

Sentença

Autos nº: 0227216-05.2016.8.04.0001

Ação: Execução da Pena/PROC

Vítima do Fato: O Estado

Apenado: [REDACTED]

Vistos,

[REDACTED] cumprindo pena privativa de liberdade, requer, por intermédio de representante legal, entendendo ter sido alcançada pelo Decreto de Indulto de 12 de abril de 2017, conhecido como indulto do dia das mães, o reconhecimento da causa extintiva de punibilidade prevista no art. 107, II, do Código Penal Brasileiro.

Nos autos consta bom comportamento, assim como não há infração disciplinar comunicada pela direção do estabelecimento penal.

O Ministério Público apresentou parecer contrário, alegando que a Lei 8.072/90 vedaria de forma genérica o indulto.

Relatados. DECIDO.

Primeiramente, deve-se deixar claro que a nomenclatura “crime hediondo” foi criada pela Constituição Federal de 1988, sem precedentes nas Constituições anteriores ou mesmo em legislações ordinárias, tendo o conceito de crime hediondo nascido no inciso XLIII da Carta Magna, com a seguinte redação: **“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”** (Grifamos).

Daí surge a Lei 8.072/90, sem definir “crime hediondo”, ou seja, sem cumprir a norma básica de que não haverá crime sem lei que o defina (Art. 5º, XXXIX, da CF), mas apenas criando um rol de delitos com o adjetivo “hediondo” e acrescentando restrições às restrições previstas constitucionalmente, inclusive a restrição à concessão de indulto, não estipulada na Constituição.

Não se trata aqui de considerar a lei de crimes hediondos inconstitucional, o que, nos abstermos de fazer em nome da segurança jurídica, devido

às inúmeras decisões de tribunais superiores, inclusive do STF, reconhecendo a validade do método utilizado pelo legislador em adjetivar uma relação de delitos, mas de avaliar a possibilidade de decreto de indulto abranger o crime pelo qual foi condenada a requerente.

Infelizmente, a execução penal é carente no Brasil de uma dogmática profunda, com poucos textos críticos que enfrentem a tendência legislativa de vilipendiar princípios de direito em nome de uma suposta segurança pública, agravando o encarceramento e, conseqüentemente, também paradoxalmente, agravando a insegurança pública.

Quando há textos nesse sentido, a tendência do Judiciário é ignorá-los igualmente seguindo um padrão de segurança pública, como se o próprio Judiciário fosse um integrante dos órgãos repressivos do estado, preocupado em manter as pessoas presas o maior tempo possível e, também, agravando a insegurança pública.

É o caso da doutrina de Alberto Silva FRANCO que, citando textos de Antônio Scarance Fernandes e Rogério Lauria Tucci, imediatamente após a promulgação da lei de crimes hediondos, expressou o reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação ao indulto:

Com efeito, a regra do inciso VLIII do art. 5º da Constituição Federal, que veda a incidência de causas extintivas de punibilidade em relação a determinados delitos, constitui uma restrição, em nível constitucional. O exercício do poder de restrição não comporta alargamentos em lei intermediadora. Além disso, se a Constituição Federal incluiu a concessão de indulto e comutação de penas entre as atribuições privativas do Presidente da República (art. 84, XII da CF) e se ela própria excepcionou, em situação alguma, o exercício dessa competência, não caberia, evidentemente, ao legislador ordinário, limitá-lo. O dispositivo do inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 está, portanto, eivado de flagrante inconstitucionalidade no tópico em que estende aos delitos especificados na referida lei a proibição do indulto. O Presidente da República não ficará, assim, obstado de conceder indulto ou, até mesmo, de comuta pena, no que tange aos crimes hediondos, à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas a fins e ao terrorismo. Se, no decreto presidencial, não houver explícita exclusão dos referidos fatos delituosos, a causa extintiva da punibilidade do indulto e a causa de abrandamento da pena da comutação poderão ter tranquila incidência. (Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994).

O legislador constituinte, ciente da atribuição do Presidente da República, porque ele mesmo a estabeleceu no art. 84, inciso XII, de conceder indulto, quando tratou das restrições ao crime hediondo, não incluiu o indulto entre tais restrições, não podendo o legislador infraconstitucional limitar o que a Constituição conscientemente não fez.

No campo da doutrina não faltam posicionamentos nesse sentido: “inadmissível qualquer restrição no campo das causas extintivas da punibilidade. Se a Constituição proíbe 'graça e anistia', o indulto é permitido. Lei ordinária não pode ir além de restrição constitucional” (AZEVEDO, Tupinambá Pinto. Crimes Hediondos e o Regime Carcerário Único: novos motivos de inconstitucionalidade. In: Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

Conquanto seja inconstitucional a vedação à concessão de indulto por lei ordinária, os presidentes têm adotado a postura de excluir os crimes hediondos e equiparados quando do uso de sua atribuição de conceder essa espécie de perdão, e é com base nessa exclusão, dos próprios decretos, que a jurisprudência se formou reconhecendo a inviabilidade de indulto.

EMENTA: CRIME. Condenação. Pena. Comutação. Indulto parcial. Caráter condicional. Legalidade reconhecida. Exclusão do benefício a condenado por crime hediondo. Ato discricionário do Presidente da República. HC denegado. Precedente. Aplicação dos arts. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, e 7º, I, do Dec. 3.226/99. Anistia, indulto, graça e comutação de pena constituem objeto do exercício do poder discricionário do Presidente da República, cujo Decreto pode, observando as limitações constitucionais, prever a concessão do benefício apenas a condenados que preencham certas condições ou requisitos. (STF, HC 96431, Relator Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, julgado em 14/04/2009).

Em voto proferido em decisão não no mesmo sentido, mas semelhante, mas voto importante que seja transcrito para o assunto do processo em questão, o ministro Lewandowski assim se pronunciou:

Claro está, portanto, tratar-se de instrumento de política criminal de que dispõe o Chefe do Executivo, configurando o seu emprego típica sanção premial, na consagrada terminologia de Hans Kelsen. E, assim sendo, constitui decisão sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal, com amparo nos subsídios da Criminologia e demais ciências sociais. Foi, portanto, no exercício de um juízo que informa tipicamente os atos de governo, que o Presidente da República houve por bem excluir do rol dos indultados aqueles apenados pela prática de crimes hediondos, sem que tenha, assim, cometido qualquer ilegalidade. (HC 90364, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2007, p. 440/441).

Ora, o decreto presidencial de indulto que se analisa no presente processo, em que a sentenciada está condenada pela prática do art. 33 da Lei 11.343/06, o decreto de indulto do dia das mães, não incluiu, como fizeram os decretos anteriores, a vedação a crimes hediondos ou assemelhados.

É a lição de Carlos MAXIMINIANO, “por umas normas se conhece o espírito das outras” (Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 128), ou seja, se todos os decretos presidenciais anteriores traziam vedação

expressa à concessão do indulto aos crimes adjetivados como hediondos ou assemelhados, inclusive em artigo independente (i. e. art. 9º do Dec. 8.380/14), o decreto de indulto do dia das mães efetivamente pretendeu alcançar as mulheres de uma forma mais ampla.

Com relação ao delito, há evidentemente uma restrição no decreto, repetida em inúmeros incisos, que é a restrição de que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, o que não é o caso da apenada, pois seu delito foi o de posse de substância proibida em lei, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Há que se respeitar a discricionariedade presidencial que, diga-se de passagem, no uso de sua atribuição no decreto de que se trata, é elogiável e pioneira no que se refere à questão das mulheres, cumprindo sanções penais em situações muito mais graves do que os homens no Brasil, sem respeito às suas condições de mães, grávidas ou mesmo com desrespeito à sua própria condição de mulher.

O Decreto do Dia das Mães vem efetivamente para atingir situações como as da apenada que, segundo o CNJ, equivale a 68% das prisões de mulheres no país, para aplacar uma taxa de encarceramento descomunal a indicar o aumento de 567% no encarceramento feminino em 15 anos, e como uma espécie de compensação e reconhecimento da maior vulnerabilidade da mulher, seja no meio carcerário seja no meio social, notadamente no que se refere à atividade repressiva (FERNANDE, Waleiska. População carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil. Conselho Nacional de Justiça. 05.11.15. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil).

Assim, se nas palavras do ilustre ministro Lewandowski, citadas acima, o indulto constitui-se em “decisão sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal, com amparo nos subsídios da Criminologia e demais ciências sociais”, é perfeitamente compreensível a opção do Presidente da República em conceder indulto às mulheres que cometeram delito sem violência, e textos de criminologia são fartos no reconhecimento da situação mais grave da mulher, para não dizer unânimes. Para citar apenas alguns exemplos: Cf. COSTA, Elaine Cristina Pimentel. Amor bandido: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. Maceió: EDUFAL, 2008; HELPES, Sintia Soares. Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCrim, 2014; ANDERSON, Tammy L. Dimensionsofwomen'spower in theillicitdrugeconomy, New Jersey: Rurgers, 2008. CAREY, Elaine. Womendrugtraffickers: mules, bosses andorganized crime. Novo México: Universityof New Mexico, 2014. Apenas para citar alguns exemplos.

Os dados do encarceramento feminino são escabrosos, bastando uma simples pesquisa na rede de computadores, com notícias de mulheres presas junto com homens, tendo que usar miolo de pão como absorvente, tendo que dar à luz algemadas

em camas, sem médicos e muito menos ginecologistas nas unidades prisionais, fatos registrados por este próprio magistrado em trabalho acadêmico, resultado de tese de doutorado na USP (O direito penal da guerra às drogas. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016).

Na informação do CNJ, anteriormente referida, há notícia, que precisa ser registrada nesta decisão, de que no momento da coleta de dados pelo Departamento Penitenciário Nacional, no Acre, 100% das mulheres encarceradas eram negras. Embora a questão racial não tenha sido objeto de decreto, este é um dado que evidencia a vulnerabilidade da mulher negra e pobre.

Assim, portanto, mais do que comprovada a correção da opção governamental em emitir, pela primeira vez na história do país, um decreto de indulto que atinge exclusivamente as mulheres e o fez, como evidenciam os dados e o texto do próprio decreto, justamente para atingir as mulheres envolvidas com o comércio das substâncias proibidas, quase 70 % da população carcerária feminina.

Especificamente sobre a condição da mulher já se manifestou o STF, no HC 118.552, quando afastou a possibilidade de se considerar crime hediondo o chamado tráfico privilegiado, reconhecimento da vulnerabilidade da mulher nesses tipos de crime, seja em razão da submissão quase regra imposta às mulheres na sociedade brasileira, principalmente nas camadas mais pobres da população, seja por essas mulheres "estarem em lugares onde se produzia ou armazenava tais produtos ilícitos, o que as tornam cúmplices, digamos assim involuntárias, não obstante vinculadas à ação criminosa", nas palavras do próprio Ministro Relator, o Ministro Lewandowski.

As aspas acima são extremamente necessárias, porque é o próprio judiciário que tem permitido a prisão de mulheres *cúmplices involuntárias* no Brasil. É a jurisprudência brasileira que tem permitido milhares de invasões de domicílio sem mandado, com base na simples suspeita, relatada *a posteriori*, pela autoridade policial (STF, RE 603616, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 05.11.15), como, inclusive, não por coincidência, aconteceu no processo que resultou na presente condenação.

No nosso estudo, em pesquisa com prisões em flagrante, o total dessas prisões que se deram com invasão de domicílio foi de 27,6%, enquanto no caso de prisão de mulheres 57, 57% se deram com invasão de domicílio por parte da polícia (Op. Cit., p. 627).

Tudo a despeito da doutrina, que tem criticado severamente a interpretação de que a polícia pode invadir a casa de qualquer pessoa em razão da suspeita de lá existir substância proibida. Como afirma Alexandre Moraes da Rosa, "nem se diga que **depois** se verificou o flagrante porque quando ele se deu já havia contaminação pela entrada inconstitucional" (Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 124 – grifo no original).

Note-se que em 20 anos de jurisdição na Vara de Execuções Penais do Amazonas, nunca encontrei uma mulher sequer envolvida com o comércio de drogas como protagonista, isto é, como realmente responsável pelo tráfico. São mulheres que normalmente são condenadas como co-autoras, partícipes ou associadas, mas nunca as verdadeiras responsáveis pelo tráfico, sendo a opção governamental inteiramente coerente e condizente com a preocupação geral com a segurança pública.

Para ficar mais evidente que a opção do Presidente da República foi justamente atingir mulheres na condição da apenada, pode-se verificar na redação do decreto em questão que no inciso III, do art. 1º, letra “f”, vem estabelecido que o requisito do indulto para as condenadas por tráfico, primárias e às quais tenha sido aplicada a causa de diminuição da pena do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, é o cumprimento de um sexto da pena, enquanto que nas letras seguintes, letras “g” e “h”, o requisito é de um quarto, se não reincidente e um terço se reincidente, respectivamente, sem fazer qualquer referência ao §4º do art. 33, mas tão somente especificando a regra genérica de que o crime não pode ter sido praticado com violência ou grave ameaça.

Mas, entretanto, o que mais evidencia a opção governamental é a não inclusão de cláusula, como vinha sendo praxe nos decretos de indulto anteriores, restringindo o indulto aos crimes hediondos.

A nosso ver, apenas como mais uma observação pessoal, porque o indulto em questão, analisado objetivamente, se aplica à situação da apenada, é efetivamente uma temeridade a manutenção de pessoas que praticaram crimes sem violência nos estabelecimentos penais brasileiros, sejam mulheres ou sejam homens, posto que estabelecimentos sem qualquer separação entre presos, onde condenados pela prática de uma relação comercial acabam se vendo misturados com latrocidias, homicidas e estupradores.

E, voltando a usar as palavras do ministro Lewandowski, sendo o indulto uma opção governamental de “prevenção criminal”, já era hora efetivamente de alcançar as mulheres presas como homens, em prisões construídas para homens, sem regras de individualização e sem respeitar as suas condições femininas que, sendo suas, de gênero, são condições humanas.

A prisão brasileira desrespeita inúmeras regras, a Lei de Execução Penal é ignorada quase de forma absoluta, a Constituição Federal não vedou o indulto ao crime pelo qual a sentenciada foi apenada, indulto que é discricionariedade do Presidente da República, o qual pretendeu atingir as penas dos crimes sem violência, portanto, seria mais um absurdo o judiciário resolver ampliar essa restrição, razão pela qual entendendo correto reconhecer atingida a apenada pelo indulto presidencial.

A sentenciada não foi punida com infração disciplinar, tem bom comportamento, já cumpriu mais de um quarto da pena e, portanto, se enquadra nos requisitos do art. 1º, III, letra “g”, do Decreto do Dia das Mães de 12 de abril de 2017.

Isto posto, exercendo a competência que me atribui o art. 66, II, da Lei de Execução Penal, combinado com o art. 107, II, do Código Penal, reconhecendo que apenada [REDACTED] satisfaz os requisitos do Decreto de Indulto de 12 de abril de 2017, declaro **EXTINTA A PUNIBILIDADE** referente aos crimes executados nestes autos, devendo-se, mediante a apresentação desta decisão, colocar imediatamente em liberdade a apenada, se por outro motivo não estiver presa.

Oficie-se ao TRE para que não conste qualquer restrição com relação aos direitos políticos da apenada.

P.R.I..

Manaus, 05 de maio de 2017

LUÍS CARLOS H. DE VALOIS COELHO
Juiz da Vara de Execuções Penais