudo, serão estudados, no próximo capítulo, os crimes hediondos e equiparados, objetivando-se analisar a figura do “tráfico privilegiado” no intuito de investigar se é equiparado ou não a crime hediondo.

3 CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS: distinções e reflexões relevantes

O presente capítulo objetiva analisar a figura do “tráfico privilegiado”, prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas), com o escopo de buscar uma resposta ao problema da constitucionalidade, ou não, da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”.

Para tanto, serão abordadas as tipologias, os conceitos e as limitações dos crimes hediondos, partindo-se do estudo do processo de elaboração e dos principais aspectos penais e processuais penais da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos).

Em seguida, serão também abordadas as tipologias, os conceitos e as limitações dos crimes equiparados, quais sejam o terrorismo, a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, com especial enfoque ao estudo da figura do “tráfico privilegiado”.

Por fim, serão analisados os impedimentos à concessão de indulto e comutação de penas constantes nos respectivos decretos a partir de 2003 até 2013, objetivando-se investigar os efeitos da vigência da Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas) nas alterações promovidas.

3.1 Crimes hediondos: tipologias, conceitos e limitações

O presente tópico estudará o processo de elaboração e os principais aspectos penais e processuais penais da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), com o objetivo de investigar não só o contexto em que foi elaborada, como também os reflexos desse contexto em suas disposições normativas.

3.1.1 Processo de elaboração da Lei de Crimes Hediondos

Primeiramente, faz-se necessário destacar que a Lei de Crimes Hediondos foi influenciada pelo movimento político-criminal da lei e da ordem (*Law and Order*), nascido nos Estados Unidos da América, na década de 1960.

Esse movimento acredita que a sociedade é dividida entre pessoas boas, incapazes da prática de atos transgressores, e más, prontas para a prática de tais atos, de modo que estas não podem conviver com aquelas, sob o risco de contaminá-las (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Parte da premissa de que o crescimento da criminalidade decorre da “suavização” das normas penais e processuais penais, de modo que deve a lei restabelecer a ordem,

agravando os níveis punitivos e penalizando com rigor até da pena de morte os criminosos perigosos ou reincidentes (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Nesse sentido, compreende o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade, como uma doença infecciosa, e o criminoso, como um ser daninho (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011), utilizando como principal veículo para a produção deste consenso sobre o crime, a criminalidade e a necessidade de incremento constante das penas os meios de comunicação de massa (CARVALHO, 2013).

Assim, “instrumentalizado pela mídia, transmite ao senso comum do homem da rua (*every day theory*) estado de perigo constante e iminente, apenas excluído pela atuação profilática dos aparatos do Estado Penal” (CARVALHO, 2013, p. 98), entendendo, desse modo, o Direito Penal como o único instrumento capaz de solucionar o problema da sempre crescente criminalidade.

Nesse contexto, tem como principais metas: a) justificar a pena como castigo e retribuição (embora, segundo Franco, Lira e Felix (2011), também possua um caráter preventivo situado no controle social sobre as pequenas incivildades no intuito de prevenir delitos mais graves¹); b) instaurar regime de penalidades capitais e perpétuas ou impor severidade no regime de execução da pena; c) ampliar as possibilidades de prisões provisórias e; d) diminuir o poder judicial de individualização das sanções (CARVALHO, 2013).

No Brasil, durante as décadas de 1970 e 1980, foi impulsionado pelo incremento da criminalidade violenta direcionada a segmentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos, a exemplo da onda de crimes de extorsão mediante sequestro nas grandes capitais do país, que atingiu o empresário Abílio Diniz e, posteriormente, em meados de 1990, o empresário Roberto Medina (irmão do, à época, Deputado Federal Rubem Medina), servindo de pretexto maior para a produção de projeto de lei tendente a reprimir o crime hediondo (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Nesse cenário, os meios de comunicação de massa passaram a tratar o tema da extorsão mediante sequestro, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e dos demais

¹ Nesse sentido, o caráter preventivo do movimento político-criminal da lei e da ordem pode ser sintetizado pela metáfora das janelas quebradas, segundo a qual “se uma janela de um edifício está quebrada e se deixa sem repará-la, o resto das janelas será quebrado de imediato porque uma janela sem conserto é sinal de que ninguém se preocupa com o fato e, portanto, quebrar mais janelas não terá qualquer custo. Um edifício com todas as janelas quebradas traduz a ideia de que a ninguém importa o que se passa na rua e, logo, outros edifícios serão danificados. Isto terá efeitos negativos, pois somente ‘os jovens, os criminosos e os temerários têm algum negócio numa avenida sem proteção e, portanto, mais e mais cidadãos abandonarão a rua’” (...) “Para evitar essa deterioração e para que os cidadãos ocupem os lugares públicos, é imprescindível que a polícia à pé vigie esses locais, elevando o nível de ordem pública e combatendo as condutas desordenadas e antissociais, como a vagabundagem, a mendicância, a prostituição etc. Pois elas seriam a *janela quebrada* que daria lugar a condutas mais graves” (WILSON; KELLING, 1982 apud FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 143, grifo do autor).

crimes de massa que atormentam o cidadão comum (roubos, furtos etc.) com especial ênfase, criando, ao mesmo tempo, um sentimento geral de insegurança e uma exigência de rigor maior no combate a toda criminalidade violenta (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Nessa conjuntura, foram apresentados diversos projetos de leis, que deram origem ao Projeto Substitutivo nº 5.405/1990, elaborado pelo Deputado Roberto Jefferson, relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, que, após acordo entre todos os líderes dos partidos políticos e sem nenhuma discussão mais aprofundada, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, em seguida, pelo Senado Federal, resultando na Lei nº 8.072/1990 (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011), a seguir estudada.

3.1.2 Aspectos penais e processuais penais da Lei de Crimes Hediondos

Primeiramente, impende observar que, em regra, há três critérios de classificação dos crimes como hediondos, quais sejam: o enumerativo, o judicial subjetivo e o legislativo definidor. No primeiro critério, o legislador enumera, de forma exaustiva (*numerus clausus*), os crimes que devem ser considerados hediondos, sem explicar ou fundamentar as razões que o levaram a estipulá-los como tal (NUCCI, 2014a).

O ponto positivo desse critério é a segurança jurídica, uma vez que somente serão considerados hediondos os crimes constantes de rol taxativo. O ponto negativo, a nebulosa avaliação legislativa, sem que haja parâmetros para descobrir o que teria levado o legislador a estipular esse ou aquele crime como hediondo, podendo assim proceder (e na maioria das vezes assim o faz) simplesmente em virtude da pressão exercida pela mídia (NUCCI, 2014a).

No segundo critério, levando-se em consideração os elementos do caso concreto, confere-se ao magistrado ampla liberdade para identificar a natureza hedionda de determinado delito. Desse modo, poderia o juiz enquadrar um roubo, no qual a violência exercida contra a vítima foi exagerada, demonstrativa da perversidade e crueldade do agente, como hediondo e desconsiderar um homicídio qualificado pelo emprego de veneno como hediondo, por entender que a vítima não sofreu antes de falecer e que tanto autor quanto vítima se agrediam constantemente (NUCCI, 2014a).

O ponto positivo desse critério é que o magistrado não fica adstrito a um rol taxativo fixado em abstrato pelo legislador, permitindo maior flexibilidade na classificação de cada crime como hediondo. O ponto negativo, a insegurança dos critérios subjetivos de cada magistrado para considerar um crime como hediondo, invadindo o âmbito dos seus valores

personais, em alguns casos, repletos de preconceitos, desvios e falta de bom senso (NUCCI, 2014a).

No terceiro critério, o legislador define em que consiste o crime hediondo, após o que compete ao magistrado enquadrar determinado crime como hediondo de acordo com os elementos do caso concreto. O ponto positivo desse critério é evitar a simples enumeração de crimes como hediondo, sem qualquer explicação ou fundamento. O ponto negativo é, ainda, a insegurança, uma vez que se sabe que as definições são fontes inesgotáveis de dúvidas e críticas, o que acabaria por relegar à jurisprudência (aos magistrados, portanto) a interpretação do que seria ou não hediondo (NUCCI, 2014a).

Diante do exposto, Nucci (2014a) defende a união dos critérios, argumentando que o legislador deveria enumerar vários delitos, principalmente os que implicam em violência ou grave ameaça contra a pessoa, fornecer um conceito de hediondez e permitir que o juiz, no caso concreto, promova a adequação dos delitos constantes em lei como hediondos ou não.

De modo semelhante, Leal (1993) defende que hediondo não é o crime, mas a conduta, de modo que a judicialização do conceito de crime hediondo, ainda que ocasionasse certo grau de casuísmo, seria preferível ao critério enumerativo.

Contudo, o art. 1º da Lei nº 8.072/1990 adotou apenas o critério enumerativo, considerando hediondos os seguintes crimes, consumados ou tentados: homicídio (art. 121 do CP), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, §2º, incs. I, II, III, IV e V, do CP); latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*, do CP); extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2º, do CP); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º, do CP); estupro (art. 213, *caput*, e §§ 1º e 2º, do CP); estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput*, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do CP); epidemia com resultado morte (art. 267, §1º, do CP); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, e §§1º, 1º-A e 1º-B, do CP) e genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/1956).

Avançando no estudo da lei em comento, o seu art. 2º determina que os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo sejam inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

Nesse sentido, urge observar que, em sua redação original, a Lei nº 8.072/1990 previa que os crimes hediondos ou equiparados seriam insuscetíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança. Porém, com a edição da Lei nº 11.464/2007, suprimiu-se a proibição à concessão de liberdade provisória, sem fiança, de modo que o magistrado deverá concedê-la

sempre que não estejam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, tornando, portanto, a proibição à concessão de fiança – que nada mais é do que uma espécie de liberdade provisória –, inócua (NUCCI, 2014a).

Por sua vez, no que se refere à proibição à concessão de anistia, graça e indulto, há duas correntes: uma defende que a proibição à concessão de indulto é constitucional e a outra, inconstitucional. Essa discussão, contudo, será reservada ao capítulo seguinte.

De outra sorte, o art. 2º também determina, em seu §1º, que a pena por crime previsto nesse artigo seja cumprida em regime inicial fechado.

Nesse sentido, urge observar que, em sua redação original, a Lei nº 8.072/1990 previa que a pena por crime hediondo ou equiparado fosse cumprida em regime integral fechado. Contudo, em 23.02.2006, no julgamento do HC nº 82.959-7/SP, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade deste dispositivo, sob o fundamento de que violava o princípio constitucional da individualização da pena (LIMA, 2014).

Desse modo, ante a declaração de inconstitucionalidade da regra especial, o regime inicial de cumprimento de pena pela prática de crime hediondo ou equiparado passou a ser determinado pela regra geral do art. 33, §2º, do CP², e a consequente progressão de regime, pelo art. 112, *caput*, da LEP³.

Em seguida, com a edição da Lei nº 11.464/2007, determinou-se que a pena por crime hediondo ou equiparado fosse cumprida em regime inicial fechado (§1º), exigindo-se, para progressão de regime, o cumprimento mínimo de 2/5 (dois quintos) da pena, se o condenado fosse primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente⁴ (§2º).

² Art. 33 [...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

³ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

⁴ Desse modo, por se tratar de *lex gravior*, a mencionada lei passava a regular apenas os fatos ocorridos após a sua vigência. Nesse contexto, a fim de regular as situações ocorridas antes da edição da mencionada lei e após a declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, o STF editou a Súmula Vinculante nº 26, segundo a qual “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”, e o STJ, a Súmula nº 471, segundo a qual “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

Contudo, em 26.06.2012, no julgamento do HC nº 111.840/ES, o STF mais uma vez declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do mencionado §1º, sob o fundamento de que (ainda) violava o princípio constitucional da individualização da pena (LIMA, 2014).

Desse modo, ante a declaração de inconstitucionalidade da regra especial, o regime inicial de cumprimento de pena pela prática de crime hediondo ou equiparado passou a ser determinado pela regra geral do §2º do art. 33 do CP, e a progressão de regime manteve o disposto no §2º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990.

Por outro lado, o art. 2º também determina, em seu §3º, que, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Embora boa parte da doutrina questionasse o dispositivo em questão, sob o argumento de que não se poderia determinar o recolhimento do sentenciado à prisão como condição de admissibilidade recursal, obstaculizando o direito ao duplo grau de jurisdição, os Tribunais Superiores consideravam tal requisito válido, conforme se depreende da Súmula nº 09 do STJ, *in verbis*: “a exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (LIMA, 2014).

Contudo, em 17.04.2007, no julgamento do HC nº 88.420/PR, o STF alterou seu entendimento sobre o assunto, abolindo o recolhimento do sentenciado à prisão como condição de admissibilidade recursal, sob o fundamento de que havia um conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, 2, “h”, do Pacto de São José da Costa Rica⁵, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, §2º, da CF/88, e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que tivesse a apelação processada (LIMA, 2014).

Consolidando o entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC nº 88.420/PR, a 3ª Seção do STJ aprovou o enunciado da Súmula nº 347, segundo a qual “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”, invalidando, conseqüentemente, a Súmula nº 09 do STJ (LIMA, 2014).

De outro modo, o art. 2º também determina, em seu §4º, que a prisão temporária, nos crimes hediondos ou equiparados, tenha o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Em suma, esse dispositivo amplia não só o prazo da prisão temporária, em regra, de 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada

⁵ Artigo 8º - Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

necessidade, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/1989 (Lei da prisão temporária), como também o rol de infrações penais que estão sujeitas a esta prisão cautelar.

Por fim, impende destacar que o art. 5º acrescentou o inciso V ao artigo 83 do CP, determinando o cumprimento mínimo de 2/3 (dois terços) da pena para concessão de livramento condicional aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, vedando-se sua concessão aos condenados reincidentes específicos.

Após o estudo desses aspectos penais e processuais penais comuns aos crimes hediondos e equiparados, o tópico seguinte estudará mais detalhadamente os crimes equiparados a hediondo, com o objetivo de investigar as semelhanças e as possíveis diferenças existentes no tratamento conferido aos crimes hediondos e a seus equiparados.

3.2 Crimes equiparados: tipologias, conceitos e limitações

Neste tópico, serão estudados, em linhas gerais, os crimes equiparados a hediondo, com o objetivo de analisar os principais tipos penais, bem como o tratamento conferido ao indulto por cada uma das leis que preveem os mencionados delitos.

3.2.1 Terrorismo

Não há unanimidade quanto à existência do delito de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o tema, há duas correntes: a primeira defende que o terrorismo está tipificado no art. 20 da Lei nº 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional), abaixo transcrito:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Segundo Nucci (2014a), no delito em comento, valeu-se o legislador da “interpretação analógica”, na qual o legislador, após fórmula exemplificativa (devastar, saquear, extorquir etc.), emprega fórmula genérica (atos de terrorismo). Assim, no lugar de “atos de terrorismo”, dever-se-ia ler “ou outros atos de terrorismo”.

A segunda corrente, por outro lado, defende que não existe o delito de terrorismo, uma vez que o verbo nuclear “praticar” não apresenta caráter ilícito, tal como os demais

verbos constantes do tipo, dependendo, portanto, direta e imediatamente, do seu objeto direto “atos de terrorismo”, não definido pelo legislador.

Desse modo, esse objeto direto constitui uma “cláusula geral”, que permite ao julgador enquadrar, a seu bel-prazer, qualquer modalidade de conduta humana, ferindo, assim, o princípio constitucional da legalidade (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Ademais, importa observar que, caso o legislador desejasse adotar uma “interpretação analógica”, teria expressamente o feito por meio do emprego do vocábulo “outro(s)” na dita expressão, tal como o fez no art. 121, §2º, do CP, ao descrever o homicídio qualificado quando o crime for cometido “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfíxia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” (inciso III) ou “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido” (inciso IV).

De outra sorte, importa observar que está tramitando, no Senado Federal, o PL nº 499/2013, o qual define crimes de terrorismo e dá outras providências, e apresenta, dentre outros motivos, o seguinte:

Precisamente, nossa ordem constitucional considera o repúdio ao terrorismo como um princípio que rege nossas relações internacionais (art. 5º, inc. VII, da CF), além de reputar esse crime como inafiançável ou insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, inc. XLIII, da CF). Igualmente esse crime está inserido na lei de crimes hediondos (lei nº 8.072, de 1990), que o rege em vários aspectos, como progressão de pena, o que explicitamente reconhecemos no art. 6º desse projeto. Portanto, é constrangedor e irresponsável o fato de o único tipo penal que expressamente menciona o terrorismo remontar ao final do regime militar, no contexto da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170, de 1983), nos seguintes termos: [...]. Esse tipo penal padece de vários vícios conceituais, pois utiliza o maleável crime de terrorismo para reprimir opositores, aqui intitulados *inconformistas políticos*, além de não definir o ato terrorista. Na realidade, não somente o Brasil, mas muitos países com problemas internos, lançaram mão desse tipo penal para combater insurgentes ou pessoas contrárias à ordem vigente. Portanto, refutando essa perspectiva legislativa, o art. 13 da presente proposição sinaliza a expressa revogação do art. 20 da Lei de Segurança Nacional (PROJETO DE LEI Nº 499/2013, p. 02, grifo do autor).

Do exposto, verifica-se que o próprio legislador reconhece que o tipo penal previsto no art. 20 da Lei nº 7.170/1983 não define o que sejam os “atos de terrorismo”.

Dessa forma, conclui-se que a segunda corrente está com a razão, não havendo o tipo penal do terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, cumpre observar que, com base no inc. XLIII do art. 5º da CF/88, o PL nº 499/2013 prevê, em seu art. 10, que os crimes de terrorismo serão inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça e indulto, tal como previsto no art. 2º da Lei nº 8.072/1990.

3.3.2 Tortura

O primeiro dispositivo legal que previu a tortura no ordenamento jurídico pátrio foi o art. 233 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), descrito da seguinte forma: “submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura”.

Contudo, esse tipo penal consagrava um tipo penal aberto, sem definir expressamente o que seria a tortura nem indicar os meios de execução do delito. Desse modo, questionava-se acerca da possível violação ao princípio constitucional da legalidade.

Tal questão foi levada ao STF, que considerou válido o tipo penal do art. 233 da Lei nº 8.069/1990, no julgamento do HC nº 70.389/SP, sob o fundamento de que, de fato, tratava-se de preceito normativo de tipo penal aberto, contudo, seria suscetível de integração pelo magistrado a partir dos conceitos relativos ao termo “tortura” constantes dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (LIMA, 2014).

Posteriormente, em março de 1997, o Congresso Nacional retomou a discussão de um dos projetos de lei referentes ao crime de tortura, que tramitavam por longo tempo no Senado Federal, e, após rapidíssimas votações, foi transformado na Lei nº 9.455/1997 (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011), que tutela a integridade física e psíquica do indivíduo, por meio da tipificação das seguintes condutas:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

[...]

Analisando-se, ainda que breve, cada delito de tortura, verifica-se que, no do inciso I, o núcleo do tipo é “constranger”, que significa “forçar”, “coagir”. Os meios de execução do verbo nuclear são a violência (agressão física) ou a grave ameaça (agressão moral); infligindo à vítima sofrimento físico (dor corpórea) ou mental (aflição, angústia). O

elemento subjetivo do tipo é o dolo e há elementos subjetivos do tipo diversos do dolo descritos nas alíneas do dispositivo. Os sujeitos ativo e passivo podem ser qualquer pessoa (NUCCI, 2014b).

Nesse sentido, Franco, Lira e Felix (2011) criticam o fato de a tortura ter sido tipificada como crime comum, e não como crime próprio (aquele que requer alguma qualidade ou condição especial do sujeito ativo), em confronto com a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁶, de 1984, e com a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura⁷, de 1985.

Em síntese, defendem que ambas consistem em convenções internacionais sobre direitos humanos e, por força dos §§1º e 2º do art. 5º da CF/88⁸, as normas neles estabelecidas têm o *status* de normas constitucionais. Assim, o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico pátrio, em grau constitucional, de modo que, lei ordinária que torne a tortura crime comum, e não próprio, estaria eivada de inconstitucionalidade, caso deste inciso I.

Já no delito do inciso II, o núcleo do tipo é “submeter”, que significa “dominar”, “subordinar”. Os meios de execução do verbo nuclear também são a violência (agressão física) ou a grave ameaça (agressão moral); infligindo à vítima intenso sofrimento físico (dor corpórea) ou mental (aflição, angústia). O elemento subjetivo do tipo é o dolo e há elemento subjetivo do tipo diverso do dolo, qual seja o de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Os sujeitos ativo e passivo são qualificados, exigindo-se que o primeiro detenha outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade (NUCCI, 2014b).

Por sua vez, no delito do §1º, o núcleo do tipo também é “submeter”. Contudo, os meios de execução do verbo nuclear são por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal; infligindo sofrimento físico (dor corpórea) ou mental (aflição, angústia). O elemento subjetivo do tipo também é o dolo e não há elementos

⁶ Ratificada em 28.09.1989 e promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 40/1991, define tortura como “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência” (art. 1º).

⁷ Ratificada em 20.07.1989, e promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 98.386/1989, determina que “serão responsáveis pelo delito de tortura: a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam; b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, comentam-no diretamente ou nela sejam cúmplices” (art. 3).

⁸ Art. 5º [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

subjetivos do tipo diversos do dolo. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora, em regra, os agentes estejam circunscritos à órbita da Administração Pública, uma vez que somente o Estado pode legalmente prender alguém. E o sujeito passivo é a pessoa presa ou sujeita à medida de segurança (NUCCI, 2014b).

Em todos os casos até então expostos, a pena é de reclusão, de dois a oito anos, que deveria ser cumprida em regime inicial fechado, nos termos do §7º do art. 1º da lei em comento. Contudo, em virtude da nova declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, pelo Pleno do STF, no julgamento do HC nº 111.840/ES, o regime inicial de cumprimento de pena dos delitos de tortura também passou a ser determinado pelo art. 33, §2º, do CP.

Por fim, no delito do §2º, o núcleo do tipo é “omitir”, que significa “deixar de fazer algo”. O elemento subjetivo do tipo é o dolo e não há elementos subjetivos do tipo diversos do dolo. O sujeito ativo é qualificado, exigindo-se que seja quem tenha o dever de evitar ou apurar qualquer das condutas previstas nos incisos I e II e §1º do art. 1º. Trata-se, portanto, de crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão (NUCCI, 2014b).

Nesse sentido, Capez (2013) leciona que o delito em comento trata-se de uma exceção pluralística à teoria monista do concurso de pessoas, adotada no art. 29, *caput*, do CP, que viola o mandamento constitucional inserto no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88.

Em síntese, defende que a omissão penalmente relevante requer o *non facere* (não fazer) e o *quod debeat* (dever jurídico de fazer), sendo preciso que, no caso concreto, haja uma norma determinando o que deve ser feito. No caso da participação por omissão, o omitente, tendo o dever jurídico de evitar o resultado, concorre para ele ao manter-se inerte, enquanto os autores realizam a conduta comissiva. Assim, em regra, deveria responder pelo mesmo delito cometido pelo autor, uma vez que, o art. 29, *caput*, do CP (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade”) adotou a teoria unitária ou monista do concurso de pessoas.

Observa que, no presente caso, a Lei nº 9.455/1997 fugiu à regra da teoria monista, adotando, como exceção, a teoria pluralística, segundo a qual cada agente responde por um delito diferente, já que prevê pena distinta àquele que tem o dever de evitar ou apurar as condutas dos incisos I e II e §1º do art. 1º.

No entanto, o autor defende que a vontade do legislador constituinte no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88 era a de punir, com igual medida e na mesma gravidade, “os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Assim, ao prever outra pena àquele

que tem o dever de evitar (e não de apurar) as mencionadas condutas, o legislador ordinário estaria violando a Constituição Federal.

Portanto, para evitar essa violação ao texto constitucional, entende que o dispositivo em comento fica reservado para aquele que se omitiu na apuração dos fatos, ou seja, para aquele que, tomando conhecimento após o seu cometimento, nada faz para esclarecer a verdade e punir os culpados. Quanto ao que presenciou a tortura e nada fez, a solução seria responsabilizá-lo pelo mesmo crime do qual participou com sua omissão e não por essa forma mais benéfica.

Por fim, frise-se que o §6º dispõe que “o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”. Desse modo, cumpre destacar que, à época da discussão do PL nº 4.716/1994, que deu origem à lei em análise, o Deputado Federal Sérgio Miranda, apresentou a emenda de nº 09 para acrescentar ao art. 3º (atual §6º do art. 1º), após a palavra “graça”, a palavra “indulto”, uma vez que a não previsão do indulto no texto legal possibilitaria a sua concessão aos condenados por crime de tortura.

Após o que, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação opinou, unanimemente, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do PL nº 4.716/1994 e das emendas oferecidas em plenário. No mérito, contudo, opinou pela rejeição da emenda de nº 09, nos termos do parecer formulado pelo relator, o Deputado Federal Régis de Oliveira, para o qual o crime de tortura seria apenas inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, redação que foi mantida na Lei nº 9.455/1997.

3.3.3 Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins

O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins está tipificado na Lei nº 11.343/2006. Nesse sentido, Franco, Lira e Felix (2011) salientam que a referida lei não criou um tipo que corresponda ao *nomen iuris* de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, explicitamente nominado no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88 e no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/1990.

No entanto, doutrina e jurisprudência têm entendido que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins está previsto apenas no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Já os delitos previstos no seu §1º, incs. I a III, são os delitos equiparados ou assemelhados ao de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e os previstos nos arts. 34 a 37, os delitos

complementares ou vinculados ao de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins⁹ (LEAL, J; LEAL, R., 2007).

Desse modo, a doutrina majoritária defende que os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37, da Lei nº 11.343/2006, são equiparados aos hediondos, por força do art. 44 da mesma lei (NUCCI, 2014a), posteriormente analisado.

Contudo, importa observar que parte da doutrina e jurisprudência entendem que o delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 (associação para o tráfico de drogas), por exemplo, não é equiparado a hediondo, de modo que os dispositivos penais e processuais penais referentes aos delitos hediondos e equiparados a ele não se aplicam¹⁰.

Dessa forma, ante as peculiaridades de cada delito complementar ou vinculado ao de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343/2006), particularmente, quanto à discussão se consistem ou não em delitos equiparados aos hediondos, bem como para os fins a que se destina a presente pesquisa, serão apenas analisados o delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) e seus delitos equiparados (art. 33, §1º, incs. I a III, da Lei nº 11.343/2006), uma vez que não há dúvida, na doutrina, da sua natureza equiparada a hediondo.

Segundo o art. 33, *caput*, e §1º, da Lei nº 11.343/2006,

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

[...]

⁹ Noutro sentido, Lima (2014) leciona que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins está previsto no art. 33, *caput* e §1º, e art. 34, ambos da Lei nº 11.343/2006, enquanto que o art. 35 não é hediondo e os arts. 36 e 37 são equiparados a hediondo.

¹⁰ Nesse sentido, “o Superior Tribunal de Justiça entende que o delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 – associação para o tráfico de drogas – não é hediondo, nem a ele equiparado, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei nº 8.072/1990” (Habeas Corpus nº 180304/SP (2010/0136148-0), 5ª Turma do STJ, Rel. Adilson Vieira Macabu. j. 16.08.2012, unânime, DJe 19.09.2012).

Em todos os casos, o objeto jurídico é a saúde pública. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ressalvada, no delito do *caput*, a modalidade “prescrever”, que se exige seja profissional da saúde, e no delito do inc. III do §1º, que se exige seja quem tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância do local de que se utiliza ou consente que outrem dele se utilize. O sujeito passivo é, em regra, a coletividade. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se admitindo a forma culposa. E o elemento normativo do tipo é o agir “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (MARCÃO, 2014).

Por oportuno, importa observar que parte da doutrina critica o fato de que a Lei nº 11.343/2006 tipificou diversas condutas, no art. 33, *caput*, e §1º, incs. I a III, que não se acomodam ao conceito de tráfico ilícito, uma vez que o significado da palavra “tráfico” está vinculado às ideias de comércio, mercancia, negócio, e ainda de negócio fraudulento e indecoroso (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Dessa forma, entende que apenas as modalidades “importar”, “exportar”, “vender” e “expor à venda” se compatibilizariam com a noção constitucional de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (CARVALHO, 2013).

Deve-se ainda destacar que o art. 33 da Lei nº 11.343/2006 é norma penal em branco heterogênea, complementada pela Portaria SVS/MS nº 344/1998. A pena cominada é de reclusão, de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa, aquela cumprida em regime inicial determinado pelo art. 33, §2º, do CP, ante a nova declaração incidental de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, pelo Pleno do STF, no julgamento do HC nº 111.840/ES (ver 3.1.2).

O art. 33 da Lei nº 11.343/2006 prevê, em seu §4º, uma causa de diminuição de pena aplicável ao seu *caput* e §1º, que será estudada no próximo tópico.

Por último, deve-se analisar o art. 44 da lei em comento, segundo o qual os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37 da mesma lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, bem como que apenas será concedido o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Quanto à vedação à liberdade provisória, com ou sem fiança, o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 manteve simetria com a redação original do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/1990. Contudo, com a vigência da Lei nº 11.464/2007, que alterou o art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/1990, excluindo a vedação à liberdade provisória, permanece apenas a vedação à concessão de liberdade provisória, com fiança, aos indiciados e acusados por delitos hediondos e equiparados (ver 3.1.2).

Nesse sentido, no julgamento do HC nº 104.339/SP, o STF decidiu incidentalmente pela inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória, sem fiança, constante do art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, por ser incompatível com, dentre outros princípios constitucionais, o da presunção de inocência e o do devido processo legal (NUCCI, 2014a).

Quanto à vedação à graça, indulto e anistia, o dispositivo em comento repete a restrição constitucional do inc. XLIII do art. 5º da CF/88, mas inclui a vedação à concessão de indulto, mantendo simetria com o art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990.

Quanto à vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, no julgamento do HC nº 97.256/RS, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, constante do art. 33, §4º, e art. 44, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, por entender, em síntese, violado o princípio constitucional da individualização da pena (NUCCI, 2014a).

Assim, com base no art. 52, inc. X, da CF/88 (“compete privativamente ao Senado Federal: [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”), o Senado Federal suspendeu, por meio da Resolução nº 05/2012, a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, repetida no seu art. 44.

Quanto à vedação ao *sursis*, há, atualmente, duas correntes jurisprudenciais: a primeira entende pela impossibilidade da sua concessão por disposição expressa do art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006¹¹. E a segunda, pela inconstitucionalidade deste dispositivo por violação aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena, bem como pelo fato de que, com a declaração de inconstitucionalidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, abriu-se a possibilidade de, na hipótese de não ser indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP, ser aplicada a suspensão condicional da

¹¹ Nesse sentido: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06. CONCESSÃO DE SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. A aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas. 3. A vedação expressa da concessão de sursis aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei nº 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da referida benesse. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Recurso Especial nº 1185785/MG (2010/0046915-8), 5ª Turma do STJ, Rel. Marco Aurélio Bellizze. j. 07.02.2013, unânime, DJe 18.02.2013).

pena, nos termos do art. 77, inc. III, do CP¹². Posição com a qual se concorda no presente trabalho.

Por fim, quanto ao livramento condicional, o dispositivo em análise repete o disposto no art. 83, inc. V, do CP, ampliando para 2/3 (dois terços) o prazo mínimo de cumprimento de pena para a concessão do livramento condicional aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, e vedando sua concessão aos condenados reincidentes específicos.

Após essa breve análise do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e seus equiparados, o tópico a seguir analisará a figura do “tráfico privilegiado”, prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, com a finalidade de se definir se consiste ou não em delito equiparado a hediondo.

3.3.3.1 “Tráfico privilegiado”

O “tráfico privilegiado” consiste em causa de diminuição de pena – e não em figura privilegiada, razão pela qual se faz uso de aspas no presente trabalho –, prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 33. [...] § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos [trecho com execução suspensa pela Resolução nº 05/2012 do Senado Federal], desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Antes de tudo, faz-se necessário destacar que, muito embora se determine que as penas “poderão” ser reduzidas de um sexto a dois terços, a aplicação dessa causa de diminuição de pena não se trata de mera faculdade conferida ao juiz, mas de um direito público subjetivo do agente, de modo que, uma vez observados os requisitos exigidos pela norma, a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria penal, é medida que se impõe (SILVA, 2011).

¹² Nesse sentido: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E SURSIS. POSSIBILIDADE EM TESE. 1. De acordo com o entendimento da Sexta Turma deste Superior Tribunal, em relação aos condenados por tráfico de drogas, uma vez preenchidos os requisitos legais, a suspensão condicional da pena será cabível tão somente se não for concedida a substituição da reprimenda por restritivas de direitos, nos termos do art. 77, inciso III, do Código Penal. 2. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Recurso Especial nº 1163452/MG (2009/0207332-8), 6ª Turma do STJ, Rel. Og Fernandes. j. 05.02.2013, unânime, DJe 18.02.2013).

Tais requisitos são: a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação a atividades criminosas e a não integração em organização criminosa, a seguir brevemente analisados.

A primariedade do agente consiste na sua não reincidência (critério de exclusão), observada quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63 do CP) (SCHMITT, 2013).

Os bons antecedentes referem-se à ausência de sentença penal condenatória transitada em julgado que não gere reincidência (SCHMITT, 2013). Destaque-se que a adoção de qualquer outro critério representa ofensa ao princípio constitucional da não culpabilidade (art. 5º, inc. LVII).

Nesse sentido, destaca-se a Súmula nº 444 do STJ, segundo a qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base”, por meio da qual, impede-se a valoração negativa dos antecedentes do agente no art. 59, *caput*, do CP, em razão da existência de inquéritos policiais e ações penais em curso, refletido no dispositivo em análise.

Quanto a não dedicação a atividades criminosas, Nucci (2014a) assevera que o presente requisito nada diz, encontrando-se esvaziado diante da previsão dos requisitos da primariedade e dos bons antecedentes, uma vez que, se o agente é reincidente ou possui maus antecedentes, pode-se supor que se dedique a atividades criminosas. Contudo, se primário, com bons antecedentes, não há como ser-lhe imputada a dedicação a atividades criminosas.

Por outro lado, Silva (2011) entende que, para que se configure o presente requisito, há necessidade de que o agente pratique condutas infracionais penais de forma reiterada, estável, permanente e contínua.

No mesmo sentido, Freitas (2007) apresenta como características do requisito em análise o caráter residual, a habitualidade e o liame objetivo e subjetivo entre o agente-traficante e as atividades criminosas, em sentido amplo.

No entanto, acredita-se que o posicionamento perfilhado por Nucci (2014a) seja o mais correto, uma vez que não se deve valorar qualquer infração penal, seja crime ou contravenção, praticada pelo agente, sob pena de se violar o princípio constitucional da legalidade (não se dedicar a atividades “criminosas”).

Por último, exige-se que o agente não integre organização criminosa, definida como a associação de 04 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou

indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/2013.

Nesse sentido, é clarividente que a organização criminosa não se confunde com o crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do CP, que exige apenas a associação de 03 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes, nem com o crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, que exige apenas a associação de 02 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34.

Por oportuno, urge observar que, uma vez imposta causa de diminuição de pena para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e seus equiparados (art. 33, *caput*, e §1º), a Lei nº 11.343/2006 consiste em lei penal mais benéfica, em comparação com a Lei nº 6.368/1976 (antiga Lei Antidrogas), devendo, portanto, retroagir para alcançar os fatos praticados antes da sua vigência, conforme determina o art. 5º, inc. XL, da CF/88 e o art. 2º, parágrafo único, do CP.

Nesse contexto, quanto à retroatividade da Lei nº 11.343/2006, surgiram duas correntes: a primeira defende que somente o §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 deve retroagir e incidir nas penas cominadas ao art. 12 da Lei nº 6.368/1976, quais sejam de reclusão, de 03 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (GOMES; SANCHES, 2006; FRANCO; LIRA; FELIX, 2011; RANGEL; BACILA, 2014).

A segunda defende que o art. 33 da Lei nº 11.343/2006 deve inteiramente retroagir, não se admitindo a combinação de leis penais, uma vez que o magistrado estaria, na prática, legislando (SANTOS, 2007; NUCCI, 2014).

Esta última é a posição adotada pelos Tribunais Superiores, destacando-se a súmula nº 501 do STJ, segundo a qual “é cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11.343/2006, desde que o resultado na incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do o advindo da aplicação da Lei nº 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”.

De outra sorte, há quem defenda a inconstitucionalidade da causa de diminuição de pena em análise por ofender o princípio constitucional da proporcionalidade, na vertente da proibição da proteção insuficiente ou deficiente (STRECK, 2008; CAPEZ, 2013).

Nessa esteira, Capez (2013) defende que a pena deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo que o sistema penal, levando em conta uma mesma circunstância (anteriores), traga um benefício imerecido ao autor de um crime equiparado a hediondo,

possibilitando que sua pena seja diminuída de um sexto a dois terços, inclusive aquém do mínimo legal, quando os demais jurisdicionados, autores de crimes de menor repulsa social (injúria, por exemplo) e portadores de bons antecedentes, sejam contemplados apenas com uma circunstância judicial, cujo limite mínimo jamais poderá ser alterado.

Contudo, defende-se, no presente trabalho, a constitucionalidade da causa de diminuição de pena em análise por concretizar não só o princípio da proporcionalidade, mas também o da isonomia e o da individualização da pena. Esclarece-se.

Com efeito, a norma em comento possibilitou que o julgador aplicasse a sanção que entendesse suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do delito, conforme estabelece o art. 59 do CP, possibilidade que não existia no âmbito da Lei nº 6.368/1976, uma vez que o julgador ficava “amarrado” por não possuir instrumentos para mitigar a reprimenda aquém do mínimo legal (SILVA, 2011).

De fato, a figura do “tráfico privilegiado” recebeu tratamento diferenciado do previsto no art. 33, *caput* e §1º, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista a menor reprovabilidade da conduta do agente, culminando, segundo Rangel e Bacila (2014), no abrandamento considerável da sanção imposta e no afastamento da hediondez do delito, sob pena de se tratar igualmente os desiguais.

Desse modo, o “tráfico privilegiado” não seria equiparado a hediondo, principalmente, por não constar no rol taxativo da Lei nº 8.072/1990.

Além disso, costuma-se argumentar que, assim como o homicídio privilegiado, previsto no art. 121, §1º, do CP, não é hediondo, por não constar expressamente no art. 1º da Lei nº 8.072/1990, o “tráfico privilegiado” também não seria equiparado a hediondo, já que a Lei nº 8.072/1990 assim não o previu (FRANCO, 2009).

Outro argumento levantado é o de que “privilégio” não se harmoniza com “hediondez”, tratando-se de conceitos ontologicamente inconciliáveis, haja vista que a pena mínima para o “tráfico privilegiado” é de 01 (hum) ano e 08 (oito) meses, menor do que a pena mínima prevista para o furto qualificado (dois anos), por exemplo, não sendo, portanto, razoável, que seja considerado hediondo (FRANCO, 2009).

No sentido perfilhado, destaca-se a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, EM SUA FORMA PRIVILEGIADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. APELO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. COMERCIALIZAÇÃO INDICADA PELA QUANTIDADE E PELA FORMA DE ACONDICIONAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE HEDIONDEZ. RÉU PRIMÁRIO E

DE BONS ANTECEDENTES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DESCRITOS NA ALÍNEA "B" DO § 2º DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL. PROVIMENTO PARCIAL AO APELO. O tráfico ilícito de entorpecentes, delito formal, de perigo abstrato e de múltiplas condutas, previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, prescinde da comprovação de atos efetivos de mercancia. Uma vez reconhecida a modalidade de tráfico privilegiado fica afastada a natureza hedionda do delito possibilitando o cumprimento inicial de pena em regime diverso do fechado. (Apelação Criminal nº 001.2009.008579-4/003, Câmara Criminal do TJPB, Rel. Onaldo Rocha de Queiroga. DJe 13.07.2012)¹³.

Por outro lado, doutrina e jurisprudência majoritárias defendem que o “tráfico privilegiado” é equiparado a hediondo, uma vez que não se pode criar uma nova infração penal, a partir da mera aplicação de causa de diminuição de pena (NUCCI, 2014).

A discussão quanto à hediondez ou não do “tráfico privilegiado” foi afetada ao Pleno do STF, por meio do HC nº 110.884/MS. Contudo, ainda não houve a decisão da matéria. Assim, por enquanto, o STF tem adotado o entendimento majoritário de que a figura do “tráfico privilegiado” consiste em crime equiparado a hediondo, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTE - ARTIGO 33, CAPUT, C/C ARTIGO 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DA LEI DE DROGA: DESCARACTERIZAÇÃO DA HEDIONDEZ DO CRIME. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME NO TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PENA RELATIVO AOS CRIMES NÃO HEDIONDOS. TEMA AFETADO AO PLENO (HC Nº 110.884/MS). ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO PREDOMINANTE ATÉ O DESLINDE DEFINITIVO DA MATÉRIA: PREVALÊNCIA DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO DE DROGAS, INDEPENDENTEMENTE DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA: CONSIDERAÇÃO NO CÁLCULO DA PENA-BASE E DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA MENCIONADA LEI. BIS IN IDEM RECONHECIDO PELO PLENO DO STF (HCS 112.776 E 109.193). INADMISSIBILIDADE DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. HC EXTINTO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. ORDEM CONCEDIDA, EX OFFICIO. 1. O tema atinente à ausência de hediondez do chamado tráfico privilegiado, caracterizada pela aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, foi afetado ao Pleno (HC nº 110.884/MS), por isso que, pendente o exame da Questão no referido writ, cabe adotar o entendimento que vem prevalecendo, no sentido de que "a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior" (HC 114.452-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 08.11.2012). 2. *In casu*, a paciente foi condenada à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, c/c o art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006 (tráfico transnacional de

¹³ No mesmo sentido: Agravo em Execução Penal nº 0038804-15.2014.8.13.0000 (1), 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Renato Martins Jacob. j. 27.03.2014; Apelação Criminal nº 0159183-73.2013.8.13.0079 (1), 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Catta Preta. j. 04.12.2013; Apelação Criminal nº 1242257-76.2013.8.13.0024 (1), 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Nelson Missias de Moraes. j. 26.06.2014; Apelação nº 0000661-83.2013.8.12.0043, 2ª Câmara Criminal do TJMS, Rel. Ruy Celso Barbosa Florence. j. 31.03.2014; Apelação nº 0005628-06.2013.8.12.0001, 2ª Câmara Criminal do TJMS, Rel. Romero Osme Dias Lopes, maioria, DJ 26.11.2013.

entorpecentes – 5.450g de cocaína). 3. O error in iudicando a evidenciar bis in idem consiste em considerar a quantidade e a qualidade da droga na primeira e terceira fases da dosimetria da pena (HHCC 112.776 e 109.193), cabendo ao magistrado sentenciante definir em qual fase serão consideradas as referidas circunstâncias. 4. É inadmissível o uso de habeas corpus como sucedâneo recursal. 5. Writ extinto, por inadequação da via processual; ordem concedida de ofício para determinar ao juízo sentenciante que considere a quantidade e qualidade da droga em apenas uma das fases da dosimetria. (Habeas Corpus nº 121.255/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Luiz Fux. j. 03.06.2014, maioria, DJe 01.08.2014)¹⁴.

No entanto, essa discussão será reservada para o próximo capítulo. Por ora, no tópico seguinte, serão analisados os impedimentos à concessão de indulto e comutação de penas previstos nos próprios decretos presidenciais, objetivando-se investigar a compatibilidade destes com o texto constitucional.

3.4 Impedimentos à concessão de indulto e comutação de penas previstos nos respectivos decretos

O presente tópico analisará os impedimentos à concessão de indulto e comutação de penas, previstas nos decretos presidenciais editados a partir do ano de 2003 até o ano de 2013, objetivando-se averiguar os efeitos da vigência da Lei nº 11.343/2006 nesses decretos.

3.4.1 Antes da vigência da Lei Antidrogas

No ano de 2003, o Decreto nº 4.904 determinou, em seu art. 7º, que os benefícios de indulto e comutação de penas não alcançariam os condenados por: crime de tortura, de terrorismo ou de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (inciso I), crime hediondo, praticado após a vigência da Lei nº 8.072/1990, observadas as alterações posteriores (inciso II), crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I e II deste artigo (inciso III), excluindo-se dessas restrições às hipóteses de indulto humanitário.

As penas correspondentes a infrações diversas deveriam ser somadas para efeito da concessão de indulto ou comutação de penas. Contudo, na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 7º, o condenado não teria direito nem ao indulto nem à comutação de

¹⁴ No mesmo sentido: AgRg no Habeas Corpus nº 271.420/MG (2013/0174362-9), 6ª Turma do STJ, Rel. Assusete Magalhães. j. 27.08.2013, unânime, DJe 08.05.2014; AgRg no Habeas Corpus nº 271.859/MG (2013/0184651-7), 5ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi. j. 18.03.2014, unânime, DJe 02.04.2014; Agravo em Execução Penal nº 52.538/2013 (139921/2013), 2ª Câmara Criminal do TJMA, Rel. Ângela Maria Moraes Salazar. j. 12.12.2013, unânime, DJe 19.12.2013; Apelação nº 0009127-74.2009.8.12.0021, 1ª Câmara Criminal do TJMS, Rel. Luiz Gonzaga Mendes Marques, unânime, DJ 16.10.2013; Apelação Crime nº 70050670512, 3ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Nereu José Giacomolli. J. 03.04.2014, DJ 02.06.2014.

penas enquanto não cumprida, integralmente, a pena correspondente ao crime impeditivo dos benefícios, nos termos do art. 6º, *caput*, e parágrafo único, do decreto em comento.

Ou seja, imagine-se o caso de que um réu tenha sido condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão em regime inicial aberto, pela prática da conduta tipificada no art. 157, *caput*, do CP (roubo simples), e, posteriormente, à pena de 12 (doze) anos de reclusão em regime inicial fechado, pela prática da conduta tipificada no art. 121, §2º, inc. II, do CP (homicídio qualificado).

Desse modo, para efeito de indulto ou comutação, as penas referentes aos crimes de roubo simples e homicídio qualificado devem ser somadas, resultando em 16 (dezesesseis) anos de reclusão. Contudo, como o crime de homicídio qualificado é hediondo e, portanto, impeditivo do benefício, nos termos do art. 7º, inc. II, do decreto em comento, o réu apenas teria direito ao indulto ou à comutação de penas após o cumprimento dos 12 (doze) anos de reclusão referentes à condenação pelo homicídio qualificado.

Por oportuno, urge observar que, nos anos de 2003, 2004 e 2005, o indulto era condicional, apenas se aperfeiçoando após vinte e quatro meses, contados da expedição de termo circunstanciado, devendo o beneficiário manter, nesse prazo, bom comportamento e não ser indiciado ou processado por crime doloso de médio ou maior potencial ofensivo.

Quanto à matéria ventilada do impedimento à concessão de indulto e comutação de penas, idêntico regramento foi reproduzido nos Decretos nº 5.295/2004, nº 5.620/2005 e nº 5.993/2006.

3.4.2 Após a vigência da Lei Antidrogas

Já no ano de 2007, o Decreto nº 6.294 determinou, no inciso I do seu art. 8º (art. 7º no Decreto nº 4.904/2003), que os benefícios de indulto e comutação de penas não alcançariam os condenados por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos do art. 33 da Lei nº 11.343/ 2006, excetuadas as hipóteses previstas nos §§2º e 3º do artigo citado.

Desse modo, observa-se que o Presidente da República restringiu o impedimento ao indulto e à comutação de penas somente para os condenados pelo art. 33 da Lei nº 11.343/2006, excetuadas as hipóteses dos §§2º e 3º do artigo citado.

No mais, quanto ao impedimento à concessão de indulto e comutação de penas, o decreto em questão manteve o regramento do Decreto nº 4.904/2003.

No ano seguinte, o Decreto nº 6.706/2008 determinou, no inciso I do seu art. 8º (art. 7º no Decreto Presidencial nº 4.904/2003), que os benefícios de indulto e comutação de penas não alcançariam os condenados por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, excetuadas as hipóteses previstas nos §§2º ao 4º, desde que a conduta típica não tenha configurado a prática da mercancia.

Desse modo, verifica-se que o Presidente da República expressamente excluiu o §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 da restrição imposta por seu art. 8º. Portanto, nos termos deste decreto, a concessão de indulto ou comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado” é perfeitamente cabível.

Além disso, também condicionou a concessão dos benefícios de indulto e comutação de penas aos casos em que não configurada a prática da mercancia, o que se leva a crer que a restrição imposta por seu art. 8º atinge tão somente os núcleos verbais propriamente relacionados ao comércio, como “importar”, “exportar”, “vender” e “expor à venda” (ORSI NETTO, 2009).

No mais, quanto ao impedimento à concessão de indulto e comutação de penas, o decreto em questão manteve o regramento do Decreto nº 4.904/2003.

Contudo, no ano de 2009, o Decreto nº 7.046 determinou, em seu art. 8º, que os benefícios de indulto e comutação de penas não alcançariam os condenados por: crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos do art. 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37 da Lei nº 11.343/ 2006 (inciso I), crime hediondo, praticado após a edição das Leis nº 8.072/1990, nº 8.930/1994, nº 9.695/1998, nº 11.464/2007 e nº 12.015/2009, observadas as alterações posteriores (inciso II), crimes definidos no Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969), 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 (inciso III), excluindo-se dessas restrições às hipóteses de indulto humanitário.

As penas correspondentes a infrações diversas deveriam ser somadas para efeito da concessão de indulto ou comutação de penas. Contudo, na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 7º, o condenado não teria direito nem ao indulto nem à comutação de penas enquanto não cumprido, no mínimo, dois terços da pena correspondente ao crime impeditivo dos benefícios, nos termos do art. 6º, *caput*, e parágrafo único, do decreto em comento.

Diante da redação do art. 8º, inc. I, do Decreto nº 7.046/2009, verifica-se que o Presidente da República apenas indicou o *caput* e o §1º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 como

alvo da restrição à concessão de indulto e comutação de penas, não dispondo, como fazia nos decretos anteriores, sobre quaisquer exceções à restrição imposta.

Nesse sentido, surgiram duas interpretações: a primeira no sentido de que o “tráfico privilegiado” estaria abarcado pelo dispositivo, em virtude de neste não conter exceção expressa, e a segunda no sentido de que “o tráfico privilegiado” não estaria abarcado pelo dispositivo, em razão de neste não constar expressamente.

Desse modo, acredita-se que a segunda corrente esteja com a razão pelo fato de também não se excetuar os §§2º e 3º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ambos sabidamente não abarcados pelo dispositivo, uma vez que, além de não equiparados a hediondos, suas penas são mais brandas, permitindo, inclusive, o processo e julgamento na sistemática dos juizados especiais criminais (Lei nº 9.099/1995).

Ademais, observando-se que, quanto à matéria ventilada, idêntico regramento foi reproduzido nos Decretos nº 7.420/2010, nº 7.648/2011, nº 7.873/2012 e nº 8.172/2013, urge observar que essa parece ser a *mens legis*, conforme se infere do item 15 da Exposição de Motivos da Proposta de Indulto Presidencial de 2012 – que, apesar de não possuir caráter normativo, constitui importante vetor interpretativo –, segundo o qual “recomendou-se expressamente a possibilidade de indulto e comutação para o delito de tráfico privilegiado do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006”, pois considera se tratar de uma *contraditio in termini* um delito hediondo passível de pena restritiva de direito.

Todavia, contrariando esse posicionamento, a jurisprudência tem entendido que a previsão expressa do §4º, no mencionado dispositivo não é necessária, já que consiste em mera causa de diminuição de pena dos tipos do *caput* e §1º, e não em tipo autônomo. Assim, esse §4º não retiraria a hediondez do delito, encaixando-se não na restrição prevista no inc. I, mas no inc. II do art. 8º do Decreto nº 7.046/2009 (crime hediondo).

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado¹⁵:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO Nº 7.420/2010. CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 ("TRÁFICO PRIVILEGIADO"). AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL. APLICAÇÃO DO ART. 8º, INCISOS I E II, DO DECRETO Nº 7.420/2010. 1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não é

¹⁵ No mesmo sentido: Agravo em Execução Penal nº 0081469-46.2014.8.13.0000 (1), 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Beatriz Pinheiro Caires. j. 10.04.2014; Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0593441-87.2013.8.13.0000 (1), 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Catta Preta. j. 09.04.2014; Agravo nº 70055633309, 2ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Osnilda Pisa. j. 27.05.2014, DJ 15.07.2014; Agravo nº 70058128091, 3ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Nereu José Giacomolli. j. 29.05.2014, DJ 08.07.2014.

suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo. 2. Revela-se inarredável a aplicação, in casu, do óbice constante do art. 8º, II, do Decreto nº 7.420/2010, segundo o qual, os benefícios previstos naquele mesmo diploma (dentre os quais o da pretendida comutação, indulto parcial) não alcançam as pessoas condenadas "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; 11.464, de 28 de março de 2007; e 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores". 3. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 225016/RS (2011/0272069-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Vasco Della Giustina. j. 10.04.2012, unânime, DJe 18.04.2012).

No entanto, defende-se que a interpretação segundo a qual o "tráfico privilegiado" não estaria abarcado pelas restrições à concessão de indulto e comutação de penas esteja com a razão, o que será melhor, e finalmente trabalhado, no próximo capítulo.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE INDULTO AOS CONDENADOS POR “TRÁFICO PRIVILEGIADO”

O presente capítulo objetiva responder ao problema da constitucionalidade, ou não, da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”.

Para tanto, serão diferenciados os institutos da anistia, da graça e do indulto, com o objetivo precípuo de investigar se realmente a graça e o indulto apenas se diferem quanto à determinação dos beneficiários, como apregoa a doutrina majoritária, bem como os reflexos dessas diferenças na interpretação do mandamento constitucional inserto no art. 5º, inc. XLIII.

Logo após, será discutida a constitucionalidade, ou não, do art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990, seguido da respectiva conclusão.

Logo após, será também discutida a equiparação, ou não, do “tráfico privilegiado” a crime hediondo, seguido da respectiva conclusão.

Por fim, após as devidas conclusões quanto às diferenças entre a graça e o indulto e, conseqüentemente, quanto à interpretação que deve ser adotada no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, bem como quanto ao caráter equiparado a hediondo, ou não, do “tráfico privilegiado”, concluir-se-á acerca da constitucionalidade da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”.

4.1 Diferenças entre a anistia, a graça e o indulto e seus reflexos na interpretação do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88 e art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990

O presente tópico analisará as diferenças entre a anistia, a graça e o indulto, dividindo-se o estudo em duas partes: a primeira visando diferenciar a anistia das outras duas espécies e a segunda, diferenciar especificamente a graça e o indulto. Em seguida, serão analisados os reflexos dessas diferenças na interpretação do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, e os respectivos efeitos na Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos).

4.1.2 Diferenças entre a anistia e a graça e o indulto

No primeiro capítulo, foram delineados os principais aspectos da anistia, da graça e do indulto, a seguir resgatados e diferenciados.

Quanto à competência, observou-se que a anistia compete ao Congresso Nacional, nos termos do art. 48, inc. VIII, da CF/88, e o indulto, ao Presidente da República, que poderá

delegar essa atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que deverão observar os limites traçados nas respectivas delegações, nos termos do art. 84, inc. XII e parágrafo único, da CF/88.

No entanto, quanto à competência para a concessão da graça, não há disposição constitucional expressa, razão pela qual doutrina e jurisprudência majoritárias têm defendido que ao se referir ao indulto, no art. 84, inc. XII, da CF/88, o legislador constituinte teria contemplado o indulto (coletivo) e a graça (“indulto individual”) (MARCÃO, 2012).

Essa interpretação encontra amparo no item 172 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, segundo o qual “[...] o instituto da graça foi absorvido pelo indulto que pode ser individual ou coletivo”, já que a Constituição Federal vigente à época da edição da respectiva lei (CF/1967, alterada pela EC nº 01/69), não se referia à graça, mas apenas ao indulto, coletivo e individual (ver 2.2.2).

Contudo, diante da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, defende-se que a mencionada interpretação não merece prosperar, sob pena de ferir diretamente o princípio da supremacia da Constituição, que impõe a prevalência da norma constitucional sobre todas as outras normas do ordenamento jurídico (BARROSO, 2014). Assim, é a Constituição Federal de 1988 que deve conduzir a interpretação da Lei de Execução Penal, e não o contrário, de modo que onde se lê “indulto individual”, deve se ler “graça”.

Dessa forma, uma vez que não há disposição constitucional expressa quanto à competência para a concessão da graça, esta deve ser depreendida da análise da evolução histórica do instituto no ordenamento jurídico pátrio, em obediência a regra basilar de hermenêutica jurídica segundo a qual deve ser alterado o menos possível o que sempre foi interpretado do mesmo modo (MAXIMILIANO, 2011).

Assim, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, a concessão do perdão, fosse graça ou indulto, sempre foi atribuída ao chefe do poder executivo, com ele deverá permanecer.

Quanto à fase em que pode ser concedida, observou-se que a anistia pode ser própria, se antes da condenação, ou imprópria, se depois, enquanto que a graça e o indulto apenas podem ser concedidos após a condenação, ainda que não haja o trânsito em julgado.

Nesse sentido, Nucci (2014b) defende que a anistia consiste em causa de extinção da tipicidade (ao invés da punibilidade), uma vez que a lei que a concede promove o esquecimento jurídico de fato tipificado como crime, ao passo em que Nunes (2012) defende

que o indulto, “individual” ou coletivo, consiste em causa de extinção da pena (ao invés da punibilidade), uma vez que o decreto apenas o concede a quem já esteja cumprindo pena.

Quanto aos efeitos da condenação, observou-se que a anistia extingue todos os efeitos penais, mas mantém os extrapenais. Já a graça e o indulto não extinguem nem os efeitos penais nem, muito menos, os extrapenais, de modo que, caso o beneficiado seja novamente condenado, poderá ser declarado reincidente.

Quanto aos crimes a que se referem, a anistia, em regra, é concedida a crimes políticos, embora nada impeça a sua concessão a crimes comuns, e a graça e o indulto, apenas a crimes comuns.

Por oportuno, importa ressaltar que são insuscetíveis de anistia e graça os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e os definidos como hediondos, nos termos do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88.

Por ora, pode-se concluir que a anistia não se confunde nem com a graça nem com o indulto. Contudo, faz-se necessário que sejam aprofundadas as diferenças específicas entre a graça e o indulto, o que se fará a seguir.

Enquanto a graça é favor individual e pessoal, destinada a um ou mais condenados, desde que devidamente individualizados, e deve, em regra, ser solicitada, embora nada impeça seja concedida espontaneamente, o indulto é coletivo e impessoal, destinado a condenados que, no momento da expedição do decreto, tenham cumprido determinados requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Essas são as principais – senão as únicas – diferenças apontadas pela doutrina majoritária, a exemplo de Bitencourt (2011), Estefam (2013), Greco (2014), Marcão (2012), Nunes (2012), e reproduzidas pela jurisprudência.

Nesse sentido, Leal (2004) assevera que é preciso que se reconheça que a semelhança entre ambos os institutos é imensa e uma distinção precisa e absoluta torna-se praticamente impossível.

Todavia, no mínimo, mais uma diferença pode ser apontada entre esses institutos: enquanto a graça surge como ato de clemência do soberano e, atualmente, ainda se fundamenta como tal – embora resgatada pela nova ordem constitucional –, o indulto também surge como ato de clemência do soberano, contudo, atualmente, se fundamenta em medida de política criminal que visa: a) à ressocialização do preso e; b) à atenuação do principal problema do sistema penitenciário, qual seja o da superlotação carcerária. Explica-se.

Primeiramente, urge esclarecer que, como as hipóteses de concessão de graça e indulto se inserem no poder discricionário do Presidente da República, dependendo, assim, de

um prévio juízo de conveniência e oportunidade, de que não se dispõe em relação à graça, no presente trabalho, serão analisadas as hipóteses de graça elencadas pelo Ministério da Justiça, órgão responsável pelo processamento da petição de graça ou “indulto individual”, nos termos do art. 191 da LEP.

Segundo o Ministério da Justiça, a graça (ou “indulto individual”)

[...] é medida de caráter excepcional, destinada a premiar atos meritórios praticados pelo sentenciado no cumprimento de sua reprimenda ou ainda atender condições pessoais de natureza especial, bem como a corrigir equívocos na aplicação da pena ou eventuais erros judiciários. Sendo assim, inexistindo na condenação imposta ao reeducando qualquer erro a ser reparado ou excesso na dosimetria da pena e não revelando a conduta do mesmo nada de excepcional a ser premiado, é inviável a concessão do benefício da graça (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014a, p. 01).

Desse modo, conclui-se que: a graça é medida de caráter excepcional, concedida apenas nos seguintes casos: a) para premiar atos meritórios praticados pelo sentenciado no cumprimento de sua reprimenda; b) para atender condições pessoais de natureza especial e; c) para corrigir equívocos na aplicação da pena ou eventuais erros judiciários.

No primeiro caso, embora não haja qualquer definição para o que sejam “atos meritórios”, acredita-se que, por ser a graça medida de caráter excepcional, esses atos devem ser compreendidos além da mera verificação do bom comportamento carcerário. Isto é, esses atos devem demonstrar um mérito incomum na conduta do sentenciado, algo que não se observa com frequência entre os seus pares no cumprimento de suas respectivas penas.

No segundo caso, embora também não haja qualquer definição do que possam ser “condições pessoais de natureza especial”, acredita-se que se trate da concessão de graça por razões humanitárias, isto é, em virtude de uma doença grave, contagiosa, incurável ou que não possa ser sanada no interior do estabelecimento prisional, etc., o que se justifica com base no princípio da humanidade (LEAL, 2004).

Contudo, no terceiro caso, acredita-se que a graça não poderá ser concedida, sob pena de se violar o princípio constitucional da separação dos poderes, uma vez que, embora a graça, em sentido amplo, já tenha sido defendida como importante instrumento de ressocialização e de ampliação do acesso à justiça, já que eram limitadas e dispendiosas as hipóteses de interposição de recursos nas ordens constitucionais anteriores (SOUZA, 1983), atualmente, com o incremento do sistema recursal e com o fortalecimento das Defensorias Públicas, por exemplo, não há que se utilizar qualquer espécie de direito de graça para corrigir equívocos na aplicação da pena ou eventuais erros judiciais.

Para essas hipóteses, existem, atualmente, por exemplo, o Recurso de Apelação, previsto no art. 593 do CPP, e a Revisão Criminal, prevista no art. 621 do CPP. Ademais,

ainda que o sistema recursal brasileiro permanecesse deficiente, o princípio da separação de poderes não admite a ingerência de um poder sobre o outro, de modo que, assim como não compete ao magistrado exercer precipuamente funções administrativas, também não compete ao Chefe do Poder Executivo decidir ou reformar decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Desse modo, conclui-se que, em regra, a concessão de graça restringe-se aos casos de premiação de atos meritórios praticados pelo sentenciado no cumprimento de sua pena ou, ainda, de atendimento a condições pessoais de natureza especial, embora ainda não tenha se observado a concessão desse benefício na ordem constitucional vigente.

Diante do exposto, observa-se que tanto num quanto noutro caso, a graça se apresenta como um favor, que liga diretamente o beneficiário ao concedente, motivando naquele a percepção do benefício não como uma medida proveniente do Estado com o fim de promover sua ressocialização, por exemplo, mas como um ato de benevolência da pessoa que o concedeu.

Dessa forma, em virtude do caráter pessoal que apresenta, verifica-se que a graça acaba por promover a relação direta entre o benefício concedido e a pessoa que o concede. Tal parece ser o motivo pelo qual, no Brasil, o vocábulo graça tenha sido exclusivamente utilizado para designar o perdão a que se referia a Carta de 1824 e o Código Criminal de 1830, conforme observado na obra de Tinôco (1830/2004), bem como tenha sido inserido na Carta de 1937.

Ora, como cediço, tanto a Carta de 1824 quanto a de 1937 consagravam um regime em que o poder estava concentrado na figura de uma só pessoa: no primeiro caso, do Imperador D. Pedro I (Regime Monárquico), e, no segundo, de Getúlio Vargas (Regime Ditatorial). Assim, em ambos os regimes, a concessão de graça constituía importante instrumento fortalecedor da figura de seus representantes e da ordem então vigente.

Nesse contexto, a graça se insere como ato de clemência do soberano, atingindo a todos quantos aquele queira contemplar por motivos de caráter eminentemente pessoal, muitas vezes ligados à promoção da sua pessoa ou da sua família, como se observou no passado (ver 2.1.1).

Por oportuno, urge ressaltar que a graça adentrou no ordenamento jurídico pátrio por meio da Carta de 1937, que previu entre as atribuições do Presidente da República a de “exercer o direito de graça”, que, segundo Barreto (1958), abrangia tanto a graça, em sentido estrito, quanto o indulto. Após, foi introduzida no Código Penal de 1940 e no Código de Processo Penal de 1941 e, mesmo após diversas alterações, permanece no ordenamento

jurídico pátrio, embora não tenha sido reproduzida em nenhuma outra Constituição até a de 1988.

De outra sorte, atualmente, o indulto consiste em medida de política criminal que, sob a perspectiva do condenado, visa à ressocialização, e, sob a perspectiva do Estado, à atenuação do problema da superlotação carcerária.

Sob a primeira perspectiva, o indulto se apresenta como importante instrumento de política criminal na medida em que visa articular a consolidação de um processo de reinserção social, no intuito de mitigar o problema da reincidência criminal (SALVADOR NETTO, 2014).

Com efeito, além de função da pena, a ressocialização é um dos objetivos da execução penal, expresso no art. 1º da LEP (“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”).

Nesse sentido, a Lei de execução penal prevê diversos institutos para promover, paulatinamente, a reinserção social do condenado ou internado, como a autorização para o trabalho externo, a progressão de regime, a saída temporária, a remição, o livramento condicional, entre outros, no intuito de mitigar o problema da reincidência criminal, que, como se sabe, não deriva da simples personalidade do condenado, mas de múltiplos fatores (SALVADOR NETTO, 2014).

Nesse contexto, o indulto objetiva consolidar esse processo de ressocialização, conferindo ao condenado e ao internado, que satisfaçam os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no respectivo decreto, o retorno ao convívio social com a expectativa da reinserção – ou, na maioria dos casos, da própria inserção – social.

Nota-se, nesse caso, que, em virtude do caráter impessoal, a concessão do indulto não liga diretamente o beneficiário ao concedente, de modo que não motiva naquele a percepção do benefício como um favor ou como um ato de bondade de determinada pessoa, mas como uma medida proveniente do Estado com o fim de promover sua ressocialização.

Sob a segunda perspectiva, o indulto se apresenta como importante instrumento de política criminal na medida em que visa atenuar o problema da superlotação carcerária que, além de violar direitos e garantias fundamentais do cidadão, acaba fomentando a criminalidade, uma vez que transforma o ambiente carcerário, não em um espaço destinado a promover a reinserção social do preso, mas em verdadeiras escolas de aperfeiçoamento do crime (XAVIER, 2010).

Com efeito, a superlotação carcerária é um problema multifatorial. A título de exemplo, decorre – ainda que em menor grau – da falta de construção de estabelecimentos penais, demonstrativo do descaso com que o poder público encarou e ainda encara o sistema prisional, bem como da adoção de política criminal mais severa (como a *Law and Order*), que, como visto, aumenta sobremaneira as penas cominadas, impedindo, conseqüentemente, a aplicação de penas alternativas (XAVIER, 2010).

Esse quadro transforma a maioria dos estabelecimentos prisionais brasileiros em verdadeiras masmorras repletas de presos, cuja função “não é ressocializar apenados, mas castigar desumanamente e transformar delinquentes de pequenos delitos em criminosos em potencial” (XAVIER, 2010, p. 68).

Nesse cenário, vários são os princípios constitucionais violados, dentre os quais, citam-se: o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorre o princípio da humanidade das penas, que assegura que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III), a penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos, ou cruéis (art. 5º, inc. XLVII), bem como garante o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, inc. XLIX); o princípio da legalidade, uma vez que parte significativa das regras de execução penal não é observada, como a que determina que o condenado deva ser alojado em cela individual, com área mínima de 6m² (seis metros quadrados), contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88 da LEP).

Nesse caso, o que se observa é que, ao invés de celas individuais, com 6m² (seis metros quadrados), contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, em condições salubres, o que se observa, nos estabelecimentos prisionais brasileiros, são celas esburacadas, úmidas, fétidas, sem qualquer higiene, que comportam um amontoado de seres humanos (XAVIER, 2010), violando, de uma só vez, os princípios da legalidade, da humanidade das penas e, conseqüentemente, o da dignidade da pessoa humana.

Diante desse quadro, o indulto exsurge como ferramenta necessária – ainda que pouco eficaz – para combater essas e outras constantes violações a direitos e garantias fundamentais do cidadão.

No sentido perfilhado, analisando o fundamento político-jurídico do indulto, Leal (2004, p. 01) assevera que:

Algumas razões justificam a adoção desta benéfica e humanizadora causa extintiva da punibilidade. É sabido que a prisão não recupera ou, dificilmente, recupera. Nossos presídios encontram-se superlotados. Na maioria deles, inexistem condições de se cumprir sequer o mínimo estabelecido nas normas de execução penal previstas

na própria LEP. Inexiste trabalho para mais da população carcerária. Este quadro sombrio já seria suficiente para justificar o indulto.

E conclui afirmando que:

Assim, se o indulto interessa, e muito, ao condenado em cumprimento de pena, podemos dizer que interessa, também, ao Estado. Pelo indulto, os presídios liberam vagas para internar outros condenados com penas mais longas e ainda por serem cumpridas. E isso contribui, embora com uma parcela mínima, para que o nosso sistema penal – verdadeiro caldeirão de revoltas, espaço perverso da descondição humana – continue driblando o indesejável e perigoso encontro com o caos do descontrole absoluto (LEAL, 2004, p. 02).

Nesse contexto, observa-se que, atualmente, o indulto tem sido utilizado como uma política pública paliativa contra a superlotação carcerária. E isso porque o número de pessoas contempladas é ínfimo diante da quantidade de pessoas encarceradas e do número de vagas excedentes.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em junho de 2013, havia 574.027 pessoas presas e 317.733 vagas nos estabelecimentos prisionais. Em 2012, havia a estimativa de que o decreto de indulto abrangesse em torno de 4,5 mil pessoas no ano seguinte (SUGESTÕES..., 2012), o que representa apenas 0,78% dos presos e o “alívio” de 1,75% da superlotação carcerária.

No entanto, ainda que paliativa, o indulto consiste em ferramenta necessária para evitar a implosão do sistema penitenciário brasileiro (LEAL, 2004).

Desse modo, conclui-se que graça e indulto são institutos que, embora semelhantes quanto a seus efeitos, não se confundem entre si: enquanto a graça é, em regra, provocada, destinada a uma ou algumas pessoas determinadas, o indulto é espontâneo e destinado a pessoas não determinadas, mas determináveis de acordo com requisitos objetivos e subjetivos previamente estipulados. Ademais, enquanto a graça possui caráter pessoal, ligando diretamente o indivíduo beneficiado à pessoa do concedente, o indulto possui caráter impessoal, ligando, por outro lado, o indivíduo beneficiado ao Estado.

4.1.3 Reflexos das diferenças entre a anistia, a graça e o indulto na interpretação do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88 e art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990

Conforme exposto anteriormente, o vocábulo graça possui dois sentidos: em sentido amplo, é sinônimo de “direito de graça” ou “poder de graça”, compreendendo, portanto, os institutos da anistia, da graça, em sentido estrito, e do indulto (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011; KHUENE, 2000; SOUZA, 1983). Em sentido estrito, consiste em favor

individual e pessoal, destinado a um ou mais condenados, desde que devidamente individualizados (LEAL, 2004).

Desse modo, da análise do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, segundo o qual 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, surgiram duas interpretações, desenvolvidas a seguir.

A primeira defende que o vocábulo graça deve ser interpretado extensivamente, abrangendo a graça em sentido estrito e o indulto. Dessa forma, acredita que, ao vedar a graça, o legislador constituinte quis também vedar o indulto, uma vez que seria ilógico que vedasse clemência individual e, em regra, provocada (graça) e permitisse clemência coletiva e espontânea (indulto). Nesse sentido, tem se posicionado Bitencourt (2011), Estefam (2013), Khuene (2000), Lima (2014), Marcão (2012), Nucci (2014), Nunes (2012), Prado et al (2014).

Por outro lado, a segunda defende que o vocábulo graça deve ser interpretado restritivamente (ou estritamente), pois, caso o legislador constituinte quisesse vedar o indulto teria expressamente o feito, assim como fez com a anistia. Ademais, defende que o legislador constituinte consagrou, no art. 84, inc. XII, a atribuição privativa do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei, sem estabelecer qualquer limitação de qualquer natureza, não podendo o legislador ordinário estabelecer uma vedação material não expressamente ressalvada pela Constituição. Nesse sentido, tem se posicionado Delmanto et al (2010), Franco, Lira e Felix (2011) e Leal (2004).

Não obstante doutrina e jurisprudência adotarem majoritariamente a primeira interpretação, acredita-se que a segunda deva prevalecer, pelos motivos expostos a seguir.

Em primeiro lugar, defende-se que o vocábulo graça deva ser interpretado restritivamente (ou estritamente), uma vez que, caso o legislador constituinte quisesse vedar o indulto, teria expressamente o feito, assim como fez com a anistia, pois, como visto, a graça não se confunde com o indulto e vice-versa, de modo que a identificação de um instituto com o outro configuraria um equívoco por parte do legislador constituinte.

Ademais, admitir que o legislador constituinte vedou a graça, em sentido amplo, e, em seguida, a anistia, afrontaria princípio basilar de hermenêutica jurídica segundo o qual a lei não contém palavras inúteis (MAXIMILIANO, 2011).

Ora, como visto, se a graça, em sentido amplo, é sinônimo de direito de graça, compreendendo a anistia, a graça, em sentido estrito, e o indulto, não haveria razão para que o

legislador constituinte vedasse todo exercício do direito de graça e, em seguida, vedasse somente a anistia.

Em segundo lugar, defende-se também que não merece prosperar o argumento de que, ao vedar a graça, o legislador constituinte também quis vedar o indulto, uma vez que seria ilógico que vedasse a clemência individual e, em regra, solicitada e permitisse clemência coletiva e espontânea aos condenados por crimes hediondos e equiparados (NUCCI, 2014).

Ora, como visto, a graça não se difere do indulto tão somente por consistir em favor individual e pessoal, destinado a um ou mais indivíduos determinados, mas também por ligar diretamente o beneficiário ao concedente, motivando neste a concessão do benefício por razões de caráter pessoal, nem sempre razoáveis, e naquele a percepção do benefício como um ato de bondade próprio da pessoa que o concedeu.

Já o indulto consiste em benefício coletivo e impessoal, destinado a indivíduos determináveis de acordo com os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a sua concessão, motivado por razões políticas, ouvidos os órgãos instituídos por lei (CNPCP, por exemplo). Assim, ao vedar a graça, o legislador constituinte não quis evidentemente abarcar o indulto.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou improcedente a AI nº 02888492-04.2011.8.0000, na qual se arguia a inconstitucionalidade do art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.046/2009, que dispõe sobre a possibilidade de comutação de penas aplicadas a crimes comuns cometidos por quem também tenha sido condenado pela prática de crime hediondo ou de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, atendido o requisito do cumprimento mínimo de 2/3 (dois terços) da pena aplicada ao crime impeditivo do benefício, aduzindo que:

O que ela [Constituição] vedou foi a concessão de graça e anistia, que são outras coisas. A Constituição não utilizou o vocábulo graça em sentido amplo, para nele também abarcar o indulto. Em realidade, os institutos têm natureza diversa. A graça é individual, deve ser solicitada e só beneficia a quem a postula. Já o indulto tem feição coletiva e é concedido espontaneamente, sem que se saiba de antemão quais são os indivíduos destinatários do benefício. Basta isso para acentuar as diferenças e para se concluir que o indulto não pode ser considerado mera espécie do gênero graça. Muito ao contrário, é perfeitamente possível admitir que o constituinte vedou a graça, para evitar a exteriorização de compadrios ditados por motivos nem sempre razoáveis. Quanto ao indulto, ele tem a nota da impessoalidade, o que o faz distinguir do benefício julgado pela Constituição Federal.

Em terceiro lugar, defende-se ainda que o legislador constituinte consagrou, no art. 84, inc. XII, a atribuição privativa do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei, sem estabelecer

qualquer limitação de qualquer natureza, não podendo o legislador ordinário estabelecer uma vedação material não expressamente ressalvada pela Constituição (DELMANTO et al, 2010).

Com efeito, parte-se novamente da diferença substancial entre a graça e o indulto para se afirmar que, ao vedar a concessão de graça aos condenados por crimes hediondos e equiparados, no art. 5º, inc. XLIII, o legislador constituinte não estipulou vedação de qualquer natureza à concessão de indulto e comutação de penas, prevista no art. 84, inc. XII.

Destaque-se que, por se tratar de atribuição constitucional, apenas norma de mesma hierarquia poderia restringi-la (MENDES; BRANCO, 2011), sob pena de se violar o já comentado princípio da supremacia da Constituição.

Ademais, por se tratar de uma restrição, no caso de um benefício, a interpretação que deve ser adotada é a interpretação restritiva (ou estrita), pois, como visto, além de se tratar de norma de Direito Excepcional (MAXIMIANO, 2011), não se admite interpretação extensiva *in malam partem* (FALCÃO, 2010).

Por oportuno, deve-se ainda ressaltar que não é lógico supor que, ao consagrar a atribuição do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas (art. 84, inc. XII), o legislador constituinte também abarcou a graça e que, ao vedar a concessão de graça aos condenados por crimes hediondos e equiparados (art. 5º, inc. XLIII), também abarcou o indulto, pois, se assim desejasse, não teria – ou, pelo menos, não faria o menor sentido se o fizesse – empregado dois vocábulos distintos no texto constitucional para designar o mesmo instituto, bastando que se utilizasse só “graça” ou só “indulto”.

Como último ponto, merece destaque o fato de que, mesmo com toda a celeuma doutrinária e jurisprudencial quanto aos exatos limites entre a graça e o indulto, não se pode supor que o legislador constituinte ignorava que se tratavam de institutos distintos, uma vez que, em primeiro lugar, não se pode supor a falta de técnica do legislador (MAXIMILANO, 2011) e, em segundo lugar, por ser a interpretação que se extrai da análise das emendas oferecidas ao texto do anteprojeto do relator e seu substitutivo das comissões e subcomissões encarregadas de elaborar a nova Constituição.

Com efeito, a emenda nº 100608-8, dos Deputados Federais Roberto Freire, Fernando Santana e Augusto de Carvalho determinava que se acrescentasse, no inc. VII, do Anteprojeto da Subcomissão de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (correspondente ao art. 3º, inc. I, alínea “i”, do Anteprojeto da Comissão de que fazia parte), a expressão “e de indulto ou graça”, após a palavra anistia. Justificavam o acréscimo em razão de que, em certas ocasiões, como o Natal, o Presidente da República concedia indulto ou graça a alguns presos e

não se poderia permitir que os praticantes de crimes como esse (tortura) recebessem qualquer benefício civil ou penal.

No mesmo sentido, a emenda nº 100001-2 também oferecida à Subcomissão de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, da Deputada Federal Irma Passione, determinava a inclusão do seguinte dispositivo: “a tortura é crime de lesa-humanidade, e, portanto, imprescritível, inaniçável, inafiançável, inindutável e inagraciável”.

De igual modo, a emenda nº 180402-7 oferecida ao Substitutivo do Relator da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, do Deputado Federal Robson Marinho, determinava que se desse ao art. 3º, inc. I, alínea “i”, do Anteprojeto da respectiva comissão, a seguinte redação: “a tortura, a qualquer título, constitui crime inafiançável e insuscetível de anistia, graça, indulto e prescrição”.

Dessa forma, observa-se que, ao incluir ambos os vocábulos, os mencionados legisladores constituintes demonstram considerar os institutos da graça e do indulto distintos, pois, caso contrário, não fariam uso de vocábulos distintos para designar o mesmo instituto, apenas a título de reforço.

Por todo o exposto, conclui-se que o vocábulo graça constante do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88 deve ser interpretado restritivamente (ou estritamente), designando tão somente, portanto, a graça, em sentido estrito.

Consequentemente, conclui-se também que o art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990 é inconstitucional, pois, ao vedar a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos e equiparados, estabelece restrição à norma constitucional não expressamente ressalvada pela própria Constituição.

Nesse sentido, defende-se ainda que o art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990 foi tacitamente revogado em face da omissão da proibição do indulto na Lei nº 9.455/1997 (Lei de Tortura), por ser norma posterior.

Como cediço, entre normas de mesma hierarquia, a posterior revoga a anterior quando: a) expressamente o declare; b) seja com ela incompatível ou; c) regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (BARROSO, 2009). Assim, uma vez que o art. 1º, §6º, da Lei nº 9.455/1997 é incompatível com o art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990, e sendo aquela posterior a essa, deve ser entendido este último dispositivo como tacitamente revogado.

Nem se diga que a Lei nº 9.455/1997 é especial em relação à Lei nº 8.072/1990, não acarretando, portanto, a revogação do seu art. 2º, inc. I, conforme determina o art. 2º, §2º,

da LINDB¹, uma vez que, ao determinar que a lei considerasse inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, o legislador constituinte não apenas quis vedar a fiança, a graça e a anistia, mas conferir o mesmo tratamento severo aos crimes hediondos e equiparados (CAPEZ, 2013).

Desse modo, a omissão da proibição do indulto no art. 1º, §6º, Lei nº 9.455/1997, por ser incompatível com o disposto no art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990, tacitamente o revogou, permitindo, no plano infraconstitucional, a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

Por fim, conclui-se ainda que, embora o legislador constituinte tenha “ressuscitado” a graça, ainda que, para ao mesmo tempo, proibir sua concessão aos condenados por crimes hediondos e equiparados (LEAL, 2004), acarretando indiretamente a interpretação de que poderá ser concedido a condenados por crimes comuns, esse instituto não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Isso porque, por ser concedida a indivíduo(s) determinado(s) para, basicamente, premiar atos meritórios por ele(s) praticados no cumprimento de sua reprimenda, a graça viola o princípio constitucional da isonomia, uma vez que beneficia apenas alguns indivíduos que, segundo a convicção pessoal do Presidente da República tenham praticados “atos meritórios”, sem haver qualquer definição do que sejam tais atos ou sequer informações de como e em que medida praticá-los, para que outros sentenciados também possam ser beneficiados.

Ademais, do ponto de vista administrativo, a graça também viola o princípio da impessoalidade, pois, segundo Marinela (2012, p. 34), a impessoalidade “objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve aplicar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica, representando, nesse aspecto, uma faceta do princípio da isonomia”.

Desse modo, qualquer instituto que se destine a beneficiar esse ou aquele preso em razão de comportamento(s) não previamente estipulado(s) viola não somente o princípio da legalidade, mas da isonomia e da impessoalidade.

De todo modo, ao longo dos anos, a graça foi relegada ao completo desuso, de modo que, ainda que ressurgida na nova ordem constitucional, continua submetida a um longo processo de esquecimento (LEAL, 2004).

¹ Art. 2º [...] § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

4.2 A não equiparação do “tráfico privilegiado” a crime hediondo

No segundo capítulo, foram brevemente desenvolvidos os principais argumentos da corrente que defende a equiparação da figura do “tráfico privilegiado” a crime hediondo e os da corrente contrária, a seguir resgatados.

Em síntese, os argumentos da corrente que defende a equiparação do “tráfico privilegiado” a crime hediondo podem ser extraídos do julgamento do REsp nº 1.329.088/RS, pela 3ª Seção do STJ, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, segundo o qual o art. 2º da Lei nº 8.072/1990 equiparou o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos e não previu qualquer ressalva para a hipótese de aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

Além disso, a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 elencaria como requisitos necessários para a sua aplicação circunstâncias inerentes à pessoa do agente, e não à conduta por ele praticada, razão pela qual seria diferente do caso de homicídio privilegiado.

Ademais, a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 não seria aplicada por ser a conduta menos grave, mas por razões de política criminal, como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma mais rápida oportunidade de ressocialização.

Por outro lado, os argumentos da corrente que defende a não equiparação do “tráfico privilegiado” a crime hediondo são, em síntese, os seguintes: a figura do “tráfico privilegiado” recebeu tratamento diferenciado do previsto no art. 33, *caput*, e §1º, da Lei nº 11.343/2006, em razão da menor reprovabilidade da conduta do agente, o que culminou não só no abrandamento considerável da sanção imposta, mas também no afastamento da hediondez do delito, sob pena de se tratar igualmente desiguais (RANGEL; BACILA, 2014).

Além disso, o conceito de “privilégio” não se compatibiliza com o de “hediondez”. O legislador resolveu conceder uma diminuição de pena que varia entre 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), modificando consideravelmente a pena originária, por entender que o “tráfico privilegiado” merece resposta penal mais branda, uma vez que, nessa hipótese, o agente se envolveu ocasionalmente, não registra maus antecedentes nem usufrui diuturnamente dos lucros dessa atividade ilícita (FRANCO, 2009).

Ademais, ao elencar os crimes hediondos e equiparados, o legislador não previu a figura híbrida do “tráfico privilegiado”, assim como não o fez no caso do homicídio

qualificado-privilegiado, que tanto doutrina quanto jurisprudência assevera que não se trata de crime hediondo, uma vez que a Lei nº 8.072/1990 não previu tal figura, não se podendo estender a lei para tornar hediondo um crime ali não expressamente previsto (FRANCO, 2009).

Diante do exposto, sustenta-se que o “tráfico privilegiado” não seja equiparado a hediondo, pelos motivos expostos a seguir.

Em primeiro lugar, observa-se que o legislador constituinte criou a espécie de crimes hediondos, mas reservou, ao legislador ordinário, a classificação dos crimes como tais. Ademais, equiparou aos crimes hediondos a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo e também reservou, ao legislador ordinário, a tipificação dessas condutas.

No primeiro caso, observou-se que o legislador adotou o critério enumerativo de classificação dos crimes como hediondos, elencando, no art. 1º da Lei nº 8.072/1990, os *nomen iuris* dos crimes e a respectiva previsão legal. No segundo caso, contudo, observou-se que não há um tipo penal para o terrorismo, a tortura está expressamente prevista no art. 1º da Lei nº 9.455/1997 e não há um dispositivo legal que corresponda ao *nomen iuris* de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins na Lei nº 11.343/2006, de modo que doutrina e jurisprudência divergem quanto a quais, dentre os crimes previstos na lei, devam ser considerados equiparados a hediondos ou não.

Desse modo, acredita-se que o “tráfico privilegiado” não seja equiparado a hediondo pelo fato de não haver previsão nem no art. 1º da Lei nº 8.072/1990 nem no seu art. 2º, que reproduz a equiparação consagrada no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88.

Além disso, uma vez que não há dispositivo(s) legal(is) que corresponda(m) ao *nomen iuris* de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, não se deve entendê-lo como abrangente dos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37, da Lei nº 11.343/2006, tal como se supõe determinar o art. 44 da mesma lei, uma vez que, como visto, doutrina e jurisprudência já têm considerado tipos penais constantes desse rol como não equiparado a hediondo, como é o caso do tipo penal do art. 35 (associação para o tráfico de drogas).

Ademais, não se pode admitir que o legislador ou, muito menos, a doutrina estipulem tipos equiparados ao de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Ora, como visto, a doutrina tem entendido que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins esteja tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (alguns, a exemplo de Lima (2014), incluem também o art. 34), sendo as demais condutas tipificadas equiparadas a esta,

exurgindo, assim, delitos equiparados aos equiparados a hediondos. Tamanha aberração não pode prevalecer no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, ainda que se considere que o *nomen iuris* de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins corresponda aos delitos elencados no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, observa-se que o “tráfico privilegiado” não consta nesse rol (FRANCO, 2009).

Nesse sentido, ressalta-se que, assim como o homicídio qualificado-privilegiado não é hediondo² (JESUS, 2011), o “tráfico privilegiado” não é equiparado, pois, assim como aquele não está expressamente previsto como hediondo, esse também não encontra previsão expressa nesse sentido.

Além disso, ambos consistem em causa de diminuição de pena, que consideram circunstâncias de caráter subjetivo, pois, assim como a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação a atividades criminosas e a não integração em organizações criminosas estão diretamente ligadas à pessoa do agente, não há como conceber que “o motivo de relevante valor social e moral” e “o domínio de violenta emoção” também assim não estejam, pois, embora o primeiro possa ser obtido por meio da investigação dos valores da sociedade, o segundo, somente por meio da investigação de características eminentemente pessoais.

Desse modo, não é razoável que se considere como menos grave a hipótese do agente que, por motivo de relevante valor social, e sob o domínio de violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima, a mate com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum, do que a hipótese do agente que transporta droga destinada ao comércio uma única vez.

Portanto, conclui-se que a figura do “tráfico privilegiado” não é equiparada a crime hediondo.

4.3 A constitucionalidade da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”

Diante do exposto, conclui-se pela constitucionalidade da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”, uma vez que a anistia, a graça e o indulto são institutos que não se confundem entre si, de modo que o vocábulo graça

² Nesse sentido: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, §§ 1º E 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes). Writ concedido (HC nº 36317/RJ 2004/0087775-1, 5ª Turma do STJ, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 01/03/2005, Data de Publicação: DJ 11.04.2005 p. 339).

constante do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, deve ser interpretado restritivamente (ou estritamente) abrangendo tão somente a graça, em sentido estrito. Assim, conclui-se secundariamente que o art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990, é inconstitucional por proibir o indulto aos condenados por crimes hediondos e equiparados quando não há proibição material expressamente prevista no texto constitucional.

Por outro lado, conclui-se que o “tráfico privilegiado” não é equiparado a crime hediondo em razão de principalmente não constar do rol previsto na Lei nº 8.072/1990 e Lei nº 11.343/2006.

Assim, não sendo equiparado a hediondo, e não constando expressamente entre os impedimentos previstos nos decretos anuais de indulto, não restam dúvidas de que a concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado” seja constitucional.

No entanto, ainda que fosse equiparado a hediondo, e desde que não constasse expressamente entre os impedimentos previstos nos decretos anuais de indulto, a concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado” também seria constitucional.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho revelou que a anistia, a graça e o indulto não se confundem entre si. Distinguem-se entre suas origens, características e até mesmo quanto aos seus próprios fundamentos, razão pela qual, embora todas sejam espécies do direito de graça, nenhuma pode ser identificada com a outra ou mesmo tachadas de espécies de uma ou outra.

Em síntese, pôde-se verificar que, até mesmo pelas suas próprias origens (*abolitio generalis publica*), a anistia, de modo algum, se confunde com a graça ou com o indulto. Já o indulto e a graça se diferem principalmente por aquele configurar, atualmente, importante medida de política criminal, destinada principalmente a atenuar o problema da superlotação carcerária, que, no Brasil, chegou ao seu nível crítico, enquanto que a graça não tem esse condão na medida em que é individualizada, devendo, portanto, ser analisada caso a caso, dificultando a sua utilização como medida de política criminal.

Por outro lado, o presente trabalho também revelou que o “tráfico privilegiado” não se insere na categoria dos crimes hediondos ou equiparados, não merecendo, portanto, o tratamento mais severo destinado a essas espécies delitivas. Assim, foi expressamente excluído dos impedimentos à concessão de indulto e comutação de penas, previstos nos respectivos decretos a partir do ano de 2008, com alteração no ano de 2009, reproduzida nos anos seguintes.

Por fim, concluiu-se pela constitucionalidade da concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado”, uma vez que a anistia, a graça e o indulto são institutos que não se confundem entre si, de modo que o vocábulo graça constante do art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, deve ser interpretado restritivamente (ou estritamente) abrangendo tão somente a graça, em sentido estrito.

Em segundo lugar, concluiu-se que o art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990, é inconstitucional por proibir o indulto aos condenados por crimes hediondos e equiparados quando não há proibição material expressamente prevista no texto constitucional.

Em terceiro lugar, concluiu-se também que a graça, embora resgatada pela Constituição Federal de 1988, não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, por violar princípios inerentes a esse como ao da isonomia, impessoalidade e legalidade.

Por outro lado, concluiu-se que o “tráfico privilegiado” não é equiparado a crime hediondo em razão de principalmente não constar do rol previsto na Lei nº 8.072/1990 e Lei nº 11.343/2006.

Assim, não sendo equiparado a hediondo, e não constando expressamente entre os impedimentos previstos nos decretos anuais de indulto, não restam dúvidas de que seja constitucional a concessão de indulto e comutação de penas a esses condenados.

No entanto, ainda que fosse equiparado a hediondo, e desde que não constasse expressamente entre os impedimentos previstos nos decretos anuais de indulto, que, como visto, apenas eles podem estabelecer restrições, a concessão de indulto e comutação de penas aos condenados por “tráfico privilegiado” também seria constitucional.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Julieta Glàdys. **Importancia de una normativa que regule el procedimiento para otorgar el indulto**. Leon, Nicaragua, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.asamblea.gob.ni/bibliotecavirtual/Tesis/68624.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

BARBOSA, Licínio. **Do indulto: um gesto de clemência penal**. Revista da Faculdade de Direito UFG, v. 2, n. 2, jul./dez. 1978. Disponível em: <[file:///C:/Users/user/Downloads/11688-45502-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/11688-45502-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BARRETO, Otávio de Sá. A “*Clementia Principis*” de nossos dias, no Direito Nacional. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l.], v. 6, nov. 2006. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/6625/4742>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare (1764). **Dos delitos e das penas**. Tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BERNABÉ, Ireneo Herrero. **Antecedentes históricos del indulto**. Revista de derecho UNED, Madrid, n. 10, 2012. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2012-10-5260&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em: 15 jul 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anteprojeto da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. **Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistemas de Governo**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de/comissao3>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas oferecidas à Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Câmara Federal. **Projeto de Lei nº 4.716, de 30 de agosto de 1994**. Define crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223777>>. Acesso em: 13 set. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF, jun. 2014. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Alterada pela Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Alterada pela Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Alterada pela Emenda Constitucional nº 17, de 26 de novembro de 1965. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Alterada pela Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Alterada pela Emenda Constitucional nº 82, de 16 de julho de 2014. Acesso em: 17 de julho de 2014.

_____. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985**. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=91450&tipo_norma=DEC&data=19850718&link=s>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Decreto nº 4.904, de 1º de dezembro de 2003**. Concede indulto condicional, comutação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4904.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 5.295, de 2 de dezembro de 2004**. Concede indulto condicional, comutação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D5295.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 5.620, de 15 de dezembro de 2005**. Concede indulto condicional, comutação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5620.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 5.993, de 19 de dezembro de 2006**. Concede indulto, comutação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5993.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 6.294, de 11 de dezembro de 2007**. Concede indulto natalino e comutação de pena de liberdade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6294.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008**. Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6706.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 7.046, de 22 de dezembro de 2009.** Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D7046.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 7.420, de 31 de dezembro de 2010.** Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7420.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011.** Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7648.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 7.873, de 26 de dezembro de 2012.** Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7873.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto nº 8.172, de 21 de dezembro de 2013.** Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8172.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. **Exposição de motivos nº 213, de 09 de maio de 1983.** Exposição de motivos da Lei de Execução Penal. Disponível em: <[file:///C:/Users/user/Downloads/EXP%20MOT%20LEP%20Anexo%20II%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/EXP%20MOT%20LEP%20Anexo%20II%20(2).pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2014.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983.** Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. **Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 499, de 28 de novembro de 2013.** Define crimes de terrorismo e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115549>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1163452/MG (2009/0207332-8)**. Rel. Og Fernandes. j. 05.02.2013, unânime, DJe 18.02.2013. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1185785/MG (2010/0046915-8)**. Rel. Marco Aurélio Bellizze. j. 07.02.2013, unânime, DJe 18.02.2013. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus nº 271.420/MG (2013/0174362-9)**. Rel. Assusete Magalhães. j. 27.08.2013, unânime, DJe 08.05.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus nº 271.859/MG (2013/0184651-7)**. Rel. Jorge Mussi. j. 18.03.2014, unânime, DJe 02.04.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 180304/SP (2010/0136148-0)**. Rel. Adilson Vieira Macabu, j. 16.08.2012, unânime, DJe 19.09.2012. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 225016/RS (2011/0272069-0)**. Rel. Vasco Della Giustina. j. 10.04.2012, unânime, DJe 18.04.2012. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 09**. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 347**. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em 23 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 471**. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 501**. É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 77528-0/SP**. Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 22/10/99. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 121.255/SP**. Rel. Luiz Fux. j. 03.06.2014, maioria, DJe 01.08.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0026vinculante.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Agravo em Execução Penal nº 52.538/2013 (139921/2013)**. Rel. Ângela Maria Moraes Salazar. j. 12.12.2013, unânime, DJe 19.12.2013. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação nº 0009127-74.2009.8.12.0021**. Rel. Luiz Gonzaga Mendes Marques, unânime, DJ 16.10.2013. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação nº 0005628-06.2013.8.12.0001**. Rel. Romero Osme Dias Lopes, maioria, DJ 26.11.2013. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação nº 0000661-83.2013.8.12.0043**. Rel. Ruy Celso Barbosa Florence. j. 31.03.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal nº 0081469-46.2014.8.13.0000 (1)**. Rel. Beatriz Pinheiro Caires. j. 10.04.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal nº 0038804-15.2014.8.13.0000 (1)**. Rel. Renato Martins Jacob. j. 27.03.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 0159183-73.2013.8.13.0079 (1)**. Rel. Catta Preta. j. 04.12.2013. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1242257-76.2013.8.13.0024 (1)**. Rel. Nelson Missias de Moraes. j. 26.06.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0593441-87.2013.8.13.0000 (1)**. Rel. Catta Preta. j. 09.04.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Apelação Criminal nº 001.2009.008579-4/003**. Rel. Onaldo Rocha de Queiroga, DJe 13.07.2012. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo em Execução Penal nº 70058128091**. Rel. Nereu José Giacomolli. j. 29.05.2014, DJ 08.07.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo em Execução Penal nº 70055633309**. Rel. Osnilda Pisa. j. 27.05.2014, DJ 15.07.2014; *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70050670512**. Rel. Nereu José Giacomolli. J. 03.04.2014, DJ 02.06.2014. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 0288492-04.2011.8.0000**. Rel. Campos Melo, j. 04.04.2012. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: legislação penal especial, volume 4. 8. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Exposição de Motivos da Proposta de Indulto Presidencial de 2012**. Disponível em: <http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/CONSEJ/ATAS_e_Documentos_-_2012/5_BSB_30out2012/Anexo_3_indulto_2012_Exposicao_de_Motivos_da_Proposta.pdf> . Acesso em: 18 set. 2014.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, 1**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FRANCO, Alberto S.; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO, Alberto S; STOCO, Rui (Cord.). **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, José Henrique Kaster (2009). **Tráfico privilegiado**: a hediondez das mulas. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

FREITAS, Jayme Walmer de (2007). **A causa de diminuição de pena do art. 33, §4º da Lei Antidrogas. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição da sua aplicabilidade**. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (2006). **Nova Lei de drogas: retroatividade ou irretroatividade?** *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2014. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal, 2º volume: parte especial; Dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KHUENE, Maurício (2000). **Indulto pleno ou parcial (comutação = redução da pena) questões controvertidas – Decreto nº 3.226/99**. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Comentários ao Código do Processo Penal Brasileiro, vol. IV**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

LEAL, João José (1993). **Conceito de crime hediondo e o equívoco da Lei 8.072/90**. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

_____. **Crimes hediondos – A Lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. (2004). **Indulto humanitário para condenado por crime hediondo e a inconstitucionalidade do art. 2º, inciso I, da Lei 8.072/90 – LCH**. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Nova política criminal e controle do crime de tráfico ilícito de drogas**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 42, jun 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1920>. Acesso em: 03 set. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10. rev., ampl. e atual. de acordo com as leis n. 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (reinição de pena). São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Lei de drogas - anotada e interpretada. 9. ed. reform., rev. e atual., de acordo com a Lei n. 12.850/2013 (Organização criminosa). São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MASSON, Cleber. **Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização**. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 03 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/acesso-a-informacao/estatisticas-prisonal>>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. **Graça ou indulto individual**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D46457E9-9F45-4EBC-A4C1-5E3D121CC96D}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B37322BA0-6F54-4FB0-A194-96182C0E93F9%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. **Sugestões para indulto natalino 2014 podem ser enviadas até 1º de agosto**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/sugestoes-para-indulto-natalino-2014-podem-ser-enviadas-ate-1o-de-agosto>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 27. ed. rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas – vol.1**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas – vol.2**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Adeildo. **Execução da pena e da medida de segurança**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ORSI NETTO, Alexandre. **O indulto na hipótese do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2315, 2 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13782>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis et al. **Direito de Execução Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de drogas**: comentários penais e processuais. 2. ed. rev., ampl. e atual. até dezembro de 2013. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Um princípio para a execução penal: *numerus clausus***. *Revista Liberdades* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). São Paulo, ano 5, n. 15, p. 104-120, jan. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/191-Artigos>. Acesso em: 15 jul. 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Decreto de indulto de 2013**. Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/entrevistas/decreto-de-indulto-de-2013/13622>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

SAN MARTÍN, Jerónimo García. **El control jurisdiccional del indulto particular**. Las Palmas de Gran Canaria, 2006. Disponível em: <http://www.papelesdesociedad.info/IMG/pdf/tesis_doctoral_el_control_jurisdiccional.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2014.

SANTIAGO, Emerson. **Direito Romano**. Infoescola: Navegando e Aprendendo. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/direito-romano/>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

SANTOS, Flávio de Oliveira (2007). **Breves anotações ao §4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/06**. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

SENADO FEDERAL. **Comissão Affonso Arinos elaborou projeto de Constituição**. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2008/10/01/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas – Manual prático: direito material e processual penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SIQUEIRA, Galdino (1872). **Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOARES, Oscar de Macedo (1910). **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. fac. símile. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

SOUZA, Jarbas Fidelis de. **Breves considerações sobre a graça, o indulto, e reduções de penas**. Revista de Informações legislativas, Brasília, DF, v. 20 (98), 1983. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181478/000403563.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

STRECK, Lenio Luiz (2008). **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?** *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 39, set./out. 2014. 1 DVD.

SUGESTÕES para indulto natalino já podem ser enviadas. *Consultor Jurídico*. 28 jul. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-jul-28/sugestoes-regras-indulto-natalino-2012-podem-enviadas>>. Acesso em: 07 out. 2014.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira (1830). **Código Criminal do Imperio do Brasil anotado**. Ed. fac. símile. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

XAVIER, Antonio Roberto. **Política criminal carcerária no Brasil e políticas públicas**. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 6, p. 67-73, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000140-05-antonioR.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2014.