



Alberto Franco: Indulto para presas por tráfico é constitucional

O grupo de estudos e trabalho Mulheres Encarceradas, rede que atua desde 2001 e que tem como objetivo primordial discutir a realidade da mulher presa, suas condições de encarceramento, a emergência de atendimento a seus direitos, [apresenta consulta](#) pontual à vista de requerimento de decreto de indulto comemorativo do dia da mulher perquirindo se o indulto pode contemplar condenada/processada nos termos do artigo 33 da Lei 11.343/06.

A resposta à consulta formulada encontra-se nos itens que seguem:

A – Nunca se deu muita importância, na doutrina brasileira, às obrigações de criminalização constantes da Constituição Federal.. Um exame mais atento permitirá verificar que há, nessa matéria, diversidade de tratamento. De um lado, situam-se normas constitucionais de criminalização que se resumem a indicar determinados bens jurídicos (inciso XLI do artigo 5º, § 3º do artigo 225 e § 4º do artigo 227). em relação aos quais o legislador infraconstitucional deverá necessariamente assumir a tarefa de dar-lhes proteção penal. De outro lado, posicionam-se normas constitucionais de criminalização que, além da indicação da matéria a ser tutelada em nível penal, acrescenta expressas limitações quer de natureza penal, quer de caráter processual-penal. Hipóteses significativas dessas obrigações de criminalização são os incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal. Tais dispositivos constitucionais alavancam a criação de microsistema fechado e autônomo, de origem constitucional que se coloca ao lado do sistema penal geral e aberto, formulado pelo legislador ordinário.

Tome-se, para efeito de exemplificação, o inciso XLIII do artigo 5º da CF. O legislador originário não apenas emitiu o comando criminalizador. Fez mais: equiparou os delitos de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e crimes denominados hediondos. E indo além, recorreu ao sistema penal e ao sistema processual-penal preexistentes para deles importar regras restritivas que deveriam necessariamente acompanhar o processo de criminalização: não teriam cabimento, então, as causas excludentes de punibilidade como a anistia e a graça, nem tampouco seria pertinente a fiança.

O legislador constituinte não privou o legislador ordinário do poder de desenhar as condutas típicas representativas de lesões mais ou menos graves, em relação aos bens jurídicos elencados na norma constitucional, nem impediu de cominar sanções, de acordo com a danosidade social de cada uma dessas condutas. Mas não lhe concedeu o direito de diferenciá-las, sob o critério da especialidade. Todos os tipos que compõem o microsistema revelam sua condição de especiais em relação ao sistema penal geral, na medida em que não decorrem de uma livre avaliação, em nível de legislação ordinária, mas procedem de uma obrigação constitucional de criminalização. E o comando constitucional não se restringe à formação típica. O legislador infraconstitucional está submetido também às limitações penais e processuais penais inseridas no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal. Diante delas, não lhe compete aferir se tais limitações são pertinentes ou não. Encontra-se ele diante de um expediente comunicatório de deliberação de nível superior e só lhe cabe obedecer, incluindo na composição típica as restrições preestabelecidas. O ato de conformação às limitações não pode, contudo, ser compensado com o alargamento dessas limitações para efeito de excluir, radical e peremptoriamente, o eventual infrator de qualquer dos tipos que compõem o microsistema, de outros direitos e benefícios não



relacionados no comando constitucional criminalizador e que participam do sistema penal geral.

B – Poderia o legislador infraconstitucional incluir a proibição do indulto entre as causas extintivas de punibilidade, tal como o fez o legislador constituinte em relação à graça e à anistia? Com a acuidade peculiar, o Min. Assis Toledo^[1] enfatizou que "no artigo 84, XII, a Constituição prevê expressamente o indulto e atribui à competência discricionária do Presidente da República. Ora tal poder discricionário encontra seus limites no próprio texto constitucional, não podendo sofrer restrições pelo legislador ordinário. E a Constituição quando quis fazer restrições, mencionou a anistia e a graça, deixando de lado o indulto, por ela própria previsto expressamente no citado artigo 84, XII. Assim é porque parece ilógico tornar, no artigo 84, XII, a palavra *indulto* como abrangente de graça e, logo adiante, no mesmo texto constitucional (inc. XLIII do art. 5º) inverter o raciocínio para entender que a graça abrange o indulto. Por outro lado, se o legislador tivesse empregado, neste último preceito, a palavra *graça* em sentido amplo, com o significado de "direito de graça" ou "poder de graça", ou *indulgentia principis*, não teria certamente mencionado a anistia, que é uma das modalidades do mesmo poder de graça ou de clemência. Por último, cabe, aqui, lembrar-se a observação de Aloysio de Carvalho (não há sinonímia entre graça e indulto) para concluir que não seria compreensível sustentar-se que o legislador constitucional tivesse empregado duas expressões *graça* (artigo 5º, XLIII) e *indulto* (artigo 84, II) com o mesmo ou com sentido invertido, estabelecendo uma enorme confusão, inexistente na legislação e na doutrina brasileira". Destarte, não estaria o Presidente da República impossibilitado, em princípio, de conceder o indulto, nos termos do artigo 84, II da Constituição Federal, em relação a qualquer crime, seja do Código Penal, seja do microsistema aludido no item A, nem o legislador infraconstitucional, poderia, através de lei ordinária, estabelecer limites ao Presidente da República no seu poder de indultar. Caso o fizesse, a lei ordinária teria flagrante inconstitucionalidade. O presidente da República não ficará assim obstado de conceder indulto, ou até mesmo de comutar pena, no que tange aos crimes que participam do microsistema criminalizador constante da Constituição Federal (artigo 84, XII da CF). Se no decreto presidencial não houver explícita e total exclusão do tráfico ilícito de entorpecentes, a causa extintiva do indulto ou a causa de abrandamento da pena poderão ter tranquila incidência. Tal posicionamento encontra suporte no poder discricionário — o que não significa arbitrário — de que é portador o presidente da República na concessão do chamado indulto natalino. E se, no seu poder discricionário, pode ele incluir no indulto todo e qualquer fato típico arrolado na lei infraconstitucional que versa sobre tráfico ilícito de entorpecentes, nada impede que possa nele incluir situações concretas que alberguem condenados por tal delito.

C – Ora, se o presidente da República, entre suas atribuições privativas, tem o poder de conceder indulto ou comutação da pena no que tange aos delitos que fazem parte do microsistema constitucional (inclusive no tocante ao tráfico ilícito de entorpecentes), não estaria ele impedido de concedê-lo a condenados, nacionais ou estrangeiros que estivessem incluídos nas hipóteses dos incisos XI, XII, XIII XIV do artigo 1º do indulto natalino referido no Decreto 8.615/2015, não tendo a menor pertinência a alegação de inconstitucionalidade da expressão *deste artigo e*, contida no parágrafo único do artigo 9º do referido Decreto Presidencial. Destarte, impõe-se a conclusão da plena constitucionalidade do referido artigo, nada impedindo que o presidente da República suspenda as restrições constantes dos vários incisos do artigo 9º para levar em consideração situações concretas merecedoras de indulto, como, por exemplo, no caso de mulheres encarceradas nos termos do artigo 33 da Lei 11.343/06.



Clique [aqui](#) para ler a íntegra da consulta.

1 TOLEDO, Francisco de Assis . Crimes hediondos (alguns aspectos importantes). *Livro de Estudos jurídicos*, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, v. 3, p.204-205.

Date Created

01/03/2016