



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE ARTES E COMUNICAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

JEFERSON TRINDADE SILVA BORGES

SISTEMA É FAIA, GASTA, ARRASTA CLÁUDIA QUE NÃO RAIA: Uma análise
sobre o Encarceramento Feminino por Tráfico de Drogas

RECIFE

2023

JEFERSON TRINDADE SILVA BORGES

SISTEMA É FAIA, GASTA, ARRASTA CLÁUDIA QUE NÃO RAIA: Uma análise
sobre o Encarceramento Feminino por Tráfico de Drogas

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal Pernambuco, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Maria de Barros.
Área de Concentração: Direitos Humanos e Sociedade.

RECIFE

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Borges, Jeferson Trindade Silva.

Sistema é faia, gasta, arrasta Cláudia que não raia: uma análise sobre o encarceramento feminino por tráfico de drogas / Jeferson Trindade Silva Borges. - Recife, 2023.

147 p., tab.

Orientador(a): Ana Maria de Barros

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Artes e Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2023.

Inclui apêndices.

1. Encarceramento Feminino. 2. Tráfico de Drogas. 3. Gênero. 4. Criminologia Crítica. 5. Criminologia Feminista. I. Barros, Ana Maria de. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

JEFERSON TRINDADE SILVA BORGES

SISTEMA É FAIA, GASTA, ARRASTA CLÁUDIA QUE NÃO RAIA: Uma análise
sobre o Encarceramento Feminino por Tráfico de Drogas

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal Pernambuco, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Maria de Barros.
Área de Concentração: Direitos Humanos e Sociedade.

Aprovado em: 15/12/2023.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana Maria de Barros (Orientadora)

Universidade Federal de Pernambuco

Professor Doutor Elton Bruno Soares de Siqueira (Examinador interno)

Universidade Federal de Pernambuco

Professora Doutora Kalline Flávia Silva de Lira (Examinador externo)

Autarquia Educacional do Araripe (AEDA)

Às mãos de painho, que calejaram plantando maracujás
e alho para que eu usasse as minhas para escrever,
à sua pele marcada pelo sol e pelo tempo,
tempo que o levou antes da conclusão desse trabalho.

À universidade pública e à ciência, que resistem!

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos têm sido a parte mais difícil de escrever, não pela falta do sentimento, mas pelo receio de que as palavras faltem ou que não deem conta da dimensão do sentimento. Vou fazendo como posso e como consigo, mas com a expectativa de que as palavras escritas ao serem lidas superem a letra e expressem o sentimento que preenche meu coração. Essa dissertação é fruto de uma pesquisa em um programa de mestrado que adentrei na pandemia, então foi construída frente às dificuldades econômicas, políticas e sociais que me afligiam individualmente, mas também em um processo coletivo que todos nós enquanto sociedade passávamos. Apesar de ter começado em um processo difícil, é finalizada em um momento em que estamos superando todo esse manto de ataques institucionais à ciência, à pesquisa e a universidade que foi o desgoverno. Começamos a respirar e a esperar novos caminhos à medida que eles realmente nos parecem possíveis. Conseguimos e conseguiremos.

Por isso, agradecer às mãos que me ergueram toda vez que precisei e os pés que caminharam comigo durante essa jornada ganham um significado mais intenso e especial. Foram realmente tempos difíceis. Valter Hugo Mãe diz que o paraíso são os outros porque a solidão faz tudo perder o sentido, e mesmo nos meus momentos mais solitários, eu nunca estive sozinho, sempre pude contar com corações, almas e mentes generosas, que me apoiaram e que, mesmo sem saber, me fortaleceram. Essas mãos que me ergueram também me ajudaram a achar a direção e o sentido toda vez que eu senti que o tinha perdido.

Nesse meio tempo, e talvez seja o maior motivo que redigir esses agradecimentos tem sido tão penoso, eu perdi meu melhor amigo, que esteve comigo durante toda a minha vida acadêmica, inclusive durante a seleção do Mestrado e até um pouquinho antes da qualificação, ele tem um peso enorme nessa dissertação. Esteve comigo em todos os processos que me dispus e propus a fazer, mesmo quando eu queria desistir de alguns, ele reforçava que se eu seria capaz de realizar o que me propunha. Finalizar essa etapa sem ele e sem receber o apoio e abraço que eu tanto quero, tem sido muito difícil, principalmente porque encontrar sentido em continuar sem ele é doloroso. Mas é também por ele que continuo, ele tinha a minha acadêmica como objeto de orgulho, como algo que pertencia a ele também. E de fato, pertenceu, ele se doou para construir isso comigo como um projeto pessoal da vida dele. Pai, eu vagueio nas letras do teclado tentando achar palavras que sejam suficientes para te agradecer por tudo, mas elas parecem irrelevantes frente a tudo que você representou e ainda representa para mim.

Ao mesmo tempo que processar a perda tem sido difícil, a gratidão por ter minha mãe comigo desde sempre me faz sentir que ainda há sentido em tudo. Ela sempre me apoiou e esteve comigo mesmo quando eu tive medo de caminhar, me encorajando a trilhar caminhos novos e desconhecidos, mesmo que ela sentisse o mesmo medo que eu. Admiro imensamente a garra e força que ela luta suas batalhas. Tem sido minha inspiração a seguir. Obrigado por apoiar e acreditar em mim, mãe.

Em outra obra, o Valter Hugo Mãe diz que “*somos o resultado de tanta gente, de tanta história, tão grandes sonhos que vão passando de pessoa a pessoa, que nunca estaremos sós*”. Esse trabalho é resultado de anos de pesquisas no Lapsus que me construiu como pesquisador, como crítico e como ser humano. É resultado de muitas mãos e vozes que pensaram, pesquisaram e dialogaram juntas. O Lapsus me deu régua e compasso para traçar esse caminho e sou apaixonado e eternamente grato por isso. Através do Lapsus conheci minhas maiores referências acadêmicas e teóricas na Criminologia Crítica. A Trindade da criminologia paraibana, a qual eu devo meu rigor técnico e minha construção humana na pesquisa: Renata, Nelson e Rebecka. Obrigado pela oportunidade de pesquisar com vocês, pela paciência, por terem acreditado e incentivado esse caminho comigo. Obrigado por além de orientadores, terem sido sempre amigos maravilhosos.

À minha orientadora nessa dissertação, Ana Maria de Barros, por sempre ser um ponto de respiro, força e motivação frente às desanimações e dificuldades. Por representar conforto e segurança, e ser os braços que abraçaram minha pesquisa e as mãos que construiu juntamente comigo esse trabalho. Que bom que eu pude contar com seu olhar atento e seu coração generoso.

À minha família, sem exceção, irmãs/irmãos e sobrinhas e sobrinho, cunhados, tios e tias, que sempre me apoiaram e estiveram comigo, principalmente nesse processo coletivo de luto. Ter a companhia, apoio e incentivo de vocês foi o que me levantou muitas vezes que senti que iria cair. Aos meus amigos sempre fiéis, que são igualmente minha família e que foram minhas pernas quando as minhas falharam, meus ombros quando precisei chorar. Sem o apoio e incentivo de vocês, não existiria eu, não existiria a conclusão desse trabalho e muito menos, a esperança e coragem de traçar novos caminhos. Marianne, Igor, Marcela, Vivian, Karina, Maria, Lucas, Ismael, Yago, Thainá, Elida, Larissa, Allan, Hellyson, Ramona, amo vocês.

Um registro em forma de agradecimento à Mairana, que compartilhava comigo as batalhas da vida de mestrando e concurseiros, que trilhava um caminho lindo que eu admirava intimamente. Infelizmente para nós que ficamos sem sua companhia ímpar, Deus a quis

pertinho dele. Sua força e garra são combustíveis e inspiração. Obrigado por tudo, você estará sempre presente e será sempre lembrada.

À Natalia, que começou como colega de mestrado, depois parceira de pesquisa e por fim, uma amiga querida. Compartilhamos tanto, sinto que foi um encontro de almas. Obrigado por ser muitas vezes o fio racional que precisava no meio de tanta loucura e desespero. Obrigado por me apresentar as ladeiras de Olinda, me apresentar aos seus amigos e dividi-los comigo, por me deixar fazer parte da sua vida.

Aos colegas de turma do mestrado, que foram pontos de leveza, risada e conforto durante essa jornada.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, que me acolheu como discente e pesquisador, pela postura combativa e resistente na academia.

Ao CNPQ/CAPES pela bolsa que possibilitou a dedicação à pesquisa e construção da dissertação.

Gratidão imensa a todos vocês.

“O amor constrói. Gostarmos de alguém, mesmo quando estamos parados durante o tempo de dormir, é como fazer prédios ou cozinhar para mesas de mil lugares. Estou cada vez mais certa de que o paraíso são os outros. Vi num livro para adultos. Li só isso: o paraíso são os outros. A nossa felicidade depende de alguém. Eu compreendo bem. Mães, pais, filhos, outra família e amigos, todas as pessoas são a felicidade de alguém, porque a solidão é uma perda de sentido que faz pouca coisa valer a pena. Na solidão, vale só a pena pensar tentar encontrar alguém. O resto é a tristeza. A tristeza a gente respeita e deita fora. A tristeza a gente respeita e, na primeira oportunidade, deita fora. É como algo descartável. Precisamos usar, mas não é bom ficar guardada” Valter Hugo Mãe.

*“A injustiça não se resolve
À sombra do mundo errado
Murmuraste um protesto tímido
Mas virão outros”*

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O Brasil tem perpetuado uma constante inflação carcerária feminina, utilizando descontroladamente a medida excepcional da prisão preventiva para encarcerar mulheres e a “Guerra às Drogas” como modelo teórico-político para justificar as prisões em massa, se constituindo em um cenário de múltiplas violências e constantes violações aos Direitos Humanos. Nesse sentido, para estudar a realidade acima descrita a pergunta norteadora da pesquisa foi: Quais os principais argumentos utilizados pelo sistema de justiça para condenação de mulheres por Tráfico de Drogas? O objetivo geral foi: Analisar a criminalização de mulheres por Tráfico de Drogas através das principais argumentações do sistema de justiça. Os objetivos específicos da pesquisa foram: 1) Discutir a criminalização de mulheres a partir da perspectiva teórica da Criminologia Crítica a partir da perspectiva Feminista; 2) problematizar a “Guerra às Drogas” e seus impactos sobre o superencarceramento de mulheres negras e pobres; 3) entender a atuação e inserção de mulheres no Tráfico de Drogas, bem como sua relação com a feminização da pobreza e 4) analisar de que modo comparecem nas argumentações do Superior Tribunal de Justiça, a criminalização pelos marcadores de raça, gênero e classe na condenação de mulheres por tráfico de drogas. Para tanto, se procedeu uma pesquisa documental de natureza qualitativa, em que foi obtido como campo de análise sete acórdãos do Superior Tribunal de Justiça proferidos em 2021. Os dados obtidos foram trabalhados a partir da análise categorial, que consiste no desmembramento do texto em unidades e agrupamento em categorias. A análise desses materiais foi realizada a partir do referencial teórico da Criminologia Crítica com viés feminista. Como resultados, foram percebidos que a maioria das decisões proferidas sobre mulheres no Superior Tribunal de Justiça versam sobre pedidos de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, em que o judiciário nega tal medida, utilizando a garantia da ordem pública e os apontamentos da mulher como perigosa, não necessária ou representante de risco aos filhos como legitimadores das decisões. Os esforços argumentativos para criminalizar as mulheres possuem forte viés moralizante.

Palavras-chave: Encarceramento Feminino; Tráfico de Drogas; Gênero; Criminologia Crítica; Criminologia Feminista.

RESUMEN

Brasil ha perpetuado una inflación constante de cárceles femeninas, utilizando descontroladamente la medida excepcional de la prisión preventiva para encarcelar a mujeres y la “Guerra contra las Drogas” como modelo teórico-político para justificar detenciones masivas, constituyendo un escenario de violencia múltiple y constantes violaciones de los Derechos Humanos. En este sentido, para estudiar la realidad descrita anteriormente, la pregunta rectora de la investigación fue: ¿Cuáles son los principales argumentos utilizados por el sistema de justicia para condenar a mujeres por Tráfico de Drogas? El objetivo general fue: Analizar la criminalización de las mujeres por Narcotráfico a través de los principales argumentos del sistema de justicia. Los objetivos específicos de la investigación fueron: 1) Discutir la criminalización de las mujeres desde la perspectiva teórica de la Criminología Crítica desde una perspectiva Feminista; 2) problematizar la “Guerra contra las Drogas” y sus impactos en el encarcelamiento excesivo de mujeres negras pobres; 3) comprender el rol e inserción de las mujeres en el Narcotráfico, así como su relación con la feminización de la pobreza y 4) analizar cómo la criminalización por marcadores de raza, género y clase aparece en los argumentos del Tribunal Superior de Justicia en condena de mujeres por el narcotráfico. Para ello se realizó una investigación documental cualitativa, en la cual se obtuvo como campo de análisis 7 sentencias del Tribunal Superior de Justicia dictadas en el año 2021. Los datos obtenidos fueron trabajos basados en el análisis categórico, que consiste en romper el texto en unidades y agrupaciones en categorías. El análisis de estos materiales se realizó utilizando el marco teórico de la Criminología Crítica con un sesgo feminista. Como resultado, se advirtió que la mayoría de las decisiones tomadas sobre mujeres en el Tribunal Superior de Justicia versan sobre solicitudes de conversión de prisión preventiva a arresto domiciliario, en las que el poder judicial niega tal medida, utilizando la garantía del orden público y el las notas de la mujer como peligrosas, innecesarias o que representan un riesgo para los niños como legitimadores de decisiones. Los esfuerzos argumentativos para criminalizar a las mujeres tienen un fuerte sesgo moralizante.

Palabras llave: Encarcelamiento Femenino; Tráfico de drogas; Género; Criminología Crítica; Criminología Feminista.

ABSTRACT

Brazil has perpetuated a constant inflation of female prisons, uncontrollably using the exceptional measure of preventive detention to incarcerate women and the “War on Drugs” as a theoretical-political model to justify mass arrests, constituting a scenario of multiple violence and constant violations of Human Rights. In this sense, to study the reality described above, the guiding research question was: What are the main arguments used by the justice system to convict women for Drug Trafficking? The general objective was: To analyze the criminalization of women for Drug Trafficking through the main arguments of the justice system. The specific objectives of the research were: 1) Discuss the criminalization of women from the theoretical perspective of Critical Criminology from a Feminist perspective; 2) problematize the “War on Drugs” and its impacts on the over-incarceration of poor black women; 3) understand the role and insertion of women in Drug Trafficking, as well as their relationship with the feminization of poverty and 4) analyze how criminalization by markers of race, gender and class appear in the arguments of the Superior Court of Justice in conviction of women for drug trafficking. To this end, a qualitative documentary research was carried out, in which 7 judgments of the Superior Court of Justice handed down in 2021 were obtained as a field of analysis. The data obtained were works based on categorical analysis, which consists of breaking the text into units and grouping into categories. The analysis of these materials was carried out using the theoretical framework of Critical Criminology with a feminist bias. As a result, it was noticed that the majority of decisions made about women in the Superior Court of Justice deal with requests for conversion of preventive detention into house arrest, in which the judiciary denies such a measure, using the guarantee of public order and the woman's notes as dangerous, not necessary or representing a risk to children as legitimizers of decisions. Argumentative efforts to criminalize women have a strong moralizing bias.

Keywords: Women Incarceration; Drug trafficking; Gender; Critical Criminology; Feminist Criminology.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Maternidade no Cárcere: quantidade de filhos	75
Figura 2 - Concessão da prisão domiciliar pelo Superior Tribunal de Justiça	77
Figura 3 – Tipificação da Conduta	85
Figura 4 - Manifestação do Ministério Público acerca do Habeas Corpus	88
Figura 5 - Argumentos da defesa para fundamentar os pedidos de liberdade.....	90

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Natureza dos materiais encontrados	23
Tabela 2: Categorias criadas a partir dos argumentos criminalizantes	24
Tabela 3: Quantidade de droga apreendida - maconha	80
Tabela 4: Quantidade de droga apreendida - cocaína.....	81
Tabela 5: Relação dos argumentos criminalizantes e categorias.....	110
Tabela 6: Garantia da ordem pública – argumentos proferidos pelo judiciário para fundamentar o risco a ordem pública	113
Tabela 7: Gravidade da Conduta – argumentos criminalizantes do judiciário.....	117
Tabela 8: Argumentos criminalizantes sobre a periculosidade da ré	121
Tabela 9: Argumentos Criminalizantes sobre a imprescindibilidade da mãe	127
Tabela 10: Argumentos Criminalizantes sobre o risco aos filhos	130
Tabela 11: Argumentos Moralizantes sobre Maternidade e Risco aos filhos.....	133

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BDTD	Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
INFOPEN	Levantamento de Informações Penitenciárias
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LAPSUS	Laboratório de Pesquisa e Extensão em Subjetividade e Segurança Pública da UFPB
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Superior Tribunal Federal
UFPB	Universidade Federal da Paraíba

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
1.1	METODOLOGIA.....	20
2	CRIMINOLOGIA CRÍTICA-CRÍTICA: PERSPECTIVAS FEMINISTAS	
	NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	26
2.1	MODELOS CRIMINOLÓGICOS TRADICIONAIS	27
2.2	CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	34
2.3	GÊNERO E PUNIÇÃO – A CRÍTICA FEMINISTA NA criminologia	43
3	ENCARCERAMENTO, POLÍTICA CRIMINAL E GUERRA ÀS DROGAS	
	50	
4	MULHERES E O TRÁFICO DE DROGAS	64
5	SISTEMA ARRASTA - CRIMINALIZAÇÃO DE MULHERES PELO	
	JUDICIÁRIO	74
5.1	PRISÃO PREVENTIVA: UTILIZAÇÃO DA EXCEÇÃO COMO REGRA	93
5.2	SENZALAS, CESÁRIAS E CICATRIZES: MATERNIDADE E PRISÃO	
	DOMICILIAR	99
5.3	ARGUMENTOS UTILIZADOS NA CRIMINALIZAÇÃO DE MULHERES .	109
5.3.1	Garantia da Ordem Pública	111
5.3.2	Gravidade da Conduta.....	116
5.3.3	Periculosidade da Agente	121
5.3.4	Não Imprescindibilidade da Mãe	126
5.3.5	Risco aos Filhos.....	130
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
	REFERÊNCIAS.....	140
	APÊNDICE A – LISTA DE ACÓRDÃOS DO STJ	145

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é intitulado de *“Sistema é faia, gasta, arrasta Cláudia que não Raia”*, um trecho da canção *“Mandume”*, composta e interpretada pela rapper Drik Barbosa, em parceria com Emicida e outros cantores. Esse trecho faz referência ao Caso Cláudia Silva Ferreira, que ganhou repercussão dentre tantos outros casos violentos das ações policiais nas favelas, dada sua crueldade e truculência escancarada. Cláudia Silva Ferreira, era moradora do Morro da Congonha, na zona norte do Rio de Janeiro e trabalhava como auxiliar de serviços gerais em um hospital. Era uma mulher negra, mãe de quatro filhos, e saiu na manhã do dia 16 de março de 2014, justamente para comprar pão para os filhos quando foi baleada com 2 tiros pelos policiais militares em uma operação em sua comunidade. Os policiais envolvidos alegaram que estariam levando Cláudia para um hospital, mas a jogaram dentro do porta-malas da viatura. Um cinegrafista anônimo que seguiu a viatura, registrou o momento em que o corpo de Cláudia caiu para fora do porta-malas e foi arrastado por 350 metros, preso ao carro apenas pela roupa. Cláudia da Silva representa uma das tantas mortes e violências contra a população negra, sobretudo realizadas pelo próprio Estado em uma necropolítica que gere a política de segurança pública no país, legitimando em nome da Guerra às drogas diversas formas de violências contra a população negra e pobre.

Tendo em vista a relação íntima e simbiótica do encarceramento com a política de drogas, o estudo parte da preocupação com os números alarmantes do sistema carcerário brasileiro. O Brasil lota presídios de forma crescente, ocupando a posição de terceiro país com maior população carcerária, atrás apenas dos Estados Unidos e da China respectivamente. Dentro desse contexto, um cenário específico chama a atenção: o encarceramento feminino em massa.

No Brasil, a população absoluta de mulheres encarceradas aumentou 656% entre 2000 e 2016, enquanto a população de homens presos nesse mesmo período cresceu cerca de 293% (BRASIL, 2018). A taxa de aprisionamento feminino aumentou em 525% no Brasil, passando de 6,5 mulheres encarceradas para 40,6 a cada grupo de 100 mil mulheres (BRASIL, 2018).

Segundo o relatório do Levantamento de Informações Penitenciárias, o INFOPEN (BRASIL, 2018), o tipo penal mais incidente são os crimes relacionados ao Tráfico de Drogas¹,

¹ Incluem os crimes de Tráfico de Drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06), Associação para da Lei o. tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06) e Tráfico Internacional de Drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11,343/06).

representando 62% - crimes tentados e consumados - entre os registros das mulheres privadas de liberdade. Esse dado demonstra que as mulheres têm sido criminalizadas de forma mais ostensiva que homens e, por estarem em posições de vulnerabilidade social são mais expostas à punição e criminalização, ainda que estruturalmente o tráfico seja um espaço constituído em sua maioria por figuras masculinas (CORTINA, 2015).

No cárcere, 65% dessas mulheres são negras, apontando a necessidade de se analisar raça como um marcador social, interseccionado com gênero e classe, visto que a lógica racista é estruturante nas relações sociais e se reproduz no cárcere. Borges (2018) aponta que o corpo das mulheres negras foi marcado historicamente de forma intensa pela punição, e por isso o encarceramento feminino precisa ser analisado de forma interseccional, pois é uma engrenagem de manutenção de desigualdades sociais baseadas em patriarcado, hierarquia racial e pobreza.

Minha proximidade com o tema da pesquisa está relacionada à minha trajetória acadêmica. Em 2017, no quarto semestre da graduação em direito, fiz seleção e entrei para o Laboratório de Pesquisa e Extensão em Subjetividade e Segurança Pública da UFPB (LAPSUS/UFPB). A partir de então iniciei leituras e contato com os debates que permeiam o campo da Segurança Pública, focando nas violações de Direitos Humanos. Assim, inicialmente, no laboratório pesquisei sobre institutos ressocializadores, que possibilitou uma visão mais ampla e crítica do cárcere e do sistema punitivo.

Posteriormente, no Lapsus, iniciamos a pesquisa sobre pena compartilhada, pesquisando sobre como a pena afeta a subjetividade e vida de toda a família do apenado. Foi uma pesquisa de campo, com uma entrevista semiestruturada, realizada nas filas dos presídios de João Pessoa. A partir disso, já se percebeu um recorte de gênero muito bem definido: seja enquanto visitantes de homens, ou enquanto presas que esperam visitas, a trajetória das mulheres nos muros do cárcere é vivenciada de forma mais cruel e solitária. A punição vai criando contornos muito mais acentuados, visto que vivemos numa estrutura que hierarquiza vivências, experiências e vidas com base na classe, raça e gênero.

Posteriormente a isso, iniciamos no Laboratório a pesquisa específica sobre Mulheres e Tráfico de drogas, aprofundando os conhecimentos sobre política criminal, política proibicionista de drogas, atuação das mulheres na estrutura do tráfico e a punição recebida por essa atuação. Assim, iniciou-se meu interesse em estudar os efeitos da importação política proibicionista na América Latina e seus efeitos sobre a criminalização e penalização sobre as mulheres, principalmente no Brasil, que ganhou aspectos intensos com o passado de escravidão do povo negro, e de uma permanência na penalização dessa população.

A “Guerra às Drogas” é a política criminal utilizada para legitimar esse aprisionamento em massa. Pensando na estrutura do tráfico enquanto comércio, ela se baseia nos aspectos sociais de um mercado formal, portanto advém de uma sociedade patriarcal e racista, em que mulheres não ocupam posição de igualdade salarial e de oportunidades em relação aos homens, sendo mais expostas à pobreza. Barcinski (2012) aponta algumas das questões que induzem essa atuação feminina mais constante, desde aspectos socioeconômicos, como poucas oportunidades no mercado de trabalho formal, bem como a precariedade dessas oportunidades, além de fatores estruturais como o patriarcado, que marca uma divisão sexual do trabalho e uma dupla jornada para as mulheres. Além disso, há aspectos como a influência masculina e as relações afetivas que acabam sendo por vezes motivos para o ingresso no tráfico de drogas.

O problema de Pesquisa parte da necessidade de compreender como têm sido as nuances da inserção das mulheres na estrutura do tráfico e sua relação com o encarceramento feminino em massa, sobretudo as intersecções entre classe, raça e gênero que vão intensificar a posição vulnerável que as mulheres são socialmente dispostas. É preciso analisar também os argumentos jurídicos que fundamentam legalmente o encarceramento e criminalizam mulheres. Portanto, o presente trabalho se orienta a partir do seguinte problema: quais os principais argumentos utilizados pelo sistema de justiça para condenação de mulheres por Tráfico de Drogas?

Portanto, este estudo tem como objetivo geral analisar a criminalização de mulheres por Tráfico de Drogas através das principais argumentações do sistema de justiça na condenação dessas mulheres. Dessa maneira, os objetivos específicos foram: 1) discutir a criminalização de mulheres a partir da perspectiva teórica da Criminologia Crítica a partir da perspectiva Feminista; 2) problematizar a “Guerra às Drogas” e seus impactos sobre o superencarceramento de mulheres negras e pobres; 3) entender a atuação e inserção de mulheres no Tráfico de Drogas, bem como sua relação com a feminização da pobreza e 4) analisar de que modo aparecem nas argumentações do Superior Tribunal de Justiça, a criminalização pelos marcadores de raça, gênero e classe na condenação de mulheres por tráfico de drogas.

O referencial teórico da pesquisa se encontra nas correntes da Criminologia Crítica, perspectiva macrosociológica que possui como centralidade de discussão os estudos nos processos de criminalização e não no sujeito ou no crime; e feminista, que insere o marcador de gênero na criminologia, de forma que contribui para uma compreensão mais ampla do sistema de justiça. Essas correntes possuem discussões por autores como Vera Malaguti Batista,

Vera Regina Andrade, Alessandro Baratta, Loic Wacquant, Angela Davis, Raul Zaffaroni, Nilo Batista e Salo de Carvalho.

O tema, apesar de ter avançado bastante na produção acadêmica, ainda carece de estudos críticos que deem conta da complexidade que permeia a atuação de mulheres no tráfico, bem como produções que discutiam isso a partir de uma criminologia crítica com viés feminista. A relevância social da presente pesquisa encontra-se em buscar entender melhor, a partir da revisão da literatura, a vivência e realidade de mulheres que são condenadas por Tráfico de Drogas, entendendo como se dá a sua atuação, ou ainda mesmo quando não atuam, como a política criminal as fazem de alvo.

O estudo contribui para dar uma maior visibilidade para um problema social que tem crescido, bem como amplificar suas histórias de vidas que são muitas vezes reduzidas à uma condenação por tráfico e com isso, reduzidas ao adjetivo da “bandida”, uma vez que estão inseridas em um contexto de vulnerabilidade socioeconômica, são mais criminalizadas, recebem penas mais duras e têm seus direitos constantemente violados. A lógica machista da divisão sexual do trabalho se reproduz na estrutura do Tráfico, por isso, entender essas questões é importante para se pensar em novas possibilidades, inclusive de políticas públicas voltadas para essa problemática.

Embora não seja possível uma estrutura carcerária que dignifique a apenada (pela própria gênese violenta da prisão), as mulheres são inseridas em uma realidade e condições desumanas que as mortificam subjetivamente. Estudar de que maneira os processos criminalizantes e o encarceramento em massa têm alcançado as mulheres negras e pobres, é de suma necessidade para compreender a particularidade da atuação feminina no tráfico, uma vez que representa a maior parte do encarceramento feminino no Brasil.

A partir da discussão sobre processos de criminalização de mulheres negras e pobres que foram presas por tráfico de drogas, procura-se entender suas vivências e histórias. O debate é extremamente significativo, perpassando também pela análise da política criminal de “Guerra às Drogas” enquanto parte das políticas de segurança pública voltadas e a sua problematização; envolve temas atuais como a “guerra às drogas” e toda a estrutura repressiva que o cárcere em si já proporciona, porém pela perspectiva interseccional de como os marcadores de gênero, raça e classe vão potencializar essa opressão. Assim, pretende-se oferecer respaldo para futuros estudos acerca da descriminalização e legalização das drogas.

No Brasil há uma certa carência na recepção da Criminologia Crítica e Feminista na academia de maneira geral que se mantém mais conservadora, embora tenha-se avançado e

crescido nas produções científicas, ainda se têm muito pouco comparadas aos estudos criminológicos, principalmente análises focadas na realidade paraibana. Por isso é extremamente relevante academicamente que se produza sobre tal realidade como forma de visibilizar a história dessas mulheres que são subjetivamente apagadas.

Percebe-se ainda uma carência de estudos que abordam e discutam a atuação feminina e os aspectos de criminalização das mulheres por Tráfico de Drogas. Portanto, como o espaço prisional é construído e pensado para homens, a perspectiva dos estudos criminológicos ainda mantém o seu foco sobre o encarceramento masculino, as pesquisas desenvolvidas nessa área levam em conta a vivência e os papéis e aspectos criminalizantes dentro de uma realidade masculina, carecendo a produção de saberes que analisem os aspectos femininos

É importante entender que o judiciário é a engrenagem desse sistema que vai consolidar essa política punitivista, ao construir todo o aparato justificativo que determina e mantém a prisão dessas mulheres. É extremamente questionável se há de fato, uma análise individual e justa do processo, uma vez que as penas aplicadas muitas vezes não são coerentes com a atuação relatada por elas. Por isso a relevância desse estudo para os Direitos Humanos. Há uma série de violações quando se trata do assunto, desde o devido e justo processo legal, até mesmo às condições em que essas mulheres são submetidas. Além disso, vivemos no Brasil um grande problema, principalmente quando se trata de um país que se intitula enquanto democrático de direito que é o Encarceramento em massa.

De modo específico, percebemos uma curva acentuada de crescimento na prisão de mulheres por tráfico, sendo hoje o principal tipo penal que encarcera mulheres. Por isso, estudar como essa criminalização se volta especificamente às mulheres é também pensar o futuro dos direitos humanos, visto que a situação é extremamente crítica e foi, inclusive, reconhecido pelo Supremo que experienciamos o “Estado de coisas Inconstitucional” no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF que trata sobre as condições desumanas do sistema carcerário brasileiro, inovou ao apresentar esse instituto ao ordenamento jurídico do país.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 64% dos juízes são homens e nos tribunais superiores esse número cresce para 82%, se fizermos um recorte racial, percebe-se que 84,5% são brancos (BRASIL, 2013). A partir desses dados é possível afirmar que persiste uma certa colonialidade da justiça, isto é, as instituições de justiça penal na América Latina reproduzem relações sociais do sistema escravocrata, ainda que não se tenha leis explicitamente racistas, essas leis se constituíram historicamente não como garantia de direitos, mas como

punição para grupos historicamente marginalizados (ALVES, 2017). Percebe-se que são homens brancos decidindo judicialmente a vida de mulheres negras e pobres. Um trabalho dissertativo que analise essas relações e as problematize, como forma de aprofundar esse debate, contribui para a expansão e consolidação do conhecimento acerca do tema estudado na linha de pesquisa pretendida.

1.1 METODOLOGIA

O presente estudo é definido como pesquisa qualitativa, visto que demanda uma compreensão da subjetividade de uma problemática em seus múltiplos aspectos, se aprofundando em relações, processos e fenômenos. Na abordagem da pesquisa qualitativa não há uma preocupação com dados quantitativos, representatividades numéricas ou relações lineares de causa e efeito, bem como não se testará possíveis relações entre variáveis, por se tratar de um nível de realidade que não pode ser quantificado, trabalhando com significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes que são configuradores mais profundos da realidade. Assim, consiste em observar, coletar e descrever informações sobre como as diferentes variáveis podem se relacionar (MINAYO, 2009).

Inicialmente, na primeira versão do projeto de pesquisa, a proposta era realizar entrevistas com mulheres presas condenadas por Tráfico de Drogas no sistema prisional de João Pessoa, de modo a analisar sua trajetória, seu vínculo com o mercado de drogas, sua atuação, bem como a comparação desses relatos com uma análise específica de seus processos, buscando analisar também os argumentos criminalizantes proferidos nas sentenças pelo judiciário, para dessa forma, entender a interpretação dada às atuações dessas mulheres, uma vez que pesquisas iniciais apontaram uma desproporcionalidade entre a pena aplicada e a conduta da mulher presa, e uma consequente penalização mais intensa em relação aos homens presos por tráfico. No entanto, em razão da pandemia de COVID-19 e o risco que o contato com alguém externo representaria para a saúde dessas mulheres presas, optou-se por restringir o estudo ao campo teórico e documental.

Desse modo, foi feita uma leitura bibliográfica a partir de materiais como artigos, teses e dissertações para maior entendimento e aprofundamento na temática pesquisada, possibilitando a construção de capítulos teóricos sobre mulheres e tráfico de drogas, atuação de mulheres no tráfico de drogas, “guerra às drogas”, processos de criminalização da mulher, encarceramento feminino em massa, política criminal e seletividade penal, utilizando como

base teórica os fundamentos da Criminologia Crítica e Criminologia Feminista. Tal método não implicou em mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas sim o exame de um tema sob abordagem diferente do que já foi produzido, em um aprofundamento teórico a partir da leitura exaustiva desse material, permitindo maior compreensão da complexidade do tema.

O material bibliográfico foi reunido através de buscas bibliográficas em portais de periódicos para entender como as pesquisas e produções apontam essa inserção feminina no mercado ilícito de drogas. As bases utilizadas foram: Scientific Eletronic Library Online (SciELO), Portal de Periódicos da CAPES e Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD). Nesse sentido, buscou-se um aprofundamento na temática considerando o proposto por Minayo (2009) sobre a leitura exaustiva do material bibliográfico, com objetivo de possibilitar maior entendimento sobre o tema e a construção dos capítulos teóricos.

Os estudos que discutem as nuances e complexidades da atuação feminina no Tráfico tem aumentado consideravelmente, demonstrando uma maior preocupação na área acadêmica, no entanto ainda carecem de um espaço maior nas pesquisas. Esses materiais apontam que os estudos sobre mulheres sempre partiram de uma ótica masculinizante, seja os estudos que abordam perspectivas da mulher enquanto vítima ou enquanto autora de crime. No tocante à atuação no Tráfico, os materiais apontam para uma reprodução da estrutura patriarcal no mercado ilícito de drogas, de modo que as mulheres nesse cenário também são mais expostas, vulnerabilizadas e exploradas (CORTINA, 2015; CHERNICARO, 2014; TANNUSS, 2022). Suas atuações, geralmente, não estão vinculadas aos cargos ou funções de grande relevância e hierarquia, de modo que suas prisões não representam um desmonte desse mercado.

No tocante à criminalização pelos judiciários, os estudos encontrados versam sobre a negação da prisão domiciliar de maneira geral, apontando que os julgadores têm se utilizado de fundamentação vaga e abstrata, não havendo uma fundamentação detalhada ou robusta. No entanto ainda há poucos estudos que analisem especificamente os argumentos do judiciário que envolvem Mulheres e Tráfico de Drogas, mas os estudos existentes apontam para uma criminalização moralizante da mulher, perpetrada por um judiciário que reproduz estruturas sexistas e classistas, esvaziadas da análise da realidade e contexto em que elas vivem (TANNUSS, 2022). Desse modo, é de extrema relevância apontar e discutir como os julgadores entendem e valoram essa atuação feminina através da análise desses argumentos. Tal análise auxilia na ponderação entre o grau da real atuação e envolvimento feminino no tráfico, suas

nuances e fatores socioeconômicos e as decisões dos juízes que por vezes não levam em conta esses fatores, julgando de forma descolada da realidade social.

Para se alcançar os objetivos propostos, este estudo utilizou-se de pesquisa documental. Nesse modelo de pesquisa, os documentos são meios originários de obtenção de informações, isto é, não possuem caráter analítico, assim “*os conteúdos dos textos ainda não tiveram nenhum tratamento analítico, são ainda matéria-prima, a partir da qual o pesquisador vai desenvolver sua investigação e análise*” (SEVERINO, 2013, p. 107). Como campo da presente pesquisa, foram utilizados acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como fonte primária de obtenção de informações.

Para tal, a pesquisa desenvolveu-se através da plataforma virtual do STJ, sendo feita uma busca e mapeamento das decisões de segundo grau proferidas de forma condenatória às mulheres por tráfico de drogas, analisando aspectos como: interpretação do judiciário sobre a conduta e sua adequação típica, argumentos para aplicação da prisão preventiva e/ou não conversão em prisão domiciliar; bem como elementos outros que foram utilizados na fundamentação de modo a criminalizar essas mulheres.

Para a pesquisa documental, utilizou-se termos de busca, combinados através do operador booleano “e” na plataforma virtual do STJ². Os termos utilizados foram: mulheres; tráfico; drogas. Nessa fase, foi utilizado enquanto critério de inclusão um marco temporal diferente da busca bibliográfica, visto que o número de decisões proferidas anualmente seria grande e impossível de se analisar no tempo hábil de desenvolvimento de uma dissertação. Por isso, optou-se por usar o ano de 2021 como lapso temporal. Outro critério de inclusão foi ser decisão que versava sobre a condenação de mulheres por tráfico de drogas. Desse modo, por consequência, os critérios de exclusão foram decisões proferidas anteriormente ou posteriormente a 2021; bem como decisões que faziam análise sobre outra tipificação criminal.

Assim, a pesquisa jurisprudencial resultou inicialmente em 23 resultados, se dividindo em habeas corpus e agravos regimentais de habeas corpus. Desse modo, foram excluídos os agravos regimentais por se tratarem de julgamento de recurso impetrado pelo Ministério Público. Assim, decidiu-se focar apenas nos Habeas Corpus (HC) como objetos de análise, visto que se configura como o recurso constitucional por excelência impetrado pela ré/acusada, nos casos em que alguém se encontra sofrendo coação ilegal da liberdade de ir e vir. Desses 23 resultados, sete eram Habeas Corpus, sendo estes os selecionados para análise.

² <https://www.stj.jus.br/>

Tabela 1: Natureza dos materiais encontrados

Total encontrado:	Agravos Regimentais	Habeas Corpus
23	16	7

Fonte: Autoral, 2023.

Cabe apontar que na plataforma do próprio STJ é possível fazer a busca específica por legislação, de modo que para otimizar a busca, foi selecionado essa opção incluindo a legislação de drogas como filtro (Lei 11.343/2006), de modo que os resultados já apareceram filtrados, apresentando apenas os que versavam sobre criminalização por Tráfico de Drogas.

A partir dessa seleção, se iniciou a fase de leitura dos 7 acórdãos de Habeas Corpus. Nessa fase de leitura, foram destacados e sistematizados as seguintes informações: a) Habeas Corpus concedido ou negado?; b) fundamentos do juízo ad quo e ad quem; c) quantidade e tipo de droga apreendida; d) tipificação da conduta; e) tempo da pena imputado; f) a autora é mãe? Se sim, quantos filhos?; g) houve pedido liminar de liberdade?; h) foi concedido o pedido liminar?; i) qual foi o parecer do Ministério Público?.

Para a análise dos dados encontrados, foi utilizada a análise de conteúdo, visto que a presente pesquisa buscou compreender criticamente o sentido manifesto ou oculto das comunicações existentes nos acórdãos judiciais (BARDIN, 2011). Assim, *“as linguagens, a expressão verbal, os enunciados, são vistos como indicadores significativos, indispensáveis para a compreensão dos problemas ligados às práticas humanas e a seus componentes psicossociais”* (SEVERINO, 2013, p. 106). Dentro das possibilidades da análise de conteúdo, escolheu-se a análise categorial, que consiste no desmembramento do texto em unidades, também conhecida como decomposição, para serem em seguida agrupadas em categorias, segundo a frequência de presença de itens de sentido.

Na categorização, utilizou-se a técnica de frequência de repetição de alguns temas, palavras ou ideias nos acórdãos para medir o peso relativo atribuído pelos julgadores às mulheres que são acusadas por Tráfico de Drogas. Nesse sentido, pressupõe, assim, que a mensagem pode ser apreendida, decompondo-se o conteúdo do documento em fragmentos mais simples, que revelem sutilezas contidas em um texto (BARDIN, 2011). A categorização tem como objetivo *“fornecer, por condensação, uma representação simplificada dos dados brutos”* (BARDIN, 2011, p. 149). Portanto, na técnica de categorização utilizada, o sistema de categorias não é previamente fornecido, mas resulta da classificação analógica e progressiva dos elementos que se encontra na análise. Ainda segundo Bardin (2011), este procedimento é

chamado de “*categorização por acervo*”, em que o título conceitual de cada categoria somente é definido no final da operação.

A análise específica sobre os *fundamentos do juízo ad quo e ad quem*³ foram os analisados para criação de categorias, visto que a partir desse ponto se analisou como o judiciário fundamenta a negação da liberdade e/ou prisão domiciliar da acusada e, portanto, de que forma essas argumentações servem de eixos criminalizantes para essas mulheres. Assim, a partir da leitura dessas fundamentações, percebeu-se que os argumentos utilizados pelos julgadores giravam em torno de cinco argumentos principais, que foram transformados em categorias: *garantia da ordem pública, gravidade da conduta, periculosidade social da agente, risco aos filhos e imprescindibilidade da mãe*. A garantia da ordem pública, no entanto é mais geral, na maioria das vezes comparecendo juntamente com as outras categorias como periculosidade social da agente e gravidade da conduta como forma de fundamentá-la, mas por vezes surge de modo abstrato e isolado, sendo apontada como fundamentação suficiente para a prisão preventiva.

Tabela 2:

Categorias criadas a partir dos argumentos criminalizantes

JUSTIFICATIVA	FREQÜÊNCIA NOS HABEAS CORPUS	PORCENTAGEM
Garantia da Ordem Pública	6	86%
Periculosidade da Agente	3	43%
Imprescindibilidade da Mãe	4	57%
Gravidade da Conduta	4	57%
Risco aos filhos	6	86%

Fonte: Autoral, 2023.

Para a análise dos dados obtidos na leitura das decisões, os dados e categorias foram exploradas a partir dos referenciais teóricos da Criminologia Crítica e Feminista, abordando a crítica tecida nessa seara por Vera Malaguti Batista (2012), Vera Regina Andrade (1995), Alessandro Baratta (1999; 2002), Lola Aniyar de Castro (2005), Raul Zaffaroni (2007), Nilo Batista (2020) e Salo de Carvalho (2015).

Essa dissertação se organiza em Introdução e quatro capítulos. Na introdução apresentamos o tema, contextualizando a problemática, trazendo o problema de pesquisa, bem

³ A expressão “ad quo” refere-se ao juiz ou ao tribunal de instância inferior de onde provém o processo objeto do recurso ou o ato que se discute em outro juízo. A expressão “ad quem” refere-se ao tribunal para onde se encaminha ou se remete, em grau de recurso, o processo que se achava em instância inferior.

como os objetivos e a metodologia utilizada. No primeiro, abordamos sobre a criminologia crítica com viés feminista, sendo assim a crítica qualificada, intitulado de “Criminologia Crítica-crítica: perspectivas feministas na Criminologia Crítica”, abordando a importância de uma epistemologia que se coloque a partir da crítica feminista, produzindo um saber mais condizente com a realidade.

No segundo capítulo, intitulado de “Encarceramento, Política Criminal e Guerra às Drogas”, abordamos aspectos da política criminal de Guerra às Drogas adotada no Brasil, seu processo de importação e sua operatividade seletiva e central para o fenômeno do encarceramento em massa de mulheres negras. No terceiro capítulo, abordamos as relações entre mulheres e tráfico de drogas, os aspectos que envolvem sua atuação e a relação com o papel vulnerabilizado na sociedade. Por fim, no quarto capítulo, abordamos as análises acerca dos acórdãos judiciais, analisando como o judiciário utiliza os argumentos ao criminalizarem mulheres pelo Tráfico, abordando aspectos sobre a prisão preventiva, a prisão domiciliar, o marco legal da primeira infância e o Habeas Corpus Coletivo. Nas considerações finais, é apresentada as conclusões encontradas sobre o problema de pesquisa, que é entender como os julgadores argumentam a acusação/condenação de mulheres por tráfico de drogas, apontando as contribuições do trabalho e as limitações, visto que não encerra a discussão sobre o tema. Espera-se, portanto, que os resultados realizados nesta pesquisa possam subsidiar a construção de políticas públicas e contribuir com estudos no âmbito da criminalidade feminina, bem como possibilitar discussões e movimentações a respeito do papel do judiciário na promoção de Direitos Humanos.

2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA-CRÍTICA: PERSPECTIVAS FEMINISTAS NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Esse trabalho é construído a partir de uma perspectiva crítica do pensamento criminológico, com contribuições das teorias feministas. No entanto, antes de discutirmos os pontos trazidos por essa teoria, faz-se imprescindível delinear e contextualizar as formas de se pensar a criminologia antes da chegada da crítica, conhecidas como criminologias tradicionais, visto que suas relações epistemológicas e políticas, sua forma de construir a figura do delito e da pena foram fundamentais para construção do que está posto até hoje nas ciências criminológicas. Os modelos críticos surgem então, como reação aos modelos criminológicos tradicionais, a saber, denominados de modelo liberal e modelo positivista.

É fundamental entendermos que a Criminologia se constitui como um “curso de acumulação de discursos” (ZAFFARONI, 2007), de forma que as escolas tradicionais não possuem um lapso temporal definido, uma data exata que se encerra. Enquanto movimento discursivo-acumulativo, teremos momentos e contextos em que uma escola se destaca mais que a outra. No entanto, esses discursos criminológicos são marcados pelo movimento da “permanência”, isto é, até hoje encontramos seus reflexos diretos e indiretos na criminologia moderna, na política criminal e no direito penal.

Essa permanência se reflete nos esforços ao longo do tempo para que tais escolas continuem se perpetuando, de forma que mesmo com um extenso e intenso movimento crítico, ainda não conseguimos superá-la no campo prático. Nesse mesmo sentido, se os pensamentos tradicionais se prolongam no tempo, uma teoria que se propõe crítica a esses modelos, também se configurará como uma criminologia crítica de longo alcance, isto é, suas diretrizes, influências e foco das críticas, a depender do momento e contexto, serão diferentes, não tendo exatamente uma unicidade, os que as ligam é justamente seu posicionamento crítico de reação aos modelos tradicionais. Por isso, a criminologia crítica não é exatamente uma Escola, mas sim um movimento mais amplo, em que abarca diversas teorias críticas, visto que o campo a partir do qual se tece a crítica, opera na permanência. Por isso, antes de falarmos sobre a crítica, é importante conhecermos o cenário a partir do qual se constrói esse movimento teórico-crítico de contraposição.

2.1 MODELOS CRIMINOLÓGICOS TRADICIONAIS

O modelo Liberal, também conhecido como Escola Clássica surge no mesmo momento histórico do pensamento iluminista, com o desgaste e fraturas do modelo europeu de organização política e econômica, uma nova forma de organização surgia num ambiente de contraposição aos ideais e modelos punitivos da Idade Média. A forma de exercício da punição sem nenhum aspecto objetivo ou racional dá lugar a uma ideia de controle do abuso de poder, em que essa nova sociedade que surgia objetivava livrar-se do poder absolutista e estabelecer uma nova forma de pensar, levando em consideração a racionalidade de um intercambista de mercadorias, ou seja, uma racionalidade burguesa (CASTRO, 2005).

O modelo Liberal nessa perspectiva, se apresenta e é considerado enquanto crítico em relação às práticas penais e penitenciárias presentes no *Ancien Regime*, marcado por tratamentos cruéis, desumanos e totalmente arbitrários. Assim, tal modelo ao se contrapor ao modelo penal absolutista, objetivava a limitação do poder punitivo desregrado, torturador e o “fim da *barbárie*”, de forma que a partir da Escola Clássica, o exercício da punição estatal vincula-se à uma ideia de necessidade e utilidade da pena. Portanto, sendo contemporâneo ao movimento de derrubada dos abusos feudais e proteção de direitos contra a violência desse modelo, a finalidade dessa racionalidade era proteger os indivíduos do poder do Estado ao controlar esse poder e privatizar as relações jurídicas (BARATTA, 2002; CASTRO, 2005).

Portanto, o direito penal também manifestava os interesses da burguesia e buscava garantir o livre desenvolvimento do mercado, com base no interesse central da classe em ascensão. Então, quando falamos do modelo liberal, estamos falando de teorias sobre o crime e a pena que foram desenvolvidos na Europa durante o século XVIII e princípios do século XIX, na área da filosofia política liberal clássica. Os principais teóricos dessa escola foram Jeremy Bentham na Inglaterra, Anselm Von Feuerbach na Alemanha e de Cesare Beccaria e da Escola Clássica de Direito Penal na Itália (BARATTA, 2002).

Com raízes na filosofia política liberal, a Escola Clássica está intrinsecamente ligada ao racionalismo utilitarista, tendo como forma mais acabada a Teoria do Contrato Social, que se torna basilar no fundamento da ideia de Estado e Direito e, portanto, de punição. Aqui cabe abrir um parêntese para pontuarmos que as formulações contratualistas são a base desse modelo. Desde Hobbes teorizando acerca da concessão do monopólio da violência ao Estado Soberano para sair do estado da natureza (estado de horror, em que o homem era o lobo do homem), passando pela contribuição de Locke que legitima a intervenção mínima, apenas o suficiente

para regular direitos naturais (sendo a base do pensamento liberal), culminando na teoria de Rousseau, que defendia o pacto social enquanto ponto de submissão à vontade geral e não interesses individuais (CASTRO, 2005).

Isso porque, uma celebração contratual seria necessária para que não se vivesse no estado de terror da *guerra iminente de todos contra todos*, necessitando de um pacto que regulasse a cessão de uma parcela de liberdade e autonomia de cada um, concedendo ao Estado o monopólio da violência. Dessa forma, funda-se o poder estatal e o legitima para regular os direitos naturais. Tendo em vista que a teoria do contrato social de Rousseau inaugura a teoria de concessão de legitimidade de poder ao Estado, em que todos os indivíduos, ao viverem em sociedade consentiram e firmaram esse pacto, cria-se o *modelo sociológico do consenso*. Esse modelo do consenso é o que legitima o poder e todas as manifestações de controle desse poder, de forma que sua atuação, sobretudo o código penal, é protegido por uma ideia de legitimidade universal, surgida no momento místico de celebração do pacto social, de forma que não pode ser contestado (CASTRO, 2005; SANTOS, 2021).

Nesse sentido, enquanto teoria de viés contratualista-utilitarista, o modelo Liberal se divide em dois ideais: recompensa da atividade útil e punição da atividade danosa. Por ser um modelo ligado à ideologia burguesa ascendente, é esta quem definirá o que é útil ou danoso à sociedade, ditando o interesse da atuação estatal, sobretudo da punição. Por essa relação entre Estado, poder e burguesia, o delinquente era identificado como inimigo de classe, visto que rompeu com um contrato celebrado universalmente, de forma que um controle mais efetivo se voltava para o chamado *exército social de reserva*⁴. Com o modelo sociológico do consenso legitimando todas as manifestações do poder punitivo, as leis penais se tornam definidoras do bem e mal não passíveis de contestação. O modelo criminológico liberal é acrítico e submisso, pois nessa lógica, a existência do Direito, de um pacto social e a garantia do seu cumprimento são suficientes para legitimação dessa atuação (BARATTA, 2002; CASTRO, 2005)

Além da legitimação da punição, a Teoria do Contrato Social vai interferir também no modelo de se pensar e definir o que é delito, que será entendido como um comportamento-consequência da livre vontade do indivíduo. Uma vez que se encontra livre para fazer o que quer, quando um delito é praticado, é considerado enquanto escolha livre, isto é, o indivíduo escolheu livremente agir contra esse contrato, e ao se comportar assim, está agindo contra toda

⁴ Exército de reserva é como eram chamados os sujeitos que se incitavam a aceitar a condição de não proprietários, disciplinando-os para o trabalho assalariado. Isso acontecia nas casas de correção e trabalho e posteriormente, nas penitenciárias (CASTRO, 2005).

sociedade e deve ser responsabilizado pela própria ação, uma vez que “se submeteu” ao cumprimento do contrato social, pactuando que suas ações seriam livres, no entanto, subordinadas ao interesse coletivo (BARATTA, 2002).

Se por um lado, o racionalismo utilitário e a autodeterminação de homens livres permitiram que se organizasse a vida social, em sentido contrário, a violação desses critérios é considerada como um ato de irracionalidade, sendo um rompimento danoso que demanda que o Estado responda à essa afronta, e esta, por sua vez, será uma resposta punitiva. O delito aqui é visto sob a ótica de conceito jurídico e a pena não assume a característica apenas de responsabilização, mas também de contra motivação, em um movimento de necessidade de demonstração da força do Estado e de sua legitimidade para responder ostensivamente quem ignora e quebra o Contrato Social (BARATTA, 2002; SANTOS, 2021).

O racionalismo, tendo como base a autodeterminação do sujeito, conduz a um sistema de direito penal que se preocupa apenas com a conceituação jurídica, o delito é visto pela ótica de ente jurídico, sem valoração ou estudo de causas, esse momento também é conhecido enquanto pré-científico da criminologia. O delinquente não é diferente dos outros, não é ontológico, não há o determinismo rígido de uma visão etiológica da criminalidade, é apenas fruto da sua liberdade de escolha, o delito é abstraído do fato, de toda a personalidade do sujeito desviante, seu histórico biológico e psicológico, bem como da totalidade natural e social em que se insere sua existência e sua construção subjetiva (BARATTA, 2002).

O ordenamento jurídico sob a ótica desse sistema é tido enquanto indispensável para vida em sociedade, visto que representava um avanço, uma “humanização” do modelo penal que operava na completa barbárie e que agora encontrava a “luz da racionalidade”. A pena aqui não tem o objetivo de corrigir o criminoso, mas apenas de responder à quebra do contrato social, devendo se restringir apenas ao necessário para repressão, razoável com o nível de dano causado, tendo caráter retributivo. Assim, a pena fundamenta-se em dois pressupostos jurídicos: o jusnaturalismo, que entende o direito enquanto natural, imutável e universal e o indivíduo como ser natural e inerente aos atravessamentos sociais e culturais; e o contratualismo, já mencionado anteriormente, que pressupõe a existência de um pacto firmado entre os cidadãos para que em nome de uma paz, limitem uma parcela de sua liberdade (BARATTA, 2002; SILVA JUNIOR, 2017).

Porém, a problemática de conceituação do crime enquanto consequência de livre escolha e autodeterminação, é que ao ser colocado enquanto a fuga da racionalidade, ou seja, um ato irracional, implica em um elemento de irracionalidade concreta que ameaça a

racionalidade abstrata da ordem. Isso porque as desigualdades materiais, advinda com o novo modelo de organização social e econômica, excluem a igualdade legal (há então, uma quebra do fundamento da escola clássica da função generalizante e igualitária da lei, que seria aplicada indistintamente para todos), e uma vez que a irracionalidade do crime se relaciona de certa forma com ausência de propriedade, de recursos, passa a existir então um motivo, um elemento racional, que de certa forma justificaria o crime e, portanto, não poderia ser classificado enquanto ato irracional, demonstrando uma fratura na racionalidade da ordem social (SANTOS, 2021).

Nesse sentido, há uma quebra nos dois pilares do pensamento criminológico clássico: racionalismo e autodeterminação. Se a pobreza está na origem do que uma ordem social considera como comportamento criminoso, ela está fundada na desigual distribuição de propriedade e se voltando para esse grupo específico e por isso, não pode ser considerada racional. Também cai por terra a ideia de que são todos livres e autônomos para autodeterminarem conforme a razão, a partir do momento que certos crimes são determinados por deficiências pessoais e direcionados a grupos específicos, visto que no direito penal burguês, os interesses protegidos são os do mercado (SANTOS, 2021).

Com a crise dos pressupostos racionalistas, enquanto consequência das contradições internas desse sistema, resta inquestionável que a racionalidade da ordem é vinculada a uma perspectiva de classe. No entanto, não se podia admitir a irracionalidade da ordem, uma vez que seu fundamento de existência é a própria manutenção da ordem, bem como não se pode assumir em nenhuma hipótese que há algum indício de racionalidade do crime, visto que esse é contrário à ordem. Começa então a surgir a necessidade de um modelo que não questione o aspecto irracional do crime, nem admita que a ordem social racional é classista e produz situações sociais irracionais.

A partir dessa necessidade, é pensado o modelo positivista como legitimador, visto que a defesa da ordem agora demanda modelos mais complexos, que serão produzidos por um saber que se legitima através de uma ciência positivista, com um método indutivo⁵, vinculando o controle social ao rigor metodológico. O saber criminológico vinculado a um saber científico,

⁵ O método indutivo se dá a partir da observação regular de fatos, formulação de hipóteses explicativas desses fatos e reprodução experimental dos fenômenos observados. A observação regular de fenômenos naturais possibilita a indução de causas, como leis gerais que determinam a existência desses fenômenos e fundamentam a formulação de hipóteses explicativas; a reprodução experimental ou verificação empírica da natureza causal das leis contidas nas hipóteses induzidas (SANTOS, 2021). Nesse sentido, Lombroso estudava crânios de pessoas que foram presas e associavam esses fenótipos à uma criminalidade biologicamente determinada e a existência de um criminoso nato, desconsiderando que na verdade, essas pessoas estavam presas justamente porque a punição se direcionava a elas.

buscava legitimizar os interesses burgueses do direito penal através de uma perspectiva robusta da racionalidade. A criminologia positivista recusa qualquer enquadramento sociopolítico por se dizer ciência neutra, produzida por atores igualmente neutros. No entanto, tal escola também se vale do modelo do consenso como parâmetro de legitimação, toda autoridade e todo poder aqui são conferidos à ciência, que ganha centralidade.

Apesar de se vangloriar do aspecto científico e defender uma suposta neutralidade do cientista, não questionou a ordem social dada, mas sim buscou legitimá-la ao buscar causas determinantes do comportamento criminoso, entendido como aspecto involuntário de um sujeito naturalmente criminoso. A partir dessa ideia de crime e criminoso como algo intrínseco à natureza e biologia de alguns indivíduos, atribui-se estereótipos identificáveis enquanto provenientes do crime, *“fazendo assim tão pouca ciência quanto a que criticava nos criminólogos anteriores”* (CASTRO, 2005, p. 71).

Quando falamos de Criminologia Positivista, estamos falando dos estudos e teorias que emergem e são desenvolvidos na Europa entre o final do século XIX e o começo do século XX. Falamos aqui da criminologia positivista como primeira fase de desenvolvimento da criminologia enquanto disciplina autônoma, no âmbito da sociologia e filosofia do positivismo naturalista. Agora a Criminologia ganha aspectos e métodos científicos, que possuem como referência a escola sociológica francesa com Gabriel Tarde; a escola social na Alemanha, com Franz Von Liszt; mas especialmente a Escola Positivista na Itália, com Cesare Lombroso, Enrico Ferri, e Raffaele Garofalo (BARATTA, 2002).

Na criminologia positivista, as teorias jurídicas deixam de ter um aspecto exclusivamente jurídico como acontecia no modelo clássico, ou seja, é destituído o pensamento de que o crime seria uma escolha, resultado da vontade de um sujeito livre, e passa a se relacionar com um determinismo biológico, atrelado à natureza do infrator. Assim, o foco deixa de ser na natureza jurídica do delito e passa a ser o criminoso, definido de forma ontológica. As relações com outras áreas como antropologia criminal, psicologia e sociologia criminal são estabelecidas de forma estratégica e perversa. Estrategicamente porque esses campos de conhecimento ofertarão embasamento para construção desse modelo etiológico de pensar criminologia (SILVA JUNIOR, 2017).

O positivismo científico, através do uso sistemático de um método positivo das ciências naturais, parte da premissa de que há leis gerais que determinam os fenômenos da natureza. A aplicação de um método científico positivo consiste na identificação de quais são as leis gerais através da seguinte sistemática: observação de fatos naturais e formulação de

hipóteses explicativas desses fatos. Assim, quando há essa observação regular de fenômenos, há também uma indução de causas como leis gerais que vão ser deterministas na existência desses acontecimentos. Esse método então pressupõe que há uma relação de determinação universal dos fenômenos naturais (SANTOS, 2021).

Assim, quando o saber criminológico se utiliza desse método positivista para estudar o crime e o criminoso, os problemas sociais são reduzidos a problemas científicos e com isso, o comportamento desviante torna-se objeto do método positivo, se constrói a ideia do crime enquanto ontológico, algo pré-constituído, consequência de causas biopsicológicas e sociais que precisam ser identificadas e removidas. Será uma comprovação prática de que “se eu tenho que a maioria das pessoas presas apresentam em comum a característica X, então a característica X é determinista para o perfil criminoso” conferindo ao conhecimento adquirido indutivamente um caráter de conhecimento positivo.

Portanto, utiliza-se de teorias etiológicas sobre o crime, em que as patologias e características pessoais são colocadas como marcadores e identificadores de comportamentos criminosos, de forma que se ancora na ideia de que o conhecimento das relações que causam os fenômenos sociais desviantes possibilitaria a previsão e, portanto, o seu controle. A tese central aqui gira em torno do determinismo da conduta humana, isto é, a partir do momento que um sujeito apresenta os estereótipos definidos enquanto característicos do crime, será um criminoso e por isso, apresentará um risco para a segurança dos demais. Esses estereótipos que se relacionam com as causas da conduta criminosa são definidos por aspectos biológicos, psicológicos e sociais (SILVA JUNIOR, 2017; SANTOS, 2021).

A qualificação do sujeito como criminoso utilizava, portanto, parâmetros biológicos, considerando o crime como código genético presente no sujeito, estabelecendo um padrão de características e patologias que indicavam o grau de delinquência. Como consequência, a partir da definição da causa do crime em características biopsicológicas ou sociais do sujeito, a pena enquanto defesa social não terá caráter apenas repressivo, mas sim com objetivos de dissuasão e correção, tenta-se reduzir o crime através da ação científica sobre o criminoso. Esse é outro ponto de diferenciação entre essas duas escolas tradicionais, enquanto na Escola Liberal o crime era um ente jurídico e a pena era uma retribuição da culpabilidade, aqui a pena deixa de ser meramente retributiva e dá lugar aos efeitos correccionais.

Nessa visão, se os conceitos naturalísticos são determinados por causas biológicas (teoria de Lombroso), causas psicológicas (teoria de Garofalo) ou causas sociais (teoria de Ferri), as medidas de segurança de maneira geral assumem o objetivo de neutralizar, reeducar

ou corrigir o sujeito criminoso (SANTOS, 2021). Busca-se, portanto, as causas que explicam a conduta, o prognóstico de ações futuras como previsão do comportamento social e a aplicação de práticas corretivas para neutralizar as causas do desvio. Se para esse modelo, as causas do crime estão situadas em falhas individuais, a conduta desviante se explica por uma predisposição interna do sujeito ou uma integração cultural deficiente, mas em toda forma, aqui se configura enquanto defeito individual e não um problema social. Por isso, a reação social contra o crime não se torna objeto de análise, pois se a criminalidade está relacionada às patologias, a atividade do sistema de justiça criminal é irrelevante (SANTOS, 2021).

No entanto é importante entendermos que na criminologia positivista, o campo de estudo utilizado para verificar as leis gerais, foi a população carcerária das sociedades industriais, de tal forma que se ignorou que essa população era produto de uma lógica seletivamente operante. A partir disso, surgem as teorias mais importantes para o modelo positivista, dentre elas, a teoria lombrosiana. Cesare Lombroso foi um médico e jurista que fez parte da Escola Italiana de Criminologia, produzindo uma das teorias mais importantes da criminologia positiva, a do criminoso nato. Ao lado de Enrico Ferri e Garofalo, formam a trindade da Criminologia Positivista (SILVA JUNIOR, 2017).

Lombroso, sob influência das teorias evolucionistas, principalmente do darwinismo, cria a figura do criminoso atávico, entendido como um estado pessoal de regressão evolutiva, partindo da ideia de que o criminoso é um sujeito que involuiu. Assim como a civilização foi um alcance evolutivo, o crime seria a via contrária. Ao desenvolver essa teoria biológica do comportamento criminoso, Lombroso cria o que é conhecido como *criminoso nato*, utilizando como campo de análise, como já dito anteriormente, as populações de presos e soldados para verificar estigmas físicos que identificasse biologicamente ou psicologicamente o perfil criminoso (SILVA JUNIOR, 2017; SANTOS, 2021).

Aqui não há a preocupação com a lei penal que tipifica uma conduta enquanto crime, criando-o, nem com a atuação do sistema de justiça que vai produzir o criminoso, selecionando e capturando; bem como as desigualdades provocadas pelo modelo capitalista, tudo isso é desconsiderado. Têm-se a ideia de primariedade do ator criminal (o sujeito nasce assim) e primariedade da lei criminal também, não se questiona. A suposta objetividade da ciência e neutralidade do cientista que vão servir enquanto legitimadoras das premissas do método positivo e do conhecimento produzido como lei natural. Por isso que mesmo que o positivismo rejeite classificações sociopolíticas, ele vai se valer do *modelo do consenso* pois parte do pressuposto de que o crime é ontológico, da crença de que há leis gerais definidoras, estudadas

por cientistas neutros que produzem objetivamente ciência (CASTRO, 2005; SILVA JUNIOR, 2017; SANTOS, 2021).

Uma crítica ampla aponta que a origem social das características que foram intencionalmente selecionadas como indicadoras de um perfil criminoso e degeneração biológica, estão vinculadas à má nutrição de camadas mais inferiores na casta social, explicando alguns traços anormais comuns à essa população. Assim como a repressão criminal direcionada a esses estratos são capazes de incidir não apenas psicologicamente e subjetivamente, mas também fisicamente. Portanto, esses traços pessoais estão ligados à orientar o processo de criminalização de camadas sociais pobres e exploradas, na recém-formada sociedade capitalista (CASTRO, 2005; SANTOS, 2021).

2.2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Em síntese, na Escola liberal, ao definir o crime como um conceito meramente jurídico, o cometimento de uma infração como fruto da vontade do agente, e o criminoso como alguém que escolheu racionalmente e livremente delinquir, acaba partindo do pressuposto de que todos têm acesso as mesmas condições e bens na sociedade, bem como que as relações estabelecidas são horizontais e justas, legitimando a exploração capitalista do proletariado através da ideia de uma igualdade jurídica que é meramente formal.

Por sua vez, os estudos criminológicos positivistas ao conceberem o criminoso nato, ontologicamente posto, vincula e determina grupos sociais como criminosos em potencial, buscando através da técnica e ciência corrigi-los. Aqui a criminalidade era vista sob uma perspectiva ontológica, isto é, o crime era entendido enquanto fenômeno natural, determinado por fatores biológicos e que sempre esteve presente na sociedade (ANDRADE, 1995).

A criminologia de maneira geral se define segundo Zaffaroni (2007) como o saber e arte de despejar discursos perigosistas. Nesse sentido, Vera Batista (2012), aponta que se o positivismo acumula discursos ao longo do tempo, sendo legitimado por uma ideia de produção de ciência, neutra e objetivo, estes se irradiam e impregnam em todo o corpo teórico-social, *“transfigurado em funcionalismos, estruturalismos e outros ismos, mas sempre lá, como um corpo teórico, uma maneira de pensar e pesquisar que sempre nos afastou do nosso povo”* (p. 17). Percebe-se essa permanência, quando a autora aponta que o discurso médico-jurídico enquanto ferramenta legitimadora, foi introduzida desde a Inquisição, em que a punição demandava um saber complementar, o médico, para se comprovar a existência e a etiologia do mal. Portanto, embora tenha seu momento de destaque na virada do século XIX para o XX, a

criminologia começa na Inquisição, em que “*o Martelo das feiticeiras seria o primeiro livro de criminologia, os demonólogos seriam os primeiros teóricos e os exorcistas, os primeiros clínicos*” (BATISTA, 2012, p.18).

A Criminologia Crítica como já vimos, se caracteriza como um movimento crítico de longo alcance, com diferentes teorias surgidas em diferentes momentos e contextos, bem como diferentes enfoques, que foram fundamentais para pavimentarem o caminho teórico para a crítica que conhecemos hoje e que é o fundamento teórico desse estudo. Surge, portanto como uma alternativa teórica não apenas diferente das Escolas Criminológicas predecessoras, mas a partir delas, já que o contexto criminológico era dominado pelo discurso médico-jurídico, difundido pela Escola Positivista (BATISTA, 2012).

Nesse sentido, Lola Anyar de Castro (2005) define a criminologia como a atividade intelectual de estudo das normas penais e sociais relacionadas com o comportamento desviante, bem como a reação social que esse comportamento provoca, de forma que abrange o processo de criação das normas, sua forma e efeitos. Essa conceituação é crítica, uma vez que leva em consideração a reação social, a política criminal de tipificação do que vem a ser crime e seus efeitos, de forma que se contrapõe a forma como o modelo positivista pensava o crime e o criminoso a partir de um exame causal-explicativo (BATISTA, 2012).

O discurso crítico chega em um terreno preparado pelos estudos marxistas, visto que a teoria marxista é central para o entendimento do processo de exploração e acumulação capitalista ao longo da história. O novo olhar sobre a questão criminal surge a partir da análise das relações estruturais entre o modelo econômico, o acúmulo de capital e o sistema punitivo, levando em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no campo marxista. Conforme ressalta Vera Batista (2012), o entendimento do objeto da criminologia não se faz sem entender a demanda por ordem vinculada a nossa formação socioeconômica, estando diretamente atrelada à luta pelo poder e pela necessidade de ordem. O avanço do capitalismo na construção de um centro geográfico como colonizador, exigia um poder punitivo que fosse efetivo e assegurasse a adesão e/ou readaptação dos “selvagens” ao modelo de exploração capitalista.

No entanto, apesar das influências da teoria marxista, a crítica criminológica não configura como teoria materialista do desvio e da criminalização, mas sim uma compreensão de que a história da criminologia está indissociavelmente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo e sua demanda por ordem (SILVA JUNIOR, 2017). Uma das principais rupturas é no conceito de crime, antes entendido como ontológico, natural; e agora, passa a ser visto

pelas teorias críticas enquanto uma construção social, um dispositivo que opera na demanda de ordem do capitalismo (BATISTA, 2012).

O que é definido enquanto crime está intimamente ligado a necessidade de ordem na perspectiva de luta de classes, associado aos estudos do funcionamento concreto das engrenagens do sistema penal, definindo não apenas quais condutas seriam criminalizadas, como também a forma que o Estado irá reagir. Essa ruptura é conhecida como “virada criminológica” (CARVALHO, 2015). Uma vez que o crime é apontado como construção social, a teoria lombrosiana do criminoso nato começa a sofrer fraturas, visto que esse novo pensamento criminológico desconstrói o mito do criminoso atávico, produzido pelo flerte da Escola Positivista com o discurso médico-biológico para legitimar as formas de dominação das classes subalternas (BATISTA, 2012).

A plataforma teórica alcançada pela criminologia crítica, e preparada pelas correntes mais avançadas da sociologia criminal *liberal*, pode ser sintetizada em uma dupla contraposição à velha criminologia positivista, que usava o enfoque biopsicológico. Como se recordará, esta buscava a explicação dos comportamentos criminalizados partindo da criminalidade como um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal. Recordar-se-á, também, como tal criminologia pretendia estudar nas suas "causas" tal dado, independentemente do estudo da reação social e do direito penal (BARATTA, 2002, p.160).

A partir de então, na teoria crítica, a criminalidade não é entendida enquanto uma característica biopsicológica presente no código genético do sujeito, uma circunstância ontologicamente ligada a determinados indivíduos e comportamentos, mas volta-se para os processos de criminalização. Entender que o crime e o criminoso são produzidos pela estrutura, significa analisá-la enquanto fruto da política e correlação de forças situadas histórica e socialmente, não sendo possível fazê-lo objetivamente, como nas criminologias tradicionais. É um *status* atribuído através da chamada “dupla seleção”, primeiramente se escolhe os bens que serão protegidos pela esfera penal, e, portanto, os comportamentos que ofendem esse bem. Em seguida, escolhe-se os indivíduos entre todos os outros que infringem alguma norma penalmente sancionada (BARATTA 2002; ZAFFARONI, 2007).

A mudança no entendimento do objeto da criminologia, ou seja, do crime e do criminoso, mostra como a teoria do pensamento marxista foi fundante da Criminologia Crítica, pois abriu um campo teórico para a sua chegada. A partir do momento que surge uma análise estrutural e historicizada, buscando entender como se opera as engrenagens entre o modelo capitalista e os processos de criminalização, lidando com o grande problema da necessidade de ordem numa perspectiva de luta de classes, é impossível negar as contribuições marxistas

(BATISTA, 2012). No entanto, apesar dessa influência teórica no campo macrossociológico, para perceber as relações estruturantes entre capital e política criminal, a contribuição de Foucault no campo da micropolítica será fundamental para “compor o campo de forças” (SILVA JUNIOR, 2017).

Apesar das divergências, Batista (2012), chamará de “baião de Marx com Foucault” a confluência dos dois teóricos que possibilitará uma análise ampla, levando em consideração os campos macro e micro. O capitalismo tem em sua base a expropriação do trabalho humano, e isso é garantido através de um projeto de assujeitamento coletivo. A expansão do capital precisa, portanto, de controle total, ou seja, do corpo e subjetividade. Para isso são usadas diferentes formas de controle social para contribuir com esse processo, como instrumentos e instituições de controle. A criminologia e a política criminal servem com um eixo de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital.

Com o desenvolvimento da sociedade burguesa, desenvolveram-se também a medicina social, a escolarização em massa, a polícia, os métodos de racionalização da produção, os sistemas carcerários. O espaço social foi reorganizado no sentido de impedir que as massas populares, ao invés de serem obedientes ao “contrato”, descambassem para as ilegalidades, para o desrespeito à propriedade privada, para o não pagamento dos impostos cobrados pelo Estado, etc. A não observância das leis do Estado vai ser um problema combatido não apenas pela punição, mas, preventivamente, haverá uma tentativa de formar, pelos diversos dispositivos disciplinares (pedagógico, médico, militar etc.), gerações de indivíduos obedientes à lei (RAUTER, 2003, p. 20).

A política criminal pode ser entendida como “o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação” (BATISTA, 2020, p.33), sendo um guarda-chuva que abrange a política de segurança pública, a política judiciária e a política penitenciária. Assim, a depender da etapa do sistema penal em que se estabeleça, terá uma abrangência diferente, não podendo ser classificada meramente como uma conselheira da sanção penal, mas sim como pressupostos que vão orientar toda a legislação criminal e os órgãos incumbidos de sua aplicação, sendo, assim como a criminologia, indissociável da demanda por ordem na sociedade capitalista (BATISTA, 2012; ESTRELA, 2021)

No contexto latino-americano, a dinâmica da política criminal foi construída a partir da produção de medo, estereótipos sobre classes subalternas, insegurança generalizada e constante violação de garantias processuais. Esse cenário juntamente com a tensão do campo político, foi fundamental para que se construísse e consolidasse um direito penal apto para lidar com um

inimigo que precisava ser exterminado (SILVA JUNIOR, 2017). A partir do momento que a teoria crítica lança luz nos verdadeiros interesses da política criminal, desvelando-a enquanto mais um braço a serviço do capital, o termo criminalidade foi questionado tanto em sua objetividade, quanto na representação do que se propunha. Isso porque, a partir do momento que a política criminal atua legitimando e produzindo estigmatização e por conseguinte, punição de determinados grupos e condutas, tem-se que a lógica operante não é absoluta, mas seletiva (BATISTA, 2012; BATISTA, 2020).

Parte-se da constatação de que nem todos os atos infracionais serão conhecidos na realidade social, portanto não serão registrados e também não serão atravessados pelo sistema punitivo, de forma que ao considerarmos a seletividade operativa da política criminal, entendemos que não há metodologia confiável que nos faça conhecer a realidade de todos os atos infracionais cometidos, seja porque o Estado não é onipresente e não consegue abarcar toda realidade, seja porque quando atua, não atua de forma neutra e justa, mas sim direcionado a determinados grupos sociais (BATISTA, 2020).

Assim é cunhado o termo de cifra oculta – termo que indica a criminalidade não registrada, para tratar dos atos infracionais que ficam de fora do conhecimento social e da punição estatal. É um ponto importante na crítica criminológica e na virada axial do objeto de estudo, entender que o objeto estudado não trata da totalidade, mas do resultado de uma realidade seletivamente criminalizante, como se constituem nas relações do sistema de produção capitalista (BATISTA, 2020).

Nesse sentido, Baratta (2002), destaca as causas e a ligação funcional com a estrutura social dos crimes de colarinho branco, que os acoberta de forma que são raramente perseguidos, seja pela posição de prestígio do sujeito que comete a infração, ou até mesmo a ausência de um estereótipo que orientaria as agências na perseguição de infrações, o que não observamos, por exemplo, nas infrações com mais incidência dos grupos marginalizados. É importante salientarmos que esses grupos socialmente marginalizados não cometem esses crimes de forma coincidente, caindo nas mãos do Estado, mas sim porque há, deste antes, uma lógica seletiva operante na atividade legislativa de tipificar condutas enquanto crime.

Assim, observa-se como os crimes contra a propriedade ganharão mais ênfase e proteção no sistema de justiça criminal, uma vez que são as classes marginalizadas que cometem esses crimes, de forma que o sistema penal vai incidir de forma seletiva (DE GIORGE, 2006). A figura do criminoso, portanto, é construída enquanto sendo alguém negro, pobre e periférico para que se oriente as ações policiais e também para que se legitime a suspeita com base na cor

da pele, da região em que mora, ainda que não tenha nenhum elemento fático que leve a suspeita a não ser o grupo social ao qual pertença. Além de produzir o estigma sobre os grupos marginalizados, o capitalismo produz também os fatores que os marginalizam.

São marginalizados pelo modelo de exploração econômico e a partir disso, são criminalizados. Com a intensificação da acumulação capitalista, aumenta também o número de sujeitos pobres, ao mesmo tempo em que há um fortalecimento do contrato social e de crítica ao absolutismo, precisando de novas formas de sujeição de corpos, já que não se trata apenas de pobres, mas sim, pobres desajustados e sobrantes no sistema econômico. O direito penal surge para regular o poder punitivo de decapitações sem elementos objetivos que a justificassem, a vingança dá lugar à punição, num processo simbiótico com a demanda por ordem do capital, em que as instituições disciplinadoras serão mais protagonistas no processo de docilização, como as prisões e os manicômios (BARATTA, 2002).

A produção do medo e da insegurança é tão potente, que leva a um imaginário social de que se precisa de mais polícia agindo sobre esses grupos e essas regiões, uma retórica de é necessário mais Estado punindo, leis mais duras e mais repressivas; não importando que já tenhamos bastante de tudo isso (COIMBRA, 2001). Essa insegurança é insaciável, porque o mecanismo que é usado como solução e o mecanismo que gera o medo são dois filhos do mesmo pai: o capital.

O processo de surgimento das prisões está intrinsecamente ligado à ideia de assujeitamento de corpos ao capital. Entre meados do século XVIII e início do século XIX, o recrudescimento da burguesia e a acumulação do capital desbanca na Revolução Industrial, buscando disciplinar grupos sociais mais pobres para o trabalho. O caráter desigual do direito penal e a seletividade estrutural do sistema penal, demonstra como controle social funcional está intimamente ligado às técnicas de dominações de classe e de raça que os processos de criminalização reproduzem ao incidir na sociedade a partir de desigualdades estruturalmente enraizadas (BATISTA, 2012; SILVA JUNIOR, 2017; BATISTA, 2020).

É necessário que se relacione essas instituições disciplinadoras e os sistemas punitivos às exigências do modelo socioeconômico. Na sociedade de produção capitalista, o sistema penitenciário depende diretamente do desenvolvimento do mercado de trabalho. Uma vez que era necessário transformar massas de camponeses em modernos operários das fábricas, produzindo indivíduos uteis no cenário produtivo e dóceis no cenário política (RAUTER, 2003).

As instituições totais de segregação (prisão, manicômio, hospital, casas de correção, orfanatos, escolas etc.) cumpriam o papel disciplinar adestrador para uma permanente capacitação de potenciais trabalhadores úteis ao sistema produtivo. Apesar das concepções de “reeducação” e “reabilitação” serem mitos burgueses porque, como está mais que comprovado, o aprisionamento exerce efeitos contrários a uma possível inclusão positiva do sujeito à sociedade, elas têm sentido na origem do capitalismo, quando a nascente burguesia precisou inserir o proletariado no monótono, rotineiro e mecânico ritmo do trabalho industrial moderno (DORNELLES, 2008, p. 36).

O poder punitivo com a acumulação do capital nas classes dominantes, utilizará todas as ferramentas, sejam elas formais ou informais para exercer esse controle de corpos e almas. No entanto, uma vez que os operários não se submetiam à exploração da mão de obra, não sendo, portanto, produtivamente úteis para o capital, independente dos motivos serem próprios ou alheios à eles, certamente encontrariam nas prisões seu destino, onde a exploração era o destino certo, e, aliás, sem o recebimento de um salário, o que tornava para o sistema capitalista, o aproveitamento da mão de obra dos presos ainda mais lucrativo (KILDUFF, 2010). Assim, as camadas vistas como indesejáveis, isto é, os pobres, não são mais úteis ao sistema capitalista, e por isso encarcerados para que assim sejam úteis ao processo de acumulação do capital (BATISTA, 2012).

Nesse sentido, a contribuição de Andrade (1995) é fundamental para entender que uma conduta não é criminosa por si só, nem seu autor é um criminoso por traços de personalidade ou influência do ambiente. É importante entender que a criminalidade é um *status* atribuído a determinados indivíduos, “*a definição legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a seleção que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas*” (p.27). O processo de criminalização se dá mediante duas vias: a criminalização primária e a criminalização secundária.

A criminalização primária é a exercida pelo poder legislativo, ao sancionar uma lei penal material que tipifica determinada conduta como criminosa e permitindo que certas pessoas sejam punidas por apresentarem tais condutas. Já a secundária ocorre com a ação punitiva na prática, os agentes executivos exercendo sobre pessoas concretas, indo desde uma investigação policial até a execução de uma pena. Portanto a primeira seria uma criminalização formalmente, através da sanção de uma lei mediante o processo legislativo formal, enquanto a segunda se dá na aplicação dessa lei no corpo social (ZACCONE, 2006).

A seleção punitiva ocorre uma vez que é impossível para os gestores da criminalização secundária realizarem o projeto “faraônico” de criminalização primária previsto em todas as leis penais de um país. Ou seja, não é possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam as condutas descritas na lei como crime e, por conseguinte, as agências penais

devem optar entre o caminho da inatividade ou da seleção. "Como a inatividade acarretaria o seu desaparecimento, elas seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção", concluem Zaffaroni e Nilo Batista, ressaltando que esse poder de seleção corresponde, fundamentalmente, às agências policiais (ZACCONE, 2006, p.16).

O sistema penal seja abstratamente ao criminalizar condutas por ação legislativa, seja no campo concreto ao exercer a punição sobre sujeitos, atuará sempre sobre uma lógica seletiva. Percebe-se tratar de pura retórica o discurso de que a política criminal atinge a todos da mesma forma, pois apesar de serem estabelecidas universalmente na chamada igualdade formal, as normas criminalizantes e a atuação das agências ocorre, invariavelmente, de forma seletiva, ocasionando uma desigualdade material (ZAFFARONI, 2007). Isso se observa por exemplo, na consagração hierárquica de bem jurídico que se dá a determinados direitos, influenciando na proteção e punição que receberá quando alguém ofendê-lo, como acontece, por exemplo, nos crimes contra a propriedade (que geralmente são cometidos por pessoas que vivenciam a pobreza de forma intensa e não conseguem acesso a esses bens de maneira formal). A cifra oculta da criminalidade (já citada anteriormente) demonstra essa perspectiva quando questiona *“à lacuna existente entre a totalidade dos eventos criminalizados ocorridos em determinados tempo e local (criminalidade real) e as condutas que efetivamente são tratadas como delito pelos aparelhos de persecução criminal (criminalidade registrada)”* (CARVALHO, 2015, p.45).

O conceito de criminalização da pobreza é fundamental para compreender o *modus operandis* da política criminal. Silva Junior (2017, p. 123) define como *“uma sagaz estratégia de disciplinamento, opressão e exploração das classes menos abastadas”*, através da responsabilização dos grupos marginalizados por toda estrutura violenta do modelo econômico, sendo, portanto, um potente produtor de subjetividade, pois configura como subversivo e perigoso todo aquele que não se insere nos parâmetros impostos. Portanto, todo o aparato penal será necessário para combater os marginalizados, *“trata-se, portanto, de um verdadeiro combate aos pobres e, dentro desta lógica punitiva, carta branca às forças de repressão”* (SILVA JUNIOR, 2017, p. 123).

A produção do medo será um dos pilares fundamentais para legitimar a seletividade e forte repressão no combate aos pobres, visto que de alguma forma precisaria se legitimar que algumas vidas são menos dignas e mais descartáveis que outras. Assim, insere-se um discurso de existência de grupos perigosos que precisam ser exterminados pelo bem social. As prisões funcionam como esse depósito de grupos indesejáveis e considerados naturalmente perigosos e

que, portanto, apresentam risco para o restante da população. A prisão, portanto, funciona como solução para proteger a sociedade desse indivíduo e controlá-lo através da privação de liberdade (COIMBRA, 2001; RAUTER, 2003).

Intimamente ligada a essa ideia, o teórico camaronês Achille Mbembe (2003) cunha o conceito de “necropolítica”, sendo definido como o poder perverso de classificar vidas e grupos em grau de descartabilidade e dessa forma, definir quais são mais ou menos matáveis, agindo de forma concreta sobre elas, não apenas matando, mas a partir dessa classificação definindo quem deve morrer e viver. A morte envolve aspectos, mecanismos e nuances diferenciadas, de forma física, mas também subjetivamente.

Kilduff (2010) pontua que essa concepção de risco e de periculosidade cresceu e se potencializou nos últimos tempos de tal forma, que o cárcere se tornou central enquanto “*instrumento privilegiado de gestão e penalização da miséria*” (p. 245). Esse inimigo da sociedade no direito penal é de caráter político, quem os define é o sistema econômico capitalista, assim todos aqueles que não se adequam e sujeitam ao modelo capitalista de produção serão taxados de inimigos, e, portanto, sempre serão tratados de acordo com o perigo que representam (ZAFFARONI, 2007).

A tensão de nosso campo político favoreceu a consolidação de um direito penal robusto e afiançado pela existência de um inimigo apto a ser abatido. Em meio a esse processo, estereótipos, produção de medo, de insegurança generalizada e desconsideração de garantias processuais deram a tônica da política criminal na América Latina nos últimos 60 anos (SILVA JUNIOR, 2017, p. 99).

Mas a criação do inimigo é central ao despersonalizar pessoas e criarem monstros, cunhando a diferença entre o que seria cidadão e o que seria inimigo (ZAFFARONI, 2007) possibilitando que se negue direitos fundamentais ao negar também sua condição de pessoa, e permitindo todo e qualquer tipo de tratamento a esses corpos. Aprisionar esse ente perigoso é fundamental ao Estado, visto que suas ações se justificam por se tratar de uma figura não humana. Nesse sentido, “*trata-se de inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais: não se declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder*” (ZAFFARONI, 2007, p. 23).

Portanto, a criminologia crítica figura como uma importante mudança nos estudos criminológicos ao propor uma mudança axial no objeto de estudo, tirando o foco do crime e do criminoso e trazendo para o centro do debate os processos de criminalização e sua vinculação com a demanda capitalista por ordem. Desnuda essa demanda vai estruturar os saberes criminológicos e

guiar a atuação da política criminal e do direito penal, sendo um sistema que se retroalimenta: produz para o capital e é produzido por ele.

2.3 GÊNERO E PUNIÇÃO – A CRÍTICA FEMINISTA NA CRIMINOLOGIA

A criminologia crítica, apesar de ser fundamentalmente crítica ao criticar os processos de criminalização, o marcador de gênero não é levado em consideração nesse momento e continua invisibilizado enquanto categoria de análise. Esse apagamento vem desde antes dos modelos tradicionais da criminologia, sendo uma das bases em que a sociedade se estrutura e que perpassará todos os níveis de relação de poder. Apesar de ser estruturante das relações e opressões, gênero não é considerado enquanto ótica de análise tanto nas escolas tradicionais, como nos avanços pavimentados pelas teorias críticas, de contraposição a esses modelos. Como vimos, o movimento crítico vai questionar a estrutura seletiva e classista do Estado Penal, mas vai ignorar gênero enquanto estruturante e configurador da ordem social, bem como seu reflexo nos campos de estudo do crime e do sujeito criminoso. Essa invisibilidade não surge enquanto produto exclusivo desse campo, é anterior a ele e é fruto de um processo histórico na produção de ciência de maneira geral. A invenção do gênero é um paradigma dicotômico utilizado para legitimar a sobreposição e vantagem de um grupo sobre outro (BARATTA, 1999).

No modelo liberal clássico, que é anterior aos métodos científicos (e por isso, criminologia pré-científica), como vimos anteriormente, concebe o crime enquanto um ente meramente jurídico e o criminoso como alguém livre e auto determinável que renunciou uma parte de suas liberdades para a convivência coletiva. Por isso, ao cometer um crime, o sujeito comete porque escolheu transgredir, é uma escolha. Se formos pensar no lugar histórico ocupado pela mulher, uma vez que ela não era considerada sujeito de direitos, muito menos livre nas escolhas e sem liberdade de auto determinação, não era alguém que interessava ao campo criminológico, seu controle era exercido pela figura masculina, pai ou marido.

Só há interesse em desenvolver estudos e teorias sobre crime e criminoso a partir do momento em que o homem começa a ser explorado pelo capitalismo, pela necessidade econômica de se controlar uma classe e submetê-la à ordem capital. Ainda que a história de punição, criminalização e controle sobre as mulheres seja muito anterior a esse momento, o interesse sobre o crime e o criminoso surge apenas quando a figura masculina começa a ser explorada.

No modelo positivista em que os estudos e apontamentos se fundam numa teoria etiológica do crime, baseado por sua vez no determinismo biológico, trazendo a figura do

criminoso nato e estudando a figura do homem delinquente, Lombroso juntamente com Ferrero, em 1892 escreveu a obra “La Donna Delinquente”, que estendia às mulheres os estudos desenvolvidos com homens. Assim, Lombroso articula o discurso jurídico, médico e legal para falar sobre a figura da mulher criminosa, no entanto aqui, com a legitimação do discurso científico. Essa figura é construída a partir da teoria atávica, em que são colocados como intrínsecos a mulher a inércia e passividade, bem como a ideia de que as mulheres seriam *mais adaptáveis* e *obedientes* à lei que o homem, por outro lado, quando não cumprisse com esse padrão, seriam *amoras* e por isso, engenhosas, frias e sedutoras; o que as levariam para dois caminhos: delito ou prostituição (MENDES, 2017).

Lombroso as qualifica em diferentes categorias: criminosas natas, criminosas ocasionais, ofensoras histéricas, criminosas de paixão, suicidas, mulheres criminosas lunáticas, epiléticas e moralmente insanas. Assim como nos estudos com homens, as qualificações eram feitas levando em consideração as características físicas, como medição de crânios, traços faciais e cérebros de mulheres consideradas criminosas, no entanto no caso das mulheres, a análise do clitóris e dos pequenos e grandes lábios vaginais também eram utilizados para atribuir a delinquência. No entanto aqui, há uma vinculação às características que no paradigma dicotômico de gênero são atribuídas às mulheres, como por exemplo, a *emoção*. Estudos são desenvolvidos para teorizar acerca da impossibilidade de a mulher exercer domínio sobre suas emoções, sendo em sentido contrário, controlada e movida por sentimentos e paixões, que seriam inclusive, motivadores de crimes como homicídio de seu marido ou do filho por ciúmes (MENDES, 2017).

A criminologia crítica faz apontamentos sobre as vinculações dos modelos tradicionais com a demanda por ordem do capital, bem como desvela seu caráter classista intrínseco e fundante. No entanto, acaba negligenciando pontos de análise extremamente importantes e que são estruturantes da sociedade e por conseguinte, da forma de se organizar socialmente, da forma de se punir e da forma de *delinquir* também. Apesar de ser epistemologicamente crítica, ao não abordar o gênero como categoria de análise, exclui as mulheres enquanto grupo social detentor de conhecimento racional, visto que, outras formas de trabalho não assalariados também ficam invisíveis nesse modelo teórico, mas também coopera com a invisibilização e mistifica os saberes produzidos pelos povos escravizados e povos originários (HARDING, 1986).

A crítica feita apenas pelo viés de classe não considera a realidade e estrutura como um todo, visto que as mulheres sempre estiveram no centro da punição, seja ela institucionalizada

ou não, sendo assim, insuficiente para tratarmos dos processos de criminalização e assujeitamento de subjetividades e corpos no contexto histórico e atual. Outro ponto problemático da teoria criminológica crítica sem discussão de gênero, é que, ao se situar a partir de uma crítica marxista, não reconhece a mulher enquanto proletariado, nem suas atividades enquanto trabalho, e por isso, não estava dentro da crítica ao modelo classista de produzir saber, relegando novamente uma invisibilidade do gênero enquanto categoria analítica (HARDING, 1986).

O gênero ao dividir a sociedade em dois lados dicotômicos, privilegia um em função do outro, naturalizando o padrão de dominação. Nesse sentido, a experiência masculina, burguesa e branca oculta a natureza política das relações sociais, enxergando-as enquanto naturais. A invisibilidade da categoria de gênero faz parte do *modus operandi* capitalista, visto que dá mais força de atuação. Esse apagamento é fruto histórico do processo de manutenção da exploração capitalista, assim como o apagamento de outras epistemologias já existentes, como de povos originários e escravizados (HARDING, 1993).

Por isso, em que pese a utilização de atributos físicos da mulher para sua classificação enquanto delinquente, Lombroso se utiliza da ideia de inferioridade da mulher e a reproduz na construção do padrão de delito. A lógica do rompimento legal associada não apenas a um determinismo biológico, mas também ao rompimento de uma ordem moral. A mulher ao transgredir, rompe com um papel socialmente construído e atribuído, de submissa e dócil. Assim, a *mulher normal* teria em seu interior uma subordinação à maternidade, tendo seus filhos enquanto prioridade absoluta ao passo que as criminosas friamente os abandonariam ou os relegariam à prostituição, por exemplo. A utilização da maternidade enquanto parâmetro para delinquência/transgressão já comparece aqui, mas não se limita apenas a esse período histórico, visto que até os dias atuais é utilizada enquanto circunstância para intensificar a criminalização de mulheres quando são também mães (MENDES, 2017).

Por isso, o modelo padrão de uma mulher delinquente seria a prostituta. E para Lombroso, a prostituição seria decorrente de processos degenerativos e hereditários. Essa ideia vai fundamentar e legitimar o tratamento sofrido pelas mulheres em geral, mas principalmente as consideradas prostitutas, legitimando também as bases legais de criminalização da prostituição. É importante ressaltar que tal conduta é tratada de forma repressiva apenas para as mulheres, visto que os homens que se comportavam de forma semelhante não sofreriam penalização por isso, pois segundo a teoria lombrosiana, apenas nas mulheres isso seria um traço degenerativo e de predisposição ao crime, demonstrando como o modelo de

criminalização e controle sempre moldou, reproduziu e legitimou o modelo patriarcal (MENDES, 2017).

Baratta (1999) aponta que é a partir dos anos 1970 que essa posição desigual da mulher, seja enquanto vítima ou autora de delitos, começa a ganhar atenção por parte do campo criminológico. O campo teórico produzido por uma criminologia feminista será ponto importante para criação e desenvolvimento de temas específicos para a área, como a *vitimologia*⁶. A partir disso, começam esforços teórico para sair da marginalidade acadêmica temas como a falta de proteção penal das mulheres frente às violências masculinas, a baixa incidência de mulheres na criminalidade, bem como a crítica à falta de mulheres na produção científica.

As contribuições da crítica feminista ao modelo científico proporcionaram uma espécie de transcendência do gênero ao apontar como o modo de produzir saber estava mal conduzido e distorcido por uma visão masculina legitimada enquanto universal, neutra e racional. Uma perspectiva que abarque a teoria feminista não propõe que se substitua um gênero por outro, como uma simples troca de subjetivismo; a partir do momento em que se aponta o androcentrismo, isso é uma visão de ciência que não é neutra, mas sim centrada na perspectiva masculina, a crítica propõe um rompimento de um gênero enquanto totalizante (HARDING, 1993).

A crítica feminista perpassa lugares e práticas constituídas ao longo do tempo como femininas e a partir disso, inferiores no campo social-político, como a invisibilização das mulheres nos estudos científicos e na construção de saberes. Gênero precisa ser visto enquanto categoria de análise histórica, objeto de atenção analítica ao mesmo tempo que opera como um método de análise, possibilitando que se compreenda o processo no qual gênero é produzido, mas não sendo mero registro das mudanças no escopo social ao longo do tempo, e sim uma ferramenta importante na construção e produção do saber-poder (SCOTT, 1989).

Apesar de movimentos que transformaram o pensamento e a sociedade, como o iluminismo, as mulheres ainda não podiam participar do centro de produção de conhecimento. A representação feminina até então era apenas enquanto objetos de estudo e observação, mas jamais sujeitos produtoras de conhecimento. No entanto, até enquanto objeto de estudo, essa produção servia para legitimar a subalternização e hierarquia de gênero, a figura de ser pensante e racional ainda pertencia aos homens. No entanto, como bem sabemos, não eram homens de

⁶ Campo que estuda e analisa o papel da vítima em um delito. Nesse contexto, a criminologia feminista contribui para estudar as mulheres quando são vítimas de crimes, como os de feminicídio e violência doméstica.

maneira geral, mas sim homens pertencentes a um grupo específico: brancos, ricos, ocidentais. Então, mesmo com um pensamento considerado revolucionário, as mulheres continuaram distantes da produção de conhecimento, assim como pessoas negras e povos originários, em sentido contrário, tornavam-se vítimas da produção de conhecimento. O iluminismo explicitamente nega que as mulheres fossem capazes de se colocarem enquanto seres racionais e objetivos, como era exigido pelo pensamento científico, sendo atribuído a elas a irracionalidade emocional (HARDING, 1993).

Conforme demonstra Harding (1986), uma postura metodológica com posicionamento feminista, isto é, que reconheça a presença do androcentrismo, é muito mais fiel e mais objetiva por consequência, visto que ao não ignorar o paradigma de gênero, percebem a realidade de uma forma mais sincera e real, a partir de seus eixos estruturantes. Em decorrência disso, a ciência produzida a partir disso é mais completa, menos distorcida, menos enganosa. Nesse sentido, a crítica marxista ao iluminismo é fundamental, visto que traz uma visão de ciência que reflete com o mundo e contribui para sua emancipação através do movimento de dotar um grupo social de conhecimento e atribuir poder a ele para que lidere o restante no caminho para a emancipação (HARDING, 1993).

No entanto, por se fundar numa teoria do trabalho, a denúncia se ocupará de demonstrar que o trabalho não é igual porque as faculdades humanas não são iguais, uma vez que o proletariado produz conhecimento através das lutas nos locais de trabalho. Assim, nem na prática socialista ou teoria marxista foram consideradas as relações com os meios de produção que definiam as mulheres. Jamais vistas enquanto membros de pleno direito, capazes de raciocinar e de entender a construção do mundo. Além disso, o trabalho reprodutivo específico era desconsiderado, tornando as mulheres invisíveis enquanto classe e grupo social produtor de conhecimento científico (HARDING, 1993).

A criminologia crítica até então tinha se preocupado no modo seletivo que a lógica punitiva operava. No entanto, o fazia a partir de uma crítica marxista, que considerava apenas a lógica classista e não classificava o trabalho exercido pela mulher, inclusive o reprodutivo, enquanto trabalho e por isso, ficou de fora das análises e críticas. O sistema penal é estruturado numa exploração capitalista, atuando para servir aos interesses do capital, mas também tem como operante os eixos do racismo e do patriarcalismo. Não apenas isso, mas o paradigma de gênero é fundamental para o pleno desenvolvimento do capitalismo, visto que a lógica de um gênero dominante e outro dominado, contribui para que se relegue forças de trabalho não pagas

às mulheres em nome de uma lógica “natural”, garantindo inclusive, que elas atuassem “*gerando mais força de trabalho*”.

No campo criminológico, não fosse a contribuição feminista de trazer o debate de gênero enquanto categoria para se reinventar a forma de se construir ciência, levar-nos-ia a pensar que a mulher estava fora do meio criminológico, simplesmente enquanto ser que não rompe com a lógica legal. No entanto, sabemos que desde sempre, as mulheres foram marcadas pela dor da punição. O modelo patriarcal contribui para o apagamento, não sendo uma consequência dele, mas sim um de seus objetivos, visto que essa lógica confere a possibilidade de não responsabilização e não reparação. Foi através desse modelo que se permitiu também que a mulher não fosse pauta para estudos criminológicos, visto que suas transgressões e quebras ao paradigma legal e moral não eram de responsabilidade do Estado, mas sim, do marido. A mulher era considerada apenas enquanto objeto de alguém, possuída por alguém, destituída de seu próprio corpo e subjetividade.

A criminologia crítica com viés feminista representa uma crítica ao modelo teórico que já se definia como tal. No entanto, como vimos, a Criminologia Crítica não é um modelo ou uma escola, isto é, não tem uma unicidade de pensamento, mas trata-se de um movimento amplo, em que todos os modelos que criticam e denunciam a real função da pena e do direito penal, encontram-se localizados. Não sendo uma teoria especificamente, mas um guarda-chuva que abarca as teorias que formulam críticas, sendo marcada pelo giro axial no objeto de estudo, como vimos anteriormente (BATISTA, 2012).

Nesse sentido, a crítica feminista na criminologia se classifica enquanto duplamente crítica, uma vez que sua crítica se direciona ao modelo crítico que não considerava o paradigma de gênero nas análises. De modo que, adotar uma criminologia crítica feminista não é ir atrás de um subjetivismo específico de um grupo, mas sim, estabelecer uma crítica completa que considera como a sociedade se organizou, que considere os modelos de punição e exploração aos grupos sociais que se formam para além da classe, como raça e gênero; por entender que a lógica punitiva se estrutura também a partir de outros eixos opressivos e dominantes.

A contribuição feminista é essencial para se falar em uma crítica que seja realmente comprometida em oferecer resultados objetivos e mais condizentes com a realidade das relações, a partir da consideração da lógica de estruturação social no gênero, bem como a quebra do mito do pesquisador neutro, objetivo e universal a partir de um parâmetro masculino, a figura do homem essencial e universal, desaparece e juntamente com ela, a figura de uma companheira oculta, dando lugar a uma infinidade de mulheres com realidades diferentes mas atravessadas

pelos complexos históricos de dominação (e não a figura de um tipo de mulher universal) (HARDING, 1986).

A criminologia feminista, é, portanto, uma proposta de superação de um vazio analítico na epistemologia criminológica, tendo em vista o apagamento histórico no campo científico tanto de mulheres enquanto autoras/sujeitas do crime, mas também enquanto mulheres produtoras de conhecimento. É essa contribuição feminista que começa a repensar e desconstruir uma ciência produzida de, por e para homens (ESTRELA, 2021). Nesse sentido, a Criminologia Feminista considera um ponto que não foi observado nos modelos críticos: a interseccionalidade.

No tópico seguinte, trabalharemos como a política criminal de “guerra às drogas” operada no Brasil veio da importação do modelo estadunidense, que é fortemente vinculado aos ideais higienistas, principalmente de combate aos grupos de imigrantes nos Estados Unidos da América (EUA). Veremos como ela se perpetuou no Brasil e como influenciou e influencia diretamente o crítico cenário de encarceramento em massa vivenciado no país.

3 ENCARCERAMENTO, POLÍTICA CRIMINAL E GUERRA ÀS DROGAS

O Brasil atualmente ocupa a posição de terceiro país com maior população carcerária, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, deixando a Rússia em 4º lugar desde junho de 2016. Segundo dados oficiais do INFOPEN (2018), entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo país. Isso aponta para uma frequente utilização do Direito Penal, especificamente da pena privativa de liberdade como medida constantemente recorrida, não sendo assim a *ultima ratio* do sistema penal brasileiro.

Como visto no tópico anterior, a lógica punitiva opera de forma seletiva. Desse modo, não se pune todos os crimes e nem todas as pessoas, são escolhidos e priorizados determinadas infrações e determinados grupos sociais para serem alvos na política criminal (ZACCONE, 2006; BATISTA, 2012). Como consequência disso, a população prisional não é composta por diversos grupos sociais. Atualmente, cerca de 64% do cárcere é de pessoas negras, ao mesmo tempo que os negros representam 53% de toda população brasileira, demarcando de forma bem definida um perfil racial como alvo. De forma mais representativa, isso significa dizer que dois em cada três presos no Brasil, são negros. O recorte analítico racial é importante para entendermos que o banco dos réus tem a cor negra, enquanto quem condena são magistrados brancos (segundo o último censo do Conselho Nacional de Justiça (2013), 84,5% dos Juízes, Desembargadores e Ministros do Judiciário são brancos), isso demonstra como as posições de poder são estruturadas na lógica racista.

A prisão é legitimada pelo movimento de substituição e superação do suplício, visto que o iluminismo trouxe o freio no *Ancien Regime*, esse novo modelo punitivo surge como uma forma de racionalização e humanização da punição. A privação de liberdade, portanto, torna-se o foco punitivo a partir de então, substituindo a tortura (FOUCAULT, 1987). No entanto, em todo o sistema prisional continuou e ainda continua operando com “resquícios de tortura”, ainda que em termos legais, seja proibido constitucionalmente a tortura, ela foi institucionalizada e remodelada, não desaparecendo, mas mudando de nome e técnica. O próprio Estado delibera esse tipo de tratamento, ao permitir que direitos humanos sejam violados, não de maneira excepcional, mas constantemente, definindo o tratamento desumano e indigno como *modus operandi* do sistema prisional.

Nesse sentido, Alves (2017) aponta que a transição para um estado democrático de Direito, com a ratificação de diversos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos não significou a proteção de direitos fundamentais da população negra e pobre, visto que cotidianamente são legitimadas práticas de extermínios desse grupo. Resgatemos aqui o

conceito de Necropolítica cunhado por Mbembe (2003), visto que vai ser central na orientação da política criminal, sendo o exercício de poder e controle sobre a vida e a morte de determinados grupos sociais, perpassando diversos âmbitos e mecanismos complexos. Assim, embora tenhamos avanços legais no âmbito do reconhecimento e promoção de Direitos Humanos, isso é restrito a quem de fato atinge o status de cidadão de direitos na categorização de descartabilidade de vidas na necropolítica.

De fato, a justiça penal é um lugar privilegiado de reprodução das desigualdades raciais. Nela, as categorias «crime», «criminoso», «puníveis», «inocentes», «vítimas» não são categorias neutras, elas dão sentido aos entendimentos de raça que governa as relações raciais no Brasil. Uma perspectiva crítica de raça diria também que nossa posição social, nosso pertencimento racial e nossos privilégios múltiplos definem cidadãos puníveis e inocentes (ALVES, 2017, p. 106).

Ainda que desde a abolição da escravidão se aponte para uma possível democracia racial, não se pode falar que ela realmente aconteceu no Brasil, uma vez que todos os dados apontam para um sistema prisional que destina suas engrenagens punitivas e penalizantes na população negra. O racismo é o modelo estruturante das desigualdades brasileiras, o sistema de justiça criminal se conecta profundamente com o racismo, pois o funcionamento de suas engrenagens mais do que perpassados pela estrutura de opressão, são um aparato feito para garantir e manter as desigualdades baseadas na hierarquização racial (BORGES, 2018).

Patrícia Hill Collins (2020), ao estudar o movimento de mulheres negras no Brasil, aponta como em nosso país houve esforços para se negar a existência de raça enquanto estruturante na realidade brasileira, apagando-a enquanto categoria política definidora de existências e subjetividades. Não há uma mera desconsideração da categoria, mas sim esforços intencionais em negá-la e invisibilizá-la, impedindo que as desigualdades raciais que afetavam a vida das pessoas negras brasileiras fossem descritas e que se construísse o falso cenário da democracia racial. Nesse sentido, o movimento de reivindicação de direito das mulheres no Brasil foi atravessado por outras categorias, *“as mulheres das classes alta e média eram vitais para o movimento feminista, as demandas políticas foram moldadas por um status marcado pela categoria de classe, não marcado ainda pela categoria de raça”* (COLLINS, 2020, p.45).

As mulheres negras, portanto, se encontraram no limbo de uma estrutura que interseccionava diversos fatores e se localizavam no que Sueli Carneiro (2011) chama de “a última da fila depois de ninguém” para representar o espaço que as mulheres negras ocupam na sociedade. A raça sendo invisibilizada enquanto categoria pelas instituições brasileiras, o

movimento de mulheres se ocupando das necessidades de mulheres brancas, a população negra sofria um “*racismo antinegro sob uma suposta democracia racial*” (COLLINS, 2020, p. 44), as mulheres negras dessa forma, não viam suas demandas encaixadas nem no movimento feminista nem no movimento negro, que se ocupava pelo reconhecimento da raça enquanto categoria.

Entendermos esse apagamento histórico da “negritude” como categoria política interseccionado com a invisibilização também relegada ao gênero enquanto categoria, somados ainda com a realidade de pobreza e de dificuldade de inserção das mulheres negras no mercado digno e formal de trabalho é central para entendermos como a política criminal vai aproveitar desse lugar socioeconômico produzido pelo capital para produzir sofrimento de forma mais intensa e manter essas mulheres enquanto centro da punição e violência. O processo de encarceramento, além da privação de liberdade, repercutirá de outras formas na vida do preso, atingindo diretamente sua subjetividade, com negações de direitos, tratamento humilhante e desumano, que aprofundará as vulnerabilidades vividas, contribuindo para um cenário de morte social.

É um processo anterior ao cárcere, visto que a política criminal marcará os corpos perigosos (para além da dificuldade para acessar direitos de outras esferas como cível, trabalhista e previdenciária), porém que se intensifica nele com o tratamento desumano e torturante, e que continua se reproduzindo mesmo após ele, visto que o cárcere marca as vidas com o estigma social, que dificultará, quando não impossibilitar, o alcance de uma cidadania e uma vivência social. A dificuldade de acesso a esses direitos básicos produzirá uma pobreza específica para mulheres negras que se verão mais suscetíveis às posições que são alvos da política criminal. Mas não se trata de coincidência, é um projeto de readequação de corpos à lógica capitalista.

Portanto, o sistema de justiça criminal não apenas reproduz racismo, mas é engrenagem central na remodelação de um sistema de controle social baseado na raça. Antes isso acontecia deliberadamente através da escravização dos povos negros, que perpassava vários mecanismos, desde constante vigilância e controle territorial da população negra, a criminalização de aspectos culturais, até a negação de acesso aos direitos básicos como educação, saneamento e saúde. A lógica de exploração da população negra continua, mas sob a égide de um sistema que se propõe justo e neutro. O sistema de justiça criminal é a remodelação desse cenário racista de exercício punitivo sobre pessoas negras (BORGES, 2018).

Tendo em vista que sob o ponto de vista epistemológico atingimos a racionalidade e sob o ponto de vista político, alcançamos um Estado Democrático de Direito, essa remodelação das formas de controle é necessária, porque não se pode ter um Estado que se declare escancaradamente racista, é por isso que vivemos até hoje no mito da democracia racial. A negação do racismo, como aborda Collins (2020), é ferramenta discursiva-política para a invisibilidade da categoria e, por conseguinte, garante a manutenção da lógica de exploração. Ainda que se perceba os privilégios brancos e a ausência de negros em espaços de poder e em oposição, perceba-se a sua intensificação em espaços marginalizados, isso precisa acontecer de forma desvinculada da atuação estatal, como se fosse independente de suas políticas.

Mas a violência contra a população negra acontece de forma multidimensional, de forma que todo o sistema opera na classificação da sua vida não apenas como descartável, mas como alvo. Nesse sentido, a violência e centralização da punição em pessoas negras não acontece de forma velada, mas sim corriqueiramente e em níveis extremos no Brasil. O que se vela não é a violência, mas a razão legitimadora da violência. Nesse sentido, entra a política de “Guerra às Drogas”, que vai servir de base teórica, política e legal para o controle racial através do sistema penal, isto é, o centro narrativo e jurídico desse remodelamento.

No contexto nacional, a política de criminalização de drogas foi influenciada por um contexto mais amplo da política de proibicionismo, através de um movimento global de adesão ao sistema norte-americano repressivo de determinadas substâncias. Esse movimento de importação de uma política estadunidense ganha aspectos muito particulares no contexto da América Latina, sendo implementado como parte da política externa dos EUA, uma vez que os países latinos ganharam a atribuição de principais representantes da origem, produção e exportação de drogas para o contexto estadunidense. Isso ocorreu porque o cenário de combate de drogas estadunidense sempre esteve intimamente associado a grupos específicos, de forma que, para cada droga que buscava combater, se associava a um grupo social, seja imigrante, seja negro ou pobres. Assim, cria-se a mística do latino perigoso, sanguinário, cruel, traficante, etc., cooperando para a criação de uma identidade que era temida e combatida na sociedade (RODRIGUES, 2006; ESTRELA, 2021).

Na metade do século XIX, mesmo mantendo a política proibicionista, os Estados Unidos lidaram com um grande consumo de heroína, observados em determinados setores marginalizados da sociedade, principalmente entre os negros habitantes dos grandes centros urbanos como Nova Iorque e Chicago. Assim, relacionaram o consumo da droga com a cultura musical vinda desses lugares, como o mundo do jazz, que foram vistos pela América branca

como uma forma das pessoas negras cultuarem o vício. A retórica direcionava propositalmente o discurso da droga à classe marginal (RODRIGUES, 2006). Podemos perceber como essa criminalização de grupos marginalizados atinge diversas nuances, inclusive culturais, quando até mais recentemente, houve uma tentativa de criminalizar o funk, em uma proposta enviada ao Senado Federal (2017), com mais de 21mil assinaturas para virar projeto de lei, em que chamava o funk de “crime de saúde pública”. Não apenas o funk, mas historicamente, todos os outros ritmos e ritos ligados à cultura negra, sofreram reações punitivas como o samba, a capoeira e o rap. Não há dúvida de que todos esses ritmos, possuem sua gênese enquanto som de preto, pobre e favelado.

Conforme Rodrigues (2006), a política de drogas sempre foi ligada ao controle de minorias nos Estados Unidos, fazendo a vinculação de uma droga a um grupo específico, não só produzindo, como aumentando o temor e rejeição da sociedade frente a esses grupos. Para exemplificar, a autora cita como *“originalmente, a cocaína e a heroína eram associadas aos negros, a maconha aos mexicanos, o ópio aos chineses, o álcool aos irlandeses”* (p. 65). O projeto de exportação dessa política de controle para o resto do mundo, no que se refere a legislação, teve como estratégia a utilização do modelo americano pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.

O Brasil é signatário, e, portanto, faz parte do ordenamento jurídico brasileiro tal convenção. O país se compromete *“a combater o tráfico, reduzir o consumo e a demanda, com todos os meios disponíveis, inclusive mediante os mais drásticos dos controles, o controle penal”* (RODRIGUES, 2006, p. 134), incorrendo numa adoção brasileira de um contexto repressivo e não preventivo de entorpecentes, como acontece em alguns países da América Latina. Aplicar tal sistema, representa um grande impacto sócio-político em um país subdesenvolvido, uma vez que uma política extremamente repressiva demanda alto investimento em segurança, ainda que o país não tenha reserva financeira para isso. Além disso, as possibilidades financeiras dos grupos marginalizados são mais tensionadas, não conseguindo muitas vezes acesso nem ao básico para sobrevivência, se vendo lançado em redes informais e ilegais.

A criação e fortalecimento da figura de um inimigo social é central na legitimação dessa lógica de operação racista. Cria-se e fortalece no imaginário social a figura de um inimigo social que representa um risco à ordem e ao convívio em sociedade. Retomamos aqui a lógica da Criminologia Positivista, que se utilizava do método indutivo para classificar o crime enquanto atributo naturalmente pertencente a um grupo social. Assim, quem não foi condenado

por nenhum crime, mas tem as características apontadas como do perfil criminoso, é um criminoso em potencial, em que se precisa agir sobre ele antes que cometa o crime.

A droga se torna o eixo que reconstruirá esse cenário do inimigo interno, fundamentada em preceitos morais, religiosos, políticos e étnicos; na lógica proibicionista em que esse inimigo precisa ser combatido, ocorre um processo de banalização da morte, em que os corpos mortos tem uma “extração social comum”, são negros/índios e são pobres (BATISTA, 2012). Quando é traçado um perfil do criminoso a partir de pessoas presas, desconsidera-se que a política criminal atuou anteriormente de forma seletiva sobre um grupo. Assim, por óbvio, se a política criminal atua para prender e criminalizar grupos específicos, um perfil definido a partir de um método indutivo, o campo de pesquisa vai ser composto por um grupo específico.

Vemos perfeitamente essa associação da política proibicionista de drogas com o discurso da escola positivista, ao vincular tipos de drogas a determinados grupos sociais, ou seja, se eu atribuo drogas ilícitas à determinados grupos sociais, cria-se a impressão de que são os responsáveis pela violência social (visto que a mídia infla o discurso de que o comércio de drogas ilícito é o centro do problema da violência e segurança pública). O resultado dessa equação é que se um grupo é tido como naturalmente criminoso, perigoso e violento, eu tenho um inimigo e gero um medo dessas pessoas, de forma que toda ação contra elas, por mais violenta, absurda e ilegal que seja, encontra facilmente legitimação, já que era contra um inimigo. Por isso precisa de todo um esquema que produz estigmas e os reforça, para então, combatê-los sob uma lógica formal. Não se pode desferir discurso e ação de ódio contra pessoas negras por si só, precisam ter criado um contexto, já que as ações são contra o criminoso em potencial e não contra uma pessoa. Se esta máscara é retirada, está desfeito todo o teatro por detrás da figura do inimigo (ZAFFARONI, 2000).

Apesar dos esforços, Lombroso continua florescendo no campo criminológico, perpassando sempre a ideia do crime e criminoso como nato/ontológico à uma classe. Essa estratégia discursiva é importante para delimitar não apenas a atuação racial e social da *war on drugs*, mas também a localização geopolítica em que os agentes executivos estatais demandarão sua brutalidade e arsenal bélico no combate ao inimigo criado no imaginário coletivo. As favelas compõem o único cenário alvo das políticas repressoras de drogas, como se a gênese do crime estivesse geograficamente localizada nessas regiões, ainda que apareçam aviões presidenciais e de congressistas com toneladas de drogas, envolvidos em possíveis redes de tráfico internacional.

O modelo repressivo ganha forma em função da economia que era movimentada pelo comércio de drogas, legal ou ilegalmente, sendo no tráfico internacional ou na farmácia. Não obstante, o proibicionismo tinha bases racistas e representava uma forma de controle social que era interessante ao sistema capitalista (ESTRELA, 2021). Até hoje o espectro seletivo da criminalização das drogas atua com estratégias legitimadoras de violência contra grupos marginalizados. Portanto, usa-se a lei penal para criminalizar determinadas condutas de grupos específicos, ainda que não sejam os únicos consumidores, a criminalização primária sempre operou com um padrão racial, escolhendo quais atos seriam definidos enquanto crime e assim, penalizados, baseados em quais grupos estão ligados a eles. Isso porque, O discurso do medo introjetado na população sobre drogas ilícitas fomentará o território para legitimação de medidas como intervenção militar em lugares marginalizados, garantindo que se opere sua engrenagem racista pela criminalização, controle e vigilância ostensiva destes territórios e o extermínio da população perigosa.

Luciana Rodrigues (2006) aponta que o controle sobre determinadas substâncias advém desde as Ordenações Filipinas, porém não se caracterizava uma proibição especificamente sobre entorpecentes, era uma proibição à venda ou manuseio do ópio para quem não fosse autorizado a fazê-lo. Ou seja, o manuseio de qualquer droga não era penalizado, desde que fosse feito por quem era autorizado a fazê-lo, algo como acontece hoje com as drogas que compramos nas farmácias

A resposta penal era material (perda de sua fazenda) ou a “degradação para a África”. O primeiro código criminal do Império (1830), também não tipificava nenhuma conduta envolvendo o uso de substâncias entorpecentes. Posteriormente, na República, não se modificou socialmente a estrutura do Império, que vinha de uma influência liberal e do contratualismo europeu. O Brasil se tornou o primeiro país do mundo a editar uma lei contra a maconha, em 1830, na Câmara Municipal do Rio de Janeiro, que proibia a venda e uso do “*pito de pango*” (como era chamada a maconha), o vendedor era multado e os usuários e escravos eram presos (ARAÚJO, 2017).

O primeiro Código Penal Republicano de 1890, surge enquanto resposta a movimentação social originada pela consolidação das oligarquias que excluía e marginalizavam a camada mais pobre da sociedade, especialmente os ex-escravos, configurando uma alta tensão social e uma criminalidade que crescia, nesse contexto de reações violentamente repressivas, foi editado o então código. No seu texto tipificava a conduta de expor a venda ou ministrar as substâncias sem autorização, punindo apenas com multa e

mantendo o manuseio de tais substâncias exclusivamente aos boticários. Ressalte-se que ainda permanecia sendo tipificado a venda e manuseio, não o uso (RODRIGUES, 2006).

Quando o Brasil promulgou a Convenção de Haia sobre Ópio (1915), houve um clamor social conhecido como sanitarista, que pedia pela criminalização das drogas. No Estados Unidos, estava em vigor a Lei Seca, que criminalizava a venda, exposição à venda e ministrarção da cocaína, ópio e seus derivados, quem cometesse tais atos se sujeitaria a uma pena privativa de liberdade de até quatro anos. Observando assim, que o controle e repressão às drogas foi escalonando, com medidas cada vez mais repressivas. Houve uma intensificação de campanhas contra entorpecentes, que demandava fiscalização das farmácias e por conseguinte, repressão policial sobre vendedores, que foram levados às cadeias e aos tribunais. Houve também um maior controle social sobre o álcool, Rodrigues (2006) aponta como possível influência dos Estados Unidos, visto que a edição do decreto se deu durante a vigência da Lei Seca nos Estados Unidos.

No governo provisório de Vargas, houve o Decreto 20.390/1932 que dispunha de um rol das substâncias tidas como entorpecentes, incluindo o ópio, a cannabis e a cocaína. O decreto também tipificava as condutas de vender e induzir ao uso, incluindo diversos verbos ao tipo básico do tráfico e aumentando a pena para um a cinco anos com multa. O aumento repressivo se deu com a criminalização da posse ilícita de entorpecentes sem receita médica, ou ainda, em quantidade superior a determinada na receita (RODRIGUES, 2011).

Nilo Batista (2020) chamará essa fase de médico-policial, visto que os médicos exerciam influência na criminalização, incorrendo em um aumento do controle médico-sanitarista sobre a vida da população. O usuário, visto pela óptica de doente, estava sujeito à internação facultativa ou obrigatória, que poderia ser solicitado por ele próprio ou pela sua família, ainda que contra a sua vontade, de forma que se proibia o tratamento domiciliar, passando assim a um controle social-médico intenso, em uma instituição total, visto que o término da internação dependia diretamente de um atestado médico liberando o usuário.

Logo em seguida, houve a edição por decreto do Código Penal de 1940, em um contexto de golpe de Estado (1937) que deu origem ao Estado Novo, caracterizado pela censura e privação de liberdades e direitos individuais. Assim, o código reflete a realidade política, sendo considerado rígido e autoritário, ligado ao tecnicismo jurídico. Apesar do escalonamento da repressão e controle às drogas, ainda não tinha ganhado destaque midiático e por isso, não era objeto de preocupação social. O foco estava sobre a criminalidade registrada de homicídio, furto, entre outros crimes contra a propriedade (RODRIGUES, 2006).

Porém ainda não havia uma preocupação tão grande com as drogas, e por isso, não houve alterações significativas nesse campo. Apenas com o golpe militar em 1964, houve um maior controle penal sobre as drogas. Rodrigues (2006) afirma que foi uma fase bastante conturbada, em que vigorava o discurso da segurança nacional, criando-se tribunais de exceção e inquéritos militares para àqueles que se opusessem contra o sistema ditatorial. A autora ainda define como sendo um marco divisório entre o modelo que vigorava até então (médico-sanitarista) para um modelo bélico de política criminal de drogas, pois no mesmo ano foi promulgada no Brasil a Convenção Única de Entorpecentes (1961), sendo o marco definitivo da inserção do Brasil no cenário internacional de combate às drogas e de intensificação da repressão.

O modelo sanitaria permaneceu, ainda que em menor intensidade, contando agora com um outro braço, o discurso jurídico, que pretendia determinar quem seria consumidor e quem seria traficante (DEL OLMO, 1996; RODRIGUES, 2006). Primeiro incluiu-se o plantio de entorpecentes como conduta criminal e a extensão da proibição às anfetaminas e alucinógenos. Posteriormente, com o Ato Institucional nº 5 de 1968, fechou-se o congresso, suspendeu direitos e editou-se a nova legislação de drogas sob o Decreto-lei 385 de 1968. A nova legislação para além de criminalizar a conduta do usuário, o equiparava ao traficante.

Com a lei de Tóxicos de 1976, substituiu a legislação anterior e compilava as leis de drogas. Tal legislação foi considerada exemplar na adequação às normas e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, bem como doutrinadores e juristas brasileiros consideraram moderno e avançado o modelo legal. A grande mudança da lei foi a figura do delito autônomo de uso de entorpecentes (Art. 16), marcando uma mudança no controle penal, uma vez que diferenciava tal uso da pena de tráfico, sendo mais branda (RODRIGUES, 2006).

Como já dito anteriormente, o cenário brasileiro sofreu sempre uma influência internacional na política de drogas. A política estadunidense sempre teve como foco os grupos latinos, negros, nativos e imigrantes asiáticos. Assim, percebe-se nas nuances de sua política, a atribuição e correlação constante desses grupos com o tráfico de drogas. O inimigo externo representado na figura dos traficantes latino-americanos, significa um discurso genocida e seu maior problema seria a transferência dessa responsabilização para esses países (DEL OMO, 1990; RODRIGUES, 2006).

A “tropicalização” do discurso repressivo, aliado ao fato de os EUA se considerarem “polícia mundial” no controle dos entorpecentes, trouxe graves consequências para essas regiões, sentidas até hoje. A militarização do combate às drogas, a violência policial, a opção por um direito penal simbólico, o aumento de penas e imposição maciça da pena de prisão como

estratégia de política criminal podem ser apontados como fatores preponderantes a marcar fortemente a política de drogas, a partir dos anos 80, no Brasil e na América Latina em geral. Apesar de o Brasil não ser um país produtor de entorpecentes, sua proximidade com Colômbia, Bolívia e Peru e sua importante posição estratégica na América Latina fizeram com que o país também sofresse forte influência dessa política externa norte-americana (RODRIGUES, 2006, p. 152).

A depender tipo de consumo, o sujeito será classificado de forma diferente, se dividindo em dependente/doente e usuário/traficante. Isso porque, a depender da classificação, demandará tratamentos diferentes, enquanto um visto como consumidor, o outro é visto como traficante e criminoso. Contra um se demandará controle social através de internação e/ou medicalização, contra o outro se demandará o extermínio/prisão. O modelo bélico se constitui até atualmente, de forma que sempre é remodelado nos discursos, permitindo que esteja presente nas ações punitivas de intervenção legal, judicial e executiva. Portanto, mesmo após o fim da ditadura, a característica militar e violenta se perpetua, de forma viva nas instituições, o inimigo que outrora era o comunista, passa a ser o traficante, sendo o discurso central do sistema penal brasileiro até hoje (DEL OMO, 1990; RODRIGUES, 2006; CAVALCANTI, 2019).

A política ultra repressiva que avança cada vez mais nos últimos tempos, coopera para o cenário da inflação carcerária. Zaffaroni (2007) aponta que com a declaração de inconstitucionalidade da pena de morte nos EUA em 1970, os índices de aprisionamento voltaram a crescer, tendo em vista que a prisão tem um significativo lugar de destaque, por se apresentar enquanto um meio simples e direto de “restaurar a ordem” (KILDUFF, 2010). Assim, sob a legitimação de uma humanização da pena, a prisão passa a ser amplamente aceita na sociedade como uma forma ideal e justa de lidar com os conflitos, principalmente produzidos pelo capital.

A hiperinflação carcerária deu-se pela extensão do recurso do aprisionamento para uma série de delitos que até então não levavam à pena de prisão; também pelo aumento do tempo de duração das penas para delitos sem gravidade e pelo incremento dos castigos para os crimes violentos, com o cumprimento de penas em regimes fechados. A partir do período histórico destacado e a pretensa “guerra contra a droga”, o encarceramento se aplica com enorme frequência e severidade aos pequenos consumidores e vendedores de entorpecentes, que são jogados na prisão aos milhares (KILDUFF, 2010, p. 246).

Com o aumento repressivo da política criminal antidrogas, os processos de criminalização não apenas são repetidos, como são intensificados. O Estado constrói a narrativa equivocada de que as classes subalternas são operadoras naturais do crime, demarca seus territórios como perigosos e zonas de conflito, legitimando chacinas em nome da Defesa da

Sociedade (SILVA JUNIOR, 2017). Tanto na realidade estadunidense, como na realidade brasileira, as minorias históricas são ameaçadas, de forma que representa hoje a composição do cárcere, quando não são mortas em favelas e becos (ARAUJO, 2017).

Como já abordado anteriormente, as investidas proibicionistas sempre estiveram ligadas ao caráter racista e excludente. Como exemplo disso, Araújo (2017) aborda o caso da *cannabis* que fora introduzida no Brasil junto com os negros africanos, sendo utilizada como lazer e em rituais religiosos. Apesar de manter-se viva na cultura dos negros durante a escravidão, o uso de maconha é perseguido cada vez mais após a abolição, ganhando força e amplitude. Tal prática se perpetua até hoje, prova disso, é que pouco tempo atrás, um vendedor de desinfetantes, foi condenado a 11 anos de prisão por portar 0,6 gramas de maconha, ou seja, menos de um grama.

No Brasil, a legislação de drogas foi fortemente marcada pela lei dos crimes hediondos, que garantiu que os condenados por tráfico de drogas fossem mantidos por mais tempo na prisão. Analisando as estatísticas penitenciárias, Rodrigues (2006), afirma que o modelo proibicionista brasileiro impactou no aumento do encarceramento prolongado e da superlotação das penitenciárias, isso se dá através da análise do percentual de presos cumprindo pena por tráfico de drogas e o aumento da população carcerária brasileira na última década, decorrente da severidade penal em relação a esses crimes.

Um dado interessante sobre o impacto direto da nova Lei de Drogas no superencarceramento é o tempo de funcionamento das unidades prisionais. São 1.424 unidades prisionais no país. 4 em cada 10 destas unidades tem menos de 10 anos de existência. O que quero dizer é que se antes havia um crescimento estável, e por diversos fatores que, não tenho dúvidas, também se impregnaram de racismo, a reordenação sistêmica e de pleno funcionamento da lógica racista ocorre neste marco de 2006 (BORGES, 2018, p.18).

A política de aprisionamento em massa aumentou de forma intensa com o modelo de repressão bélica ao tráfico de Drogas, agravado pelas circunstâncias de extrema desigualdade e marginalização de grupos sociais no Brasil. Rodrigues (2006) afirma categoricamente que o crescimento acelerado da população prisional decorre do endurecimento da política criminal de drogas no Brasil, principalmente com a Lei de Crimes Hediondos (1990), que aumenta o tempo de prisão por Tráfico de Drogas.

Cavalcanti (2019), aponta que a guerra às drogas, foi fundamental para o super encarceramento, uma vez que a quantidade total de pessoas presas por conduta relacionada a lei de drogas no Brasil representa uma parcela significativa da população carcerária. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o número total de presos aumentou 96%

desde o início da vigência da lei 11.343/2006 (lei de drogas vigente no ordenamento jurídico brasileiro). Assim, percebe-se que as políticas repressivas antidrogas assumiu centralidade no encarceramento em massa brasileiro, sendo também responsável pelo genocídio da população negra, principalmente os jovens (BORGES, 2018).

A política de drogas brasileira teve como um dos principais resultados a superlotação das penitenciárias. Conforme aponta Cavalcanti (2019), o encarceramento em massa pode ser considerado como a principal instituição governamental de gestão de uma parte da população, que por serem dispensáveis ao capital, são consideradas descartáveis, recebendo como tratamento o cárcere ou o extermínio. As mulheres negras são vistas pela perspectiva referencial de famílias brancas que as definem como originárias de famílias desorganizadas e criminosas, que concluíam que são produtoras de futuras gerações delinquentes. Historicamente, devido à experiência escravocrata brasileira, os povos negros, sempre foram atravessados pelo controle e pela punição. Portanto, faz-se fundamental discutir encarceramento articulado à questão de gênero, raça e classe, por abarcar diversos e complexos fatores para análise.

Diante do cenário de superencarceramento mundial, o aumento de 567,4% da população feminina presa, compreendida no período de 2006 e 2016, chama atenção, ao passo que o número masculino, no mesmo período, teve um aumento de 220%. Atualmente, o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking de maior população de mulheres encarceradas no mundo, ficando atrás dos Estados Unidos e China. No recorte de gênero, também percebemos que a demarcação racial também será significativa, cerca de 67% das mulheres presas são negras e jovens (50% entre 18 e 29 anos), isso aponta como a juventude negra tem sido o alvo principal da ação punitiva da política criminal brasileira, inclusive a feminina (BRASIL, 2018).

As redes que vão lançando as mulheres negras no centro desse sistema são muitas, e elas não agem separadamente, ou competindo uma com as outras, na verdade elas se juntam, se misturam, produzindo a intensificação de opressões (COLLINS, 2020). Conforme aponta Borges (2018), o genocídio que acometia e ainda acomete as mulheres negras, por exemplo, é atravessado por outros patamares, como a negação de acesso à saúde, saneamento e autonomia para dispor do próprio corpo (direitos sexuais e reprodutivos), violência sexual e doméstica, a super exploração do trabalho. Essas forças interseccionadas, combinadas para atender a demanda exploradora e de ordem do capital será central para a necropolítica agir mitigando as forças e possibilidades de existência e sobrevivência das mulheres negras.

(...) Utilizam-se técnicas e desenvolvem-se aparatos meticulosamente planejados para a execução dessa política de desaparecimento e de morte. Ou seja, não há, nessa lógica sistêmica, a intencionalidade de controle de determinados corpos de determinados grupos sociais. O processo de exploração e do ciclo em que se estabelecem as relações neoliberais opera pelo extermínio dos grupos que não têm lugar algum no sistema, uma política que parte da exclusão para o extermínio (BORGES, 2018, p. 20).

A guerra às drogas será a política legitimadora das ações genocidas do Estado contra o corpo feminino, especificamente o corpo negro, se materializando de diferentes formas e perspectivas ao longo da história da sociedade brasileira (BORGES, 2018). Observa-se o aumento do encarceramento de mulheres por crimes relacionados às drogas – atualmente, cerca de 64% apenas – de forma simultânea ao endurecimento da repressão a esses crimes. Historicamente enquanto sujeito vulnerável e excluído dos polos decisórios e lugares de poder e prestígio, a população feminina segue sendo significativamente atingida por essa política criminal (ARAÚJO, 2017).

É comum no cotidiano dessas mulheres, sofrerem diversas violações, de diferentes âmbitos, intensidades e formas. O relato de invasões mascarados na forma de operação de “busca e apreensão” por forças policiais, sem um mandado que autorizasse o procedimento é uma dessas formas de banalização dessas vidas. O devido processo legal e investigatório não é respeitado quando se trata de mulheres negras, que geralmente, por exercerem uma função de cuidado dos filhos e do lar, estão em casa no momento das operações ilegais. Muitas vezes são torturadas e humilhadas, para que se obtenha informações de que não tem acesso algum, levando-se em conta a proximidade com algum familiar envolvido com o tráfico, geralmente uma figura masculina, sendo muitas vezes presas transportando pequenas quantidades de drogas, ou sendo responsabilizadas pelas drogas de seus companheiros, filhos ou pais apreendidas nas operações.

Borges (2018) e Rodrigues (2006), apontam que esse muitas vezes, quando se estabelece alguma relação com o tráfico, se dá na “cadeia econômica do tráfico”, fazendo com que suas prisões não tenham nenhum impacto no funcionamento do mercado ilícito de drogas. Uma vez que geralmente não exercem função de grande hierarquia nessa estrutura, sua prisão não configura como operação de desmonte do mercado ilícito de drogas, como veremos mais detalhadamente no tópico seguinte que trata da atuação dessas mulheres no tráfico.

Nesse sentido, a contribuição de Alves (2017) é fundamental, ao apontar que a transição entre escravidão e democracia vai trazer uma espécie de *continuum penal* sobre os corpos das mulheres negras, isso é, a continuidade da mulher negra numa posição de centro da punição,

sendo uma constante a tentativa de dominação desses corpos seja para controle ou para extermínio.

Assim, a mulher negra sempre esteve situada nesse fenômeno de continuidade violenta, seu corpo e sua existência sempre foram objetos nos espaços de controle e violência: senzala-favela-prisão. A condição de mulher, negra e pobre contribui para uma posição de vulnerabilidade extrema na sociedade brasileira. Produzindo uma invisibilidade, uma categoria de cidadã de segunda classe, demonstrando quão profundas são as raízes da escravidão que ainda se operam e marcam de forma acentuada e extrema a invisibilidade e vulnerabilidade da mulher negra e pobre (ALVES, 2017).

No capítulo seguinte, analisaremos as nuances e motivos que permeiam a atuação de mulheres no Tráfico de Drogas. Essa análise parte da leitura de diversos materiais que abordam as diferentes atuações dessas mulheres nessa rede, cabe dizer que não pretendemos generalizá-las, visto que cada vivência é única. No entanto, alguns aspectos em comum como o lugar que ocupam na estrutura econômica, a intensificação da pobreza, lares monoparentais chefiados por elas, os papéis que assumem no Tráfico estão presentes de forma latente no contexto dessas mulheres envolvidas na traficância, de modo que permite abordarmos esses aspectos que são comuns e constantemente observados no contexto estudado.

4 MULHERES E O TRÁFICO DE DROGAS

A expansão da indústria de drogas fez com este se tornasse o principal mercado de ilícitos no mundo. Esse movimento de ampliação desencadeou na sua configuração como importante fator na economia de diversos países, seja enquanto mercado formal ou informal. Assim, observamos também a mudança de um cenário completamente alheio ao mercado de drogas para políticas proibicionistas cada vez mais repressivas, com o endurecimento legal e a tipificação de condutas relacionadas ao funcionamento do mercado de drogas como atos infracionais. Como vimos no capítulo anterior, a história da criminalização internacional sempre foi influenciada por interesses econômicos que determinaram a sua transformação em um comércio proibido, sendo importada por outros países, com destaques para os latinos. Embora possua um caráter global, cada país terá uma dinâmica diferente de divisão de trabalho e de território, bem como da lógica de atuação, o que gera consequências e efeitos diferentes. Porém, sempre mantém em sua base punitiva e de combate, aqueles grupos que já são excluídos do mercado lícito de trabalho (RODRIGUES, 2006).

O comércio de drogas se movimenta com uma lógica estrutural complexa, relacionada aos padrões sociais hierarquizados, com diferentes níveis de participação e relevância, isto é, diferentes papéis são desempenhados na rede do tráfico, que vão desde atuações menores e não muito relevantes dentro do sistema, até posições privilegiadas e de comando. Sendo, portanto, um mercado que possui uma estrutura de rede, de modo que sua hierarquia não é verticalizada, mas sim com diversos fatores atuantes em um modelo piramidal. Isso porque, para além do vendedor e usuário, teremos outros cargos que intermediam, como atacadista, revendedor e o distribuidor que faz o contato com o cliente (RODRIGUES, 2009).

No Brasil, esse comércio, especificamente no Rio de Janeiro, tem seu surgimento datado em meados da década de 1980. Tal surgimento, influenciará geograficamente na definição de pontos de distribuição e venda conhecidos como “bocas de fumo”, isso porque a disposição dos bairros cariocas possibilita que as favelas e bairros nobres fiquem relativamente próximos, possibilitando nesses limites o contato entre consumidores e vendedores. Dada as circunstâncias do aumento do mercado, houve uma maior demanda de investimento em armas, para que se protegessem, seja das ações policiais ou de ataques de facções rivais (PANCIERI, 2014).

Para sermos justos com a análise que propomos aqui, precisamos fazê-la de modo interseccional, visto que diferente disso, ela não daria conta da complexidade da gama de relações entre esses marcadores de opressão. Para entendermos a posição de vulnerabilidade

que a mulher negra é submetida, precisamos abordar aspectos como a pobreza, o racismo e patriarcalismo, visto que *“essas categorias se sobrepõem e funcionam de maneira unificada (...) e apesar de geralmente invisíveis, essas relações interseccionais de poder afetam todos os aspectos do convívio social”* (COLLINS, 2020, p. 17).

A pobreza enquanto fenômeno multidimensional, vai ser resultado de um quadro de intensa desigualdade, caracterizado pela acumulação do capital, sendo, portanto, uma expressão das relações sociais. No entanto, a pobreza não deve ser entendida apenas como a falta de recursos ou baixa renda, mas também a exposição às vulnerabilidades e oportunidades, possuindo variantes como idade, cultura, contexto social e gênero (ESTRELA, 2021). O sistema capitalista patriarcal divide o trabalho entre o produtivo e o reprodutivo, de modo hierarquizado, numa lógica em que os homens ficam com o espaço produtivo e às mulheres resta o reprodutivo, gerando uma maior valorização tanto social quanto econômica das funções masculinas. Tal lógica produzirá valorizações diferentes, em que mulheres são as únicas responsáveis pelos trabalhos domésticos, e a maternidade colocada como principal função da mulher, o que definirá sua identidade, funcionando como mantenedor dessa divisão do trabalho (CHERNICARO, 2014).

A socióloga norte americana Diana Pierce, é pioneira ao tratar sobre o conceito da feminização da pobreza. Tendo cunhado esse termo em 1978, ela se propõe a analisar de que forma a pobreza estaria se tornando um problema feminino. As mulheres ao lidarem com a divisão sexual do trabalho, que naturaliza os papéis de afeto e cuidado do lar como responsabilidades individuais da mulher, bem como a desvalorização salarial e dificuldade de ascensão em carreiras, vão produzir um cenário em que a pobreza vivida pela mulher acaba sendo muito mais intensa do que a pobreza vivida pelo público masculino (ESTRELA, 2021).

Conforme aponta Corina Giacomello (2013) a combinação de uma estrutura que hierarquiza gênero e submete as mulheres em uma lógica de subalternas, conjuntamente com a o papel de cuidado dos filhos sendo colocado enquanto tarefa das mulheres e com a discriminação laboral em no mercado de trabalho, as mulheres se veem inseridas num modelo de dupla ou tripla jornada laboral, em condições de maior vulnerabilidade e precariedade do que quando comparadas com os homens pobres. Nesse sentido, na América Latina as mulheres figuram majoritariamente nas categorias de desempregados ou subempregos ao mesmo tempo em que duas a cada três famílias são monochefiadas por mulheres; de forma que dentro da realidade que se oferece diante delas, não é de estranhar que vejam como opção se incluir dentro

de um trabalho considerado crime, como o comércio de drogas, conforme aponta Rosa Del Omo (1990).

A pobreza tem se intensificado enquanto um problema feminino, dada sua relação direta com a precarização das relações de trabalho femininas, seja na forma do regime (parcial ou temporário), no salário relativamente menor - por vezes relacionado à menor qualificação que exigem para essas vagas - e participação intensa das mulheres nesses níveis mais baixos da economia. Pearce (1978) ainda destaca que embora a inserção feminina no mercado de trabalho tem aumentado ao longo do tempo, além de ainda lidarem com a renda ainda inferior à dos homens, ocupam majoritariamente cargos que exigem pouco treinamento profissional, o que leva a concentração em ocupações de baixa remuneração (ARAUJO, 2017).

A esfera reprodutiva, de outro lado, se coloca como espaço de identidade das mulheres, em que a maternidade é considerada sua principal função. Tal identidade decorre de uma construção cultural oriunda de um modelo de família patriarcal, e o trabalho doméstico funciona como um meio de manter esta divisão de trabalho. Deste modo, a hierarquização entre trabalho de homens e mulheres estrutura toda a base de desigualdade de gênero no mercado de trabalho, o que gera um local desprivilegiado e vulnerável para as mulheres, local este que as estigmatiza como seres inferiores, como protagonistas da pobreza e da miséria. A divisão sexual do trabalho, portanto, amolda as formas de trabalho e de emprego, e reforça as formas mais estereotipadas das relações sociais de sexo (PANCIERI, 2014, p. 32-33).

Para além disso, o perfil da mulher inserida no quadro de feminização da pobreza, não é apenas pertencente às mulheres pobres, mas esse perfil também é majoritariamente negro e periférico. Assim, mulheres negras pobres constituem uma esfera mais vulnerável, mesmo em relação a alguns avanços na igualdade de direitos que mulheres brancas obtivera, visto que a escravização de seus povos, bem como a saída da escravidão mas sem atos concretos que promovessem a democracia racial, constituíram enquanto fatores históricos determinantes para que a pobreza além de ser mais intensa para mulheres, fosse também um problema majoritariamente de mulheres negras.

Dessa forma, mulheres negras e pardas, vão sendo encontradas como maioria nas posições de maiores violações e negações de direitos básicos, assim como já apontado anteriormente, constituem a maior parte encarcerada pelo sistema de justiça, nesses termos, Ribeiro (2015), aponta como a vivência de mulheres brancas e negras são bastante diferenciadas:

Mulheres negras não foram aquelas que ficavam em casa enquanto o marido trabalhava: desde o pós-abolição, em sua maioria, são aquelas responsáveis por suas famílias. Por conta das violências pelas quais passam, criou-se o mito da mulher negra forte, guerreira, que enfrenta tudo. Mulheres negras precisam

ser fortes porque o Estado é omissor. Essa denominação, além de encobrir a omissão e ilegalidade do Estado, também é desumana no sentido de não reconhecer suas fragilidades próprias da condição humana (RIBEIRO, 2015, s/p).

Assim, a história da mulher criminalizada, majoritariamente negra, não pode ser analisada de forma desvinculada dos marcadores de classe e raça, tendo em vista que para além das desigualdades de gênero, a construção da sociedade sempre se baseou em exploração colonialista, racista, patrimonialista e estruturalmente excludente. Apesar de representarem a maioria no emprego doméstico, são menos remuneradas e tem menos acesso aos direitos garantidos às outras mulheres, como a educação (BORGES, 2018).

Segundo Alves (2017), mulheres negras sempre estiveram inseridas em ocupações domésticas. Anteriormente tratavam-se de atividades como lavadeiras, cozinheiras, babás, amas de leite e mucamas. Com o fim do sistema escravagista, as mulheres negras deixaram de ser escravas domésticas para serem empregadas domésticas. Assim, não representavam apenas uma oportunidade de mercado de trabalho, mas a única forma de ingresso oferecida, *“não há no Brasil outra imagem tão simbólica do período escravocrata como a imagem de uma mulher negra, vestida de uniforme branco, encerrando os vidros de janelas de condomínios de luxo”* (p.106).

No entanto, é importante pontuar que apesar de exercerem atividades que hoje são entendidas como domésticas, em alguns sistemas escravagistas, como o americano, conforme apontado por Angela Davis (2016), o gênero praticamente não existia, pelo menos não hierarquicamente como conhecido pelas mulheres brancas, visto que para a exploração, pouco importava se mão que executava os trabalhos eram de homens negros ou de mulheres negras, eram estabelecidos os mesmos padrões de produtividade para ambos e tortura/punição também, caso não os alcançassem, inclusive torturando mulheres negras grávidas.

Percebemos então que o gênero, seu estabelecimento e sua afetação são totalmente intrínsecos ao processo de acumulação do capital. No entanto, ainda segundo Davis (2016), os tratamentos se diferenciavam na punição, visto que com as mulheres isso se alcançava uma camada mais intensa, com um nível mais violento de punição: a sexual. As mulheres negras escravizadas tinham seus corpos violentados como forma de punição, dominação e marcação de subjetividade, com a finalidade, inclusive, de mitigar as fugas e lideranças femininas de rebeliões e revoltas durante esse período, visto que historicamente, era comum que elas se organizassem e motivassem o restante para segui-las.

Assim a maior incidência de mulheres na criminalidade, principalmente na realidade latino-americana, deve levar em consideração essa perspectiva da divisão sexual do trabalho, uma vez que a inserção das mulheres nesse mercado informal será resultado da produção de miséria especificamente vivenciados pelas mulheres, estando intimamente relacionado aos níveis de pobreza que são expostas. No Brasil, além de olharmos para os processos de criminalização marcados pela classe, precisamos olhar para a raça enquanto constituinte dessa equação, dada sua importância histórica na definição da realidade socioeconômica dessas mulheres.

Uma vez que a participação feminina no tráfico de drogas se dá geralmente em posicionamentos hierarquicamente inferiores, é importante entender essa divisão sexual do trabalho e sua relação com as funções vulneráveis exercidas pelas mulheres. As mulheres negras, portanto, se encontram muito mais propensas à vulnerabilidade socioeconômica, de forma que por exemplo, ao ter seu direito à educação negado, acaba tendo poucas chances de ingressos no mercado formal de trabalho ou em empregos que pagam de maneira digna o suficiente para arcar com as despesas do lar, que geralmente são monoparentais, chefiados e mantidos exclusivamente por elas. Assim, o mercado ilícito de drogas acaba oferecendo vantagens reais que explicam o envolvimento: salários maiores, horários flexíveis, geralmente podem trabalhar de casa ou próximo, conseguindo manter a dupla jornada de trabalho: no tráfico e em casa; conseguindo assim, inclusive, cuidar melhor de seus filhos e subsidiar os gastos básicos (BARCINSKI, 2012; PANCIERI, 2014; ESTRELA, 2021).

Del Olmo (1996) aponta que a inserção de mulheres no mercado ilícito de drogas, comercializando e transportando, aconteceu quando houve mudanças nas relações de trabalho e estrutura familiar. Na modificação da estrutura familiar, percebe-se uma maior concentração de mulheres chefiando lares pobres, quase absolutamente monoparentais. Nesse sentido, dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) indicam que no Brasil mais da metade das famílias chefiadas por mulheres são pobres, cerca de 53%, enquanto em relação aos homens, o número diminui para 23% das famílias. Na realidade brasileira, o trabalho doméstico ainda é predominantemente exercido por mulheres, o que faz com que a jornada de trabalho seja praticamente o dobro dos homens, uma vez que para além das atividades laborativas, são responsáveis pelas domésticas. Assim, percebe-se que a desigualdade não se opera apenas no campo da remuneração, mas também no tempo.

A situação econômica da mulher não deve ter uma perspectiva estigmatizada como alguém incapaz de prover seu próprio sustento. Mas sim enquanto a condição de gênero da

mulher, e de classe da mulher negra, isto é, diante do panorama da feminização da pobreza e do papel social ensejado à mulher de mãe e “cuidadora do lar”, é notório que a mulher enxerga no tráfico de drogas uma possibilidade de conciliar papéis reprodutivos e produtivos (CHERNICARO, 2014). Também não podemos negar que há um processo de resistência e enfrentamento ao sistema racista, patriarcal e classista, que relega a elas uma sujeição a um modelo que as explora, usurpa suas forças e violenta seus corpos e subjetividades.

Obviamente, no Tráfico essas mulheres ainda enfrentarão opressões dos três eixos, mas, no entanto, é uma alternativa melhor ao trabalho lícito que são expostas, visto que geralmente são jornadas excessivas, com baixa remuneração e que não conseguem dar conta de seus filhos e família. Ao transgredirem com a ordem econômica e a lei, há pinceladas de resistência, ainda que não seja de forma clara e proposital, visto que se trata de uma escolha limitada, dentro das possibilidades que aparecem diante delas e possivelmente prefeririam oportunidades dignas e que não oferecessem risco de vida e de prisão.

Portanto, ao se inserirem no Tráfico de drogas, as mulheres ocupam uma posição de extrema vulnerabilidade, pois se encontram na linha de frente, e uma vez que as operações policiais não são operações de desmonte da estrutura do tráfico, é justamente essa linha de frente que é selecionada pelo sistema punitivo formal. Inseridas em um contexto de extrema invisibilidade, enxergavam no tráfico, além do lucro recebido, uma oportunidade de projeção dentro da comunidade e muitas vezes, a única oportunidade de emprego em que consigam conciliar trabalhar e cuidar do lar. Na estrutura do tráfico, uma característica importante de se destacar é que essas posições são absolutamente “descartáveis”, pois geralmente não ocupam nenhuma grande função na hierarquia do mercado, e quando são captadas, isto é, presas ou mortas, são facilmente substituíveis (RODRIGUES, 2009; ESTRELA, 2021).

Para além dos soldados que geralmente é uma função é ocupada por homens, a estrutura do tráfico possui outros personagens no cenário, como os “olheiros ou fogueteiros” que avisam quando a polícia chega na comunidade, o “vapor” que faz a venda e a distribuição, os gerentes que comandam o fluxo das mercadorias e estruturação dos outros papéis, o “braço-direito” que funciona como segundo na linha de comando e, por último, o “dono do morro”, aquele que manda e fica com boa parte do lucro da venda das drogas. Os aviões e olheiros são papéis de alto risco de prisão, sendo mais vulneráveis à captura policial, uma vez que *“quando são capturados não possuem boas ofertas e os chamados “arregos” como aqueles que estão em posição hierárquica mais favorável”* (CHERNICARO, 2014, p. 105). O termo “arrego”, por vezes conhecido também como “mineira”, significa a extorsão da polícia a um traficante,

através de altas quantias de dinheiro. Sendo feita tanto para que se consiga informações sobre a estrutura local do tráfico, quanto para que o policial não leve o traficante preso. Além disso, geralmente as mulheres atuam em trabalhos manuais de embalo e manipulação da droga, que também são de fáceis capturas nas operações policiais.

Na atuação estatal, a polícia tem destaque, tendo em vista que será a primeira agência punitiva que decidirá quem será levado ao judiciário, funcionando como uma espécie de filtro. Nas operações contra o tráfico de drogas, o policial tem total discricionariedade para atuar, pois pode efetuar a prisão, basta que se suspeite do indivíduo. O cenário social, jurídico e político de completo desrespeito às comunidades marginalizadas, permite que essas prisões sejam facilmente realizadas sem que se observe preceitos legais. Por outro lado, os magistrados recebem os que já foram previamente selecionados pelos policiais, sem poder avaliar de fato como se deu a prisão, pois além de selecionar quem responderá perante o juízo, na maioria das vezes os policiais são as únicas testemunhas arroladas pelo Ministério Público (RODRIGUES, 2009; CARVALHO, 2013).

A Lei de Drogas (11.343/2006) é resultado de uma trajetória de criminalização de substâncias que ocorre desde a década de 1970. Rodrigues et al. (2009) apontam que com relação à posse de drogas ilícitas, tanto no projeto proposto pelo Executivo e no texto que foi aprovado pelo Congresso, são abordados de forma semelhantes, seguindo a linha da despenalização do uso. Os autores também apontam que a nova legislação adotou positivamente a rejeição de sanção privativa de liberdade em caso de reincidência. A nova lei prevê expressamente alguns princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, como por exemplo, o “respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade” (art. 4º, I), o reconhecimento da diversidade (art. 4º, II), a adoção de abordagem multidisciplinar (inciso IX).

Para além disso, a legislação fixa algumas diretrizes para o tratamento preventivo, como o “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, inciso III), e também o reconhecimento expresso da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva (inc. VI). Os autores enxergam como a positivação de tais princípios são importantes por refletirem uma nova abordagem, que marca um paradigma proibicionista moderado, com reconhecimento de estratégias de redução de danos (RODRIGUES, et al., 2009).

A nova legislação gerou polêmica ao despenalizar a posse para uso próprio em seu art. 28, onde prevê como resposta estatal a advertência sobre os efeitos das drogas (inciso I); a

prestação de serviços à comunidade (inciso II) e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo (inciso III). Para além da não aplicação da pena privativa de liberdade para o consumo, o plantio para uso pessoal (art. 28, § 1º) e a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º), ambos anteriormente eram equiparados ao tráfico, são trazidos como pontos benéficos. Porém, nos termos da tipificação do art. 33 caput., o legislador optou em manter os 18 verbos contidos na legislação anterior, 6.368/1976:

Importar (trazer de fora, fazer entrar); **exportar** (enviar para fora, fazer sair); **remeter** (encaminhar, enviar para, expedir, mandar); **preparar** (por em condições adequadas para uso, compor, obter por meio da composição), **produzir** (dar origem, gerar, fabricar, criar); **fabricar** (como preparar e produzir, manufaturar, produzir por meio mecânico e industrial – núcleo acrescido pela Lei n. 11.343/06); **adquirir** (obter, a título oneroso ou gratuito, entrar na posse, permutar, trocar, comprar); **vender** (alienar mediante contraprestação, negociar em troca de valor); **expor à venda** (exibir para a venda); **oferecer** (ofertar, disponibilizar, tornar disponível); **ter em depósito** (posse protegida, conservar, armazenar), **transportar** (levar, conduzir de um a outro lugar); **trazer consigo** (levar consigo pessoalmente, modalidade do transportar); **guardar** (tomar conta, zelar para terceiro); **prescrever** (receitar); **ministrar** (inocular, aplicar), **entregar** (ceder) a consumo ou **fornecer** (abastecer) drogas, ainda que **gratuitamente** (sem ônus) (Art. 33, Lei 11343/2006).

Com relação ao usuário, portanto, considera-se ter havido uma redução do controle penal, com fins de despenalização da conduta, especialmente se comparada com a anterior Lei n. 6.368/1976. Porém, em relação à figura do traficante a legislação agravou mais ainda o tratamento penal, aumentando a pena mínima para 5 anos. É importante salientar que no projeto do Executivo, a pena mínima era de três anos, porém a majoração desse limite ocorreu com fins de impedir a que se aplique outras medidas alternativas à pena privativa de liberdade, o que promove um certo retrocesso (RODRIGUES, et al., 2009).

Rodrigues et al. (2009), realizaram uma pesquisa em que destacaram como importante a mudança trazida pela Lei de Drogas, com a distinção entre “traficante profissional” e “traficante ocasional”, além do fim da pena privativa de liberdade na hipótese de porte para uso próprio. Nos termos da lei a diferenciação entre as modalidades de traficante, é trazida pelo parágrafo 3º do art. 33, em que determina que se a entrega é eventual ou a alguém do relacionamento do sujeito e sem visar lucros, sendo para uso comum, não é caso de traficância profissional e por isso, adota-se um abrandamento da sanção.

Cavalcanti (2019), aponta que a atual lei de drogas, manteve o modelo repressivo da legislação anterior (lei 6.368/1976), ainda que tenha tirado a pena de prisão e a internação compulsória para usuários, a nova lei estabelece penas para o tráfico de cinco a 15 anos, permitindo, também, em caso de condenação conjunta por associação para o tráfico, a pena de até 25 anos. A doutrina aponta que para a determinação da modalidade de tráfico, dependerá de uma série de fatores que só é possível analisar caso a caso, isto é, de forma discricionária pelo juiz, devendo levar-se em conta quesitos como lugar e circunstâncias objetivas relacionadas à prática da conduta, a própria conduta, os antecedentes, circunstâncias pessoais e sociais (art. 28, § 2º), não bastando a quantidade ou natureza da droga. Porém, perceberemos que apesar da previsão legal e majoritariamente doutrinária de que deve resolver-se em favor da hipótese mais benéfica ao acusado, se fizermos um recorte racial perceberemos um tratamento mais duro e rígido à certas camadas sociais.

No entanto, para além dessa crítica, é importante pontuar que as condutas de “adquirir”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” estão contidas tanto na qualificação de uso, do artigo 28 da Lei, como na qualificação de tráfico, do artigo 33 da Lei, sendo a finalidade da droga – para uso ou para venda – o fator de diferenciação entre o usuário e o traficante. É justamente nesse ponto em que reside uma das grandes problemáticas da lei: os critérios para definição para o uso ou o tráfico. Ao aprofundar o tratamento diferencial dispensado a esses sujeitos, a lei trouxe critérios muito subjetivos para o enquadramento, resultando em práticas discricionárias que rotineiramente assumem um caráter arbitrário (CAVALCANTI, 2019, p. 135)

Portanto, é importante destacar que as inovações jurídicas trazidas pela Lei de Drogas também contribuíram para uma operatividade seletiva, pois ao não diferenciar o tráfico e o uso de drogas de forma concreta, nem os níveis de atuação, inserção e influência dentro da dinâmica do mercado de Drogas, cooperou para que cargos pequenos, de relevância baixa tivessem a mesma resposta penal que cargos hierarquicamente superiores. Na maioria dos casos, os juízes presumem a participação do réu em organizações criminosas, a fim de impedir que se conceda uma pena reduzida. Assim, configura-se um tipo aberto na legislação brasileira, cooperando para um cenário de desrespeito do princípio da proporcionalidade. Além do que, é importante ressaltar o posicionamento dos juízes em considerar as provas e relatos trazidos pela polícia como exclusivos e suficientes (PANCIERI, 2014).

Isso demonstra quão grande é o abismo entre o campo jurídico e à realidade social, uma vez que a política repressiva aplicada nos casos de tráfico, aumenta o número de presos ao mesmo tempo em que o consumo, a venda, produção e lucro advindos desse comércio não diminuem. Servindo apenas de forma simbólica e decorativa como “proteção à saúde pública,

uma vez que na prática “*mantem a tradição brasileira de repressão e controle social da pobreza, já que são os mais pobres e vulneráveis aqueles que o sistema punitivo seleciona, ainda que outras classes venham a cometer o mesmo tipo de delito*” (PANCIERI, 2014, p.31).

Depois de entendermos as nuances de atuação das mulheres no tráfico de drogas, analisaremos no tópico seguinte, como o judiciário interpreta essa atuação, contrapondo os argumentos dos julgadores com aspectos teóricos da criminologia crítica e feminista estudados até aqui. Alguns conceitos serão abordados novamente para dialogar com os resultados, como a seletividade penal, criminalização da pobreza, feminização da pobreza, múltipla criminalização da mulher, entre outros.

5 SISTEMA ARRASTA - CRIMINALIZAÇÃO DE MULHERES PELO JUDICIÁRIO

Como nosso objetivo foi analisar as principais argumentações do sistema de justiça para criminalizar e condenar mulheres por Tráfico de Drogas, foi realizada uma pesquisa empírica, que teve como objeto as decisões proferidas pelo Tribunal Superior. O Tribunal escolhido foi o Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de órgão que tem como atribuição constitucional principal a “uniformização e controle da interpretação da lei federal”, conforme o artigo 5º, inciso III da Constituição Federal (1988), levando em consideração também que a análise se volta para a condenação de mulheres pelo crime de Tráfico de Drogas, que é matéria de competência legislativa federal, atualmente disposto na lei 11.343/2006, justificando a escolha do tribunal.

Diante da impossibilidade de se analisar todas as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, foram feitos recortes para criação de uma amostra, esses recortes perpassam aspectos temporais, temáticos e de natureza processual, conforme explicitados na metodologia. Foram escolhidos Habeas Corpus, pois são os instrumentos utilizados para tratar da violação da liberdade de locomoção, contestando prisões que se entendam ilegais, uma vez que diferentemente de outros recursos processuais penais, tal instrumento também encontra respaldo legal na constituição, além do código de processo penal, tendo natureza de remédio constitucional que busca proteger o direito de locomoção/liberdade.

Conforme abordado na metodologia, após a aplicação dos critérios de exclusão, foram selecionados sete acórdãos julgados pelo STJ em 2021, objetivando a análise das fundamentações utilizadas pelo judiciário para criminalizar as mulheres que foram acusadas por Tráfico de Drogas. Assim, tendo em vista que o STJ é uma instância superior, o órgão representa uma das últimas esperanças da acusada em ver seu direito à prisão domiciliar concedido. Foi realizada a leitura do material, sendo identificadas informações relevantes para a pesquisa, sendo sistematizadas nos gráficos e tabelas seguintes. A base teórica utilizada para análise e discussão desses dados foi a Criminologia Crítica.

Importa destacar que um dos objetivos desse trabalho foi “*analisar de que modo comparecem nas argumentações do Superior Tribunal de Justiça, a criminalização pelos marcadores de raça, gênero e classe na condenação de mulheres por tráfico de drogas*”; no entanto, os acórdãos não fornecem informações sobre o perfil da acusada, em razão dos processos chegarem ao tribunal pela via recursal. Desse modo, o que permite que as discussões específicas sobre classe e raça sejam feitas nesse trabalho, é a relação dos trechos dos acórdãos

com o perfil do encarceramento de mulheres no Brasil, que é predominantemente de negras e pobres, permitindo que relacionemos os argumentos com os marcadores socioeconômicos.

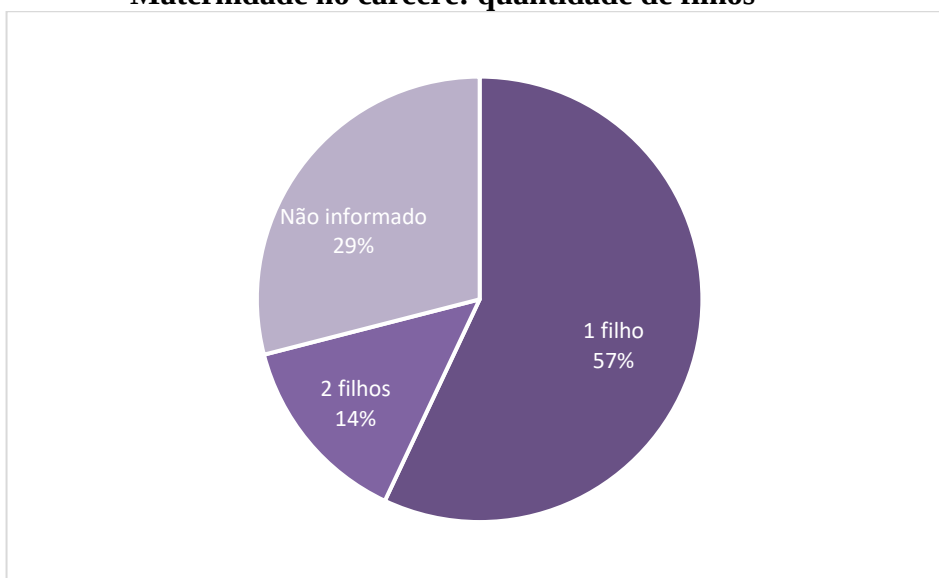
As informações representadas nos gráficos e tabelas a seguir versam sobre: a) a quantidade de filhos; b) como o tribunal se posicionou a respeito do pedido; c) quantidade de droga apreendida; d) tipificação da conduta e e) posicionamento do ministério público a respeito do pedido.

Todas as decisões analisadas são de mães presas preventivamente, uma vez que, conforme abordado detalhadamente em um dos tópicos seguintes, houve alteração legislativa que autorizou a concessão de prisão domiciliar para todas as mães com crianças de até 12 anos (tal alteração ocorreu por meio da Lei 13.769/2018 que alterou o Código de Processo Penal), sendo, portanto, a razão pela qual a maior parte dos acórdãos analisados tratam de pedido de conversão em prisão domiciliar para mães. As movimentações legais e jurisprudenciais ao estabelecerem este critério na legislação brasileira buscavam o desafogamento do número de presas provisórias.

Nesse sentido, em relação à maternidade, a maioria possui um filho, conforme representado no gráfico abaixo. No entanto, em dois acórdãos há a informação de que são mães de crianças menores de 12 anos, sem especificar a quantidade de filhos. No entanto, sabemos que todas são mães, visto que é requisito para pedir a conversão da medida.

Figura 1

Maternidade no cárcere: quantidade de filhos



Fonte: Autoral, com base nos dados encontrados nos acórdãos do STJ, 2021.

Tal dado encontra reflexo no cenário nacional, considerando que 60% das mulheres presas no Brasil são mães (BRASIL, 2020). Percebe-se dessa forma, como as mães têm sido as principais vítimas do encarceramento causado pela política de drogas vigente no Brasil, pois, como já abordado nos capítulos teóricos, a maioria das mulheres presas chefiam sozinhas a casa e família, sendo geralmente as únicas responsáveis pelo sustento dos filhos, e por isso, encontram no tráfico uma possibilidade de conciliar a dupla e muitas vezes tripla jornada para conseguir manter o básico de subsistência.

Apesar de não ser possível abarcar toda a complexidade das diferentes motivações por trás do ingresso dessas mulheres no mercado ilícito de drogas, ser mãe é um aspecto que intensifica o cenário da pobreza vivida pelas mulheres. Nesse sentido, a dificuldade em sustentar os filhos juntamente com a falta de oportunidade no mercado de emprego formal, são os elementos mais frequentes que influenciam na escolha do envolvimento com o crime (CORTINA, 2015). Nesse aspecto, o lugar socioeconômico ocupado por essas mulheres (pobreza) será o principal fator de influência na traficância. Somando isso ao fato de que as mulheres são únicas responsáveis pelo sustento das famílias monoparentais e que esse trabalho é mais lucrativo que a remuneração ofertada pelas ocupações lícitas, acaba gerando um cenário que permite uma flexibilidade maior na gerência da casa e da sua função no tráfico, bem como maior percepção de renda.

No entanto, cabe a ressalva de que o tráfico se torna uma opção mais lucrativa para essas mulheres, quando comparado com as opções que as mesmas teriam no mercado formal, levando em consideração que a maioria das mulheres presas por tráfico de drogas possuem baixa escolaridade (BRASIL, 2020). No entanto o lucro percebido por essas mulheres no tráfico não as permite grandes luxos e/ou salários altos, uma vez que segundo aponta o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2020), pessoas com baixa escolaridade recebiam, em média, R\$ 911,00 reais, ou seja, abaixo do salário mínimo. O tráfico torna-se apenas uma opção mais rentável que o mercado formal (TANNUSS, 2022).

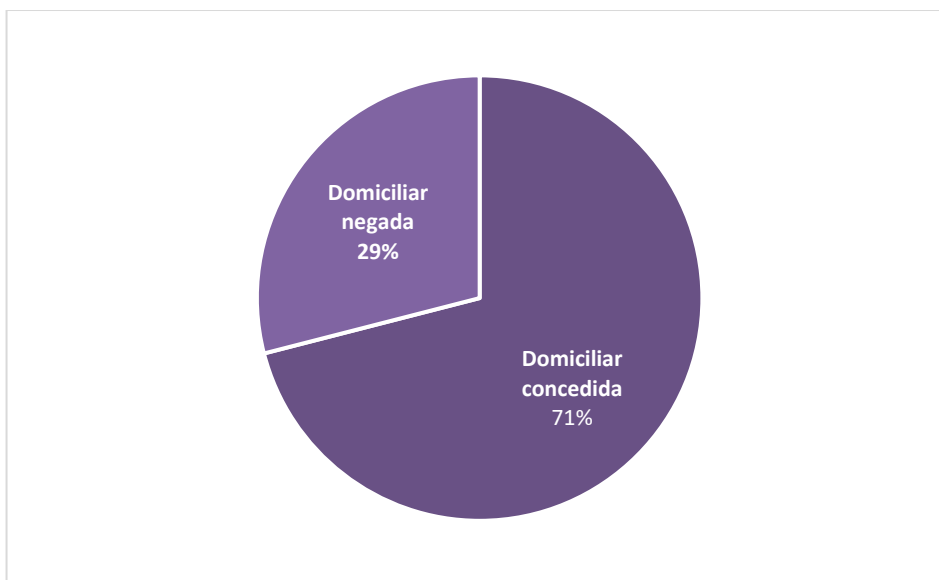
Nesse aspecto, as relações estruturais de gênero comparecem na estrutura do tráfico, sendo possível observar aspectos da divisão sexual do trabalho, atribuindo as mulheres funções relacionadas ou associadas ao trabalho doméstico, e por isso geralmente são alocadas em atividades consideradas secundárias e inferiorizadas, assumindo papéis vinculados ao estereótipo feminino, como limpar, embalar drogas ou pequenas vendas (CORTINA, 2015; TANNUSS, 2022).

Voltando ao aspecto do pedido de prisão domiciliar, como todas são mães de crianças e adolescentes de até 12 anos, cumprem o requisito legal. No entanto, tiveram que recorrer ao STJ enquanto tribunal superior para pedirem em grau de recurso, a conversão em domiciliar. Ou seja, tiveram que percorrer um trajeto processual desgastante e demorado, pois mesmo cumprindo o requisito, os magistrados anteriores que julgaram o pedido negaram a concessão da medida.

O Habeas Corpus impetrado perante o STJ acaba sendo um respiro dentro de um longo processo que se arrastou com consecutivas portas fechadas em forma de decisões denegatórias da prisão domiciliar, visto que em cinco dos sete acórdãos analisados (71%), o STJ decidiu em sentido contrário dos juízes originários e concedeu a domiciliar, reforçando o caráter objetivo e imperioso da lei. Percebe-se também que a conversão em domiciliar encontra como obstáculo os juízes de 1ª instância e tribunais estaduais, que demonstram resistência na aplicação da medida. Nesse sentido, a figura a seguir representa como o STJ se posicionou ao analisar os pedidos:

Figura 2

Concessão da prisão domiciliar pelo Superior Tribunal de Justiça



Fonte: Autoral, 2023.

Assim, no Tribunal Superior há uma maior conversão da prisão preventiva em domiciliar do que nas primeiras instâncias. Como será melhor detalhado no tópico de análise da prisão preventiva, os juízes que negam a medida se ancoram em julgamentos moralizantes, conceitualmente vagos e que não encontram respaldo legal, apenas jurisprudencial. Levando em consideração que segundo a lei, a aplicação da medida exige apenas aspectos objetivos, e que em todos os casos analisados as acusadas cumprem tal aspecto - mães de crianças e adolescentes de até 12 anos, a taxa de 29% representa uma resistência de aplicação da medida e a sanha punitivista que ainda vigora no judiciário brasileiro.

Apesar do discurso amplamente difundido acerca de uma certa impunidade no sistema de justiça brasileiro – e impunidade segundo tal discurso seria a liberdade de pessoas acusadas por crimes – quando analisamos dados do encarceramento nacional, percebemos que a realidade posta é exatamente no sentido contrário: somos um dos países que mais aprisionam. A sociedade é levada a acreditar que o objetivo do sistema de justiça criminal seria garantir segurança para seus indivíduos através da punição pela prisão preventiva de liberdade, no entanto, como a prisão é instrumento de sujeição de corpos ao modelo capitalista, ela é incapaz de resolver o problema da segurança pública, justamente por ser uma das engrenagens do modelo econômico que gerou este cenário. Assim se estabelece no imaginário social que há uma impunidade, ainda que tenhamos encarceramentos em massa, sendo discursos que refletem a cultura do ódio e intolerância que tem se difundido pelo país (SILVA JUNIOR, 2017).

O Sistema de Justiça criminal opera em uma lógica repressiva que se retroalimenta, criando o alvo que intenta reprimir. A criminologia crítica desvela suas reais funções quando demonstra os aspectos da criminalização da pobreza através da seletividade penal, isto é, tal sistema nunca objetivou garantir a segurança pública, mas sim aprofundar a vigilância e repressão sobre corpos que não se adequaram ao sistema de exploração capitalista. Em outras palavras, o sistema capitalista produz a pobreza e utiliza do Sistema de Justiça Criminal para criminalizar pessoas pobres, operando seletivamente (SILVA JUNIOR, 2017; BORGES, 2018). Essa realidade se demonstra através do perfil de pessoas que são presas no Brasil, majoritariamente negras e pobres (BRASIL, 2020). Assim, mesmo quando presentes os requisitos que autorizam a aplicação da conversão da preventiva em domiciliar, o judiciário encontra fundamentos, ainda que vagos e sem respaldos legais, para legitimar a continuidade da prisão.

Em relação ao tipo de droga apreendida, são apontados que foram encontradas as seguintes substâncias: maconha (em 71% dos casos) e cocaína (em 57%). No entanto, é válido

ressaltar que em um acórdão (representando cerca de 14%), a acusada não foi presa com droga, comprovado a partir dos próprios autos, conforme observado no acórdão:

Na análise dos autos não se observou a pronta comprovação da materialidade do crime de tráfico de entorpecentes praticados pela associação criminosa, ante a **ausência de apreensão de substância entorpecente** de uso proscrito no país durante o curso da operação, atestada via laudo pericial (HC07, 2021, p.06).

No entanto, ainda que não tenha sido apreendida nenhuma substância entorpecente de uso proscrito no caso do HC07, o STJ não concedeu a liminar. A ré não foi acusada formalmente por tráfico, dada a ausência de substância ilícita na apreensão, no entanto foi acusada pelo crime de associação para o tráfico e pelo crime de organização criminosa, no qual todo o judiciário (juiz de 1º grau, desembargadores estaduais e ministros do STJ) entendeu que a materialidade delitiva – isto é, provas/elementos concretos que indicam que um crime realmente aconteceu - restou satisfatoriamente demonstrada, apenas pelo fato de manter vínculo afetivo com um possível traficante, bem como por ter provas documentadas em que a acusada fala sobre *“mercância de droga, dos comparsas que estão disseminando, das novas remessas e dos valores e vendas que fazem”* (HC 07, 2021, p.06).

É necessário um cuidado ao abordar as motivações que perpassam a entrada das mulheres na estrutura do tráfico, isso porque alguns estudos costumam apresentar uma lógica individual, unificante e estereotipada sobre essas motivações. Os motivos determinantes para essa inserção são amplos e complexos e se conectam, de modo que uma análise individual que ignore a realidade social, política e econômica que influencia direta e indiretamente esse fenômeno acaba estereotipando e não sendo honesta com a realidade (ESTRELA, 2021).

Portanto, presumir que o envolvimento com o tráfico de drogas é por influência de um relacionamento afetivo com uma figura masculina é demasiadamente estigmatizante, visto que ainda que seja esse o caso, também assumirá nuances diferentes a depender de cada situação, todavia nunca se apresenta de modo desvinculado dos aspectos estruturais socioeconômicos. Se tal conclusão já é por si só problemática, no caso citado acima se intensifica, visto que não se presume que ela traficava por uma influência da figura masculina, porque nem se comprovou efetivamente que ela estava envolvida na estrutura do tráfico, mas o que ocorre é uma criminalização apenas por manter um relacionamento afetivo com um possível traficante. A acusada não foi presa com substância ilícita nem flagrada em situação de traficância, os elementos utilizados para criminalizá-la e dessa forma, prender e manter sua prisão são extremamente frágeis e portanto, ilegais.

A participação feminina no comércio ilegal de drogas “*não se explica somente através da superficial leitura de que foram aliciadas ou influenciadas pelos companheiros e familiares envolvidos com a mercancia ilegal, apesar de tal circunstância de fato existir*” (CORTINA, 2015, p. 767). Tal fenômeno está muito mais vinculado ao lugar social que é esperado da mulher na sociedade, de submissão e subalternização. Espera-se uma obediência e respeito irrestritos tanto à figura masculina, quanto aos papéis sociais que são atribuídos na divisão dicotômica de gênero que opera em nossa sociedade. Segundo tal divisão, o universo feminino é sempre definido a partir do masculino, estando ligada a ele numa perspectiva submissa e dependente, sendo atribuídos ao feminino lugares e papéis que tem em última visão e privilégio, o bem-estar e manutenção do modelo patriarcal (HARDING, 1993).

Assim, desfere-se contra às mulheres que delinquem um tratamento penal mais severo, ainda que com condutas menos gravosas, quando comparada com homens, porque tal punição não se relaciona exatamente com a gravidade ou materialidade da conduta, mas sim uma punição pelo rompimento do que se espera dessa mulher na estrutura econômica, social, política e também afetiva; sendo, portanto, um julgamento moral, numa tentativa de controle multidimensional, do corpo, da subjetividade e dos afetos.

Estrela (2021) ao abordar sobre as mulheres que atuam no tráfico transportando substâncias ilícitas, aponta que “*em muitos casos, elas nem mesmo possuem vinculação direta com o mercado ilícito, sendo utilizadas exclusivamente como um meio de transporte facilmente substituível*” (p. 133), sendo marcadas por determinações de gênero que atribuem às mulheres um lugar de desvalorização sobretudo afetiva, visto que geralmente são objetificadas. No entanto, mesmo quando atuam na estrutura, o sistema penal recruta a parte mais enfraquecida do Tráfico, sendo pessoas que geralmente auferem lucros insignificantes diante do montante do negócio (ZACCONE, 2006).

Em relação aos outros casos em que houve apreensão de drogas, as substâncias se concentraram em cocaína e maconha. A quantidade de droga apreendida é representada nas tabelas a seguir:

Tabela 3
Quantidade de droga apreendida - maconha

CASO/HABEAS CORPUS	Quantidade apreendida
HC 01	52 gramas de maconha
HC 02	1 (um) tablete de maconha de 465 gramas e 2 (dois) torrões de 30 gramas de maconha

HC 03	33,55 quilos de maconha
HC 04	520 gramas de maconha
HC 06	23 gramas de maconha

Fonte: Autoral, 2023.

Tabela 4

Quantidade de droga apreendida - cocaína

CASO/HABEAS CORPUS	Quantidade apreendida
HC 01	169 gramas de cocaína
HC 04	6 (seis) gramas de cocaína
HC 05	307 papelotes de cocaína
HC 06	18 gramas de cocaína

Fonte: Autoral, 2023.

Conforme demonstrado nas tabelas acima as quantidades variam bastante: no caso da maconha o mínimo apreendido foram 23 gramas e o máximo 33 kgs; no caso da cocaína por sua vez, o mínimo apreendido foram seis gramas e o máximo 169 gramas. Observa-se, no entanto, uma preponderância da maconha enquanto substância, presente em 71% dos casos analisados.

Nesse sentido, todas as mulheres que foram apreendidas com drogas tiveram a concessão da domiciliar duplamente negada antes de chegarem no tribunal superior, demonstrando que não há exatamente uma uniformidade ou sopesamento para adequar o tratamento que cada acusada receberá, de modo que a prisão é tratada como primeira e única opção, atribuída automaticamente quando se trata de acusação por tráfico. A quantidade de droga, como vista na tabela acima oscila bastante em cada caso, mas não é levado em consideração para aplicar uma proporcionalidade nas medidas, e dessa forma, a baixa quantidade não é vista pelos magistrados como fundamento suficiente para conceder a domiciliar à mãe.

Não há, portanto, uma proporcionalidade entre a quantidade apreendida e a resposta penal, em decorrência da ausência de um parâmetro legal. Desse modo, mulheres apreendidas com diferentes quantidades de drogas recebem o mesmo tratamento penal, ganhando aspectos específicos dependendo da valoração de cada juiz, o que acaba causando uma insegurança jurídica e uma abertura sem precedentes para a atuação discricionária e arbitrária do juiz.

No Brasil, ocorre o fenômeno chamado de *desprisonalização do consumo*, pois apesar do consumo ainda ser criminalizado, a lei não prevê prisão para quando for configurado que a droga era para consumo pessoal. Há assim a determinação de outras penas, como a de

advertência sobre efeitos do uso de entorpecentes, prestação de serviços à comunidade e participação obrigatória em programa educativo. Nessa lógica, a caracterização do consumo pessoal deve observar alguns fatores, dentre eles a natureza e quantidade da substância apreendida. No entanto, como já citado anteriormente, não há um parâmetro legal para ser observado em termos de quantidade da substância para uso e quantidade para comércio ilícito.

Ainda, quando se trata de quantidade considerada como suficiente para configurar tráfico e também a gravidade da conduta pelo Sistema de Justiça Criminal; deve ser observado outros fatores, inclusive a presença de outros elementos que indiquem traficância, não podendo a quantidade servir como elemento único de convencimento. Nesse sentido, cabe o apontamento de que esse modelo de política criminal que centraliza o combate às drogas como principal objetivo, chegou no Brasil e em toda a América Latina através da importação de uma política estadunidense pautada na racialização e combate de grupos marcados como indesejáveis.

Como visto nos capítulos teóricos, a política proibicionista importada dos EUA possui natureza higienista, visto que as drogas que buscavam combater através da criminalização dependiam dos grupos às quais estavam historicamente associadas, servindo assim de legitimadora de ações de extermínio de grupo étnico-raciais, tendo em vista que o setor responsável pela fomentação da reprovação moral ao uso de substâncias psicotrópicas no Estados Unidos foram as ligas puritanas, *“que influenciaram fortemente a inauguração do controle formal e a proibição de substâncias psicotrópicas, associada a determinados grupos sociais minoritários”* (RODRIGUES, 2006, p.62).

Não há uma preocupação do legislativo fazer esse sopesamento da quantidade de substância que indicaria consumo ou tráfico e nem uma aplicabilidade da razoabilidade e proporcionalidade pelo judiciário no caso concreto. Essa dinâmica apesar de parecer um descuido ou desatenção é na verdade, herança da política de extermínio estadunidense, visto que a partir do momento que não se tem definido um parâmetro legal, a discricionariedade é a regra, podendo assim utilizar como carta branca para criminalizar qualquer conduta com qualquer quantidade de droga numa categoria ampla de *conduta grave* para atividades relacionadas com o Tráfico de Drogas.

A demonização da substância vem também da importação desse modelo proibicionista. Abordando especificamente sobre as duas substâncias que foram apreendidas nos casos analisados, temos que tanto a maconha quanto a coca são ervas medicinais de uso milenar, descobertas e cultivadas na América do Sul e África. A exemplo disso, algumas drogas antes de serem mundialmente proibidas eram mercadorias amplamente comercializadas e integradas

às economias dos países, ou seja, não fazia parte do mercado informal/ilícito de drogas, como o ópio na China.

A cannabis sativa, ou maconha, era considerada ainda mais antiga. Há indícios de que na pré-história já se cultivava a cannabis, sendo remotas as origens da utilização do cânhamo em medicamentos, temperos e, principalmente, para tecer roupas de fibras resistentes, além de servir o óleo das sementes como componentes de tintas e vernizes. O entorpecente maconha se diferencia do cânhamo pois possui altos teores do princípio ativo tetrahidrocanabinol (THC), um alucinógeno encontrado nas folhas e nos frutos da mesma planta. Especula-se se o hábito de fumar maconha teria sido trazido para o Brasil pelos primeiros escravos vindos da África. (...) Por outro lado a coca é uma planta nativa do Peru, bastante cultivada na região dos Andes, remontando aos incas o uso da mastigação das folhas de coca para aplacar a fome, revigorar as energias, pelo seu efeito excitante e estimulante, e para minimizar os efeitos da altitude. Até hoje esse é um hábito cultivado nos países andinos. Já a cocaína, descoberta por volta de 1855, é um alcalóide extraído das folhas de coca, utilizado na forma de cloridrato, que se cristaliza em pequenas agulhas que assumem o aspecto de pó amorfo (RODRIGUES, 2006, p.30).

O controle de drogas sempre esteve associado ao controle social de minorias nos EUA, através da ligação de um determinado tipo de droga e um grupo específico temido ou rejeitado dentro da sociedade promovendo disseminação de discursos e políticas racistas. Assim, a associação feita entre grupos étnicos e substâncias como *“cocaína e a heroína eram associadas aos negros, a maconha aos mexicanos, o ópio aos chineses, o álcool aos irlandeses”* (RODRIGUES, 2006, p. 29) demonstrando que a base criminalizadora do modelo proibicionista norte-americano objetiva maior controle social às minorias, bem como a dominação do grupo social hegemônico.

A lógica de extermínio de grupos sociais pode ser percebida na política de drogas quando temos favelas e comunidades pobres como centros alvos de operações policiais da famosa “Guerra às Drogas”, inclusive com tentativas de criminalização de bailes funks e outras manifestações culturais das comunidades pobres por serem apontadas como antros de ações criminosas. No entanto, o uso recreativo e venda de drogas – lícitas e ilícitas –, bem como o abuso delas, acontecem amplamente na sociedade atualmente, independente do contexto socioeconômico, no entanto tal política vai se voltar para o combate e punição apenas dos grupos pobres e marginalizados.

A Criminologia Crítica cunha o conceito de criminalização primária e secundária, tratada nos capítulos teóricos, mas que retomaremos brevemente ao conceito aqui para dialogar com os dados. A criminalização primária ocorre no momento em que o poder público, na figura do

legislativo, determina quais condutas serão consideradas criminosas através de aprovação em lei, ou seja, “*é o ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite punição de certas pessoas*” (ZACCONE, 2006, p.16). A partir da criminalização de condutas por lei (primária) estabelece um programa de punição que deve ser cumprido pelos policiais, promotores, juízes, agentes penitenciários, entre outros; começa a se perseguir, investigar, acusar, processar, sentenciar e punir pessoas com base nesse texto legal. Esse programa exercido por esses agentes é chamado de criminalização secundária, sendo, portanto, a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas.

Nesse sentido, em todos os casos analisados, as mulheres são acusadas por crimes tipificados na Lei de Drogas (11.343/2006), visto que este foi um dos critérios específicos de inclusão utilizados para essa pesquisa (ter acusação por tráfico de drogas). Dialogando com os conceitos teóricos da criminologia crítica, este momento de determinar quais condutas são consideradas relacionadas ao tráfico de drogas, o legislativo opera a criminalização primária. Assim, cabe ressaltar que tal lei, além de criminalizar a conduta do Tráfico, tipifica outras condutas como associação para o tráfico e até mesmo o consumo de drogas.

O crime de tráfico de drogas especificamente encontra-se disposto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, que abrange várias condutas que configuram a ilegalidade, proibindo a comercialização, aquisição, produção, guarda, distribuição ou oferta, inclusive gratuita, de substâncias entorpecentes sem autorização ou em desacordo com a legislação aplicável. Assim, para uma conduta ser entendida enquanto Tráfico, ela precisa corresponder a pelo menos um dos mais de 20 verbos previstos no art. 33 da lei de Drogas, que configuram o crime de Tráfico. Vejamos:

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

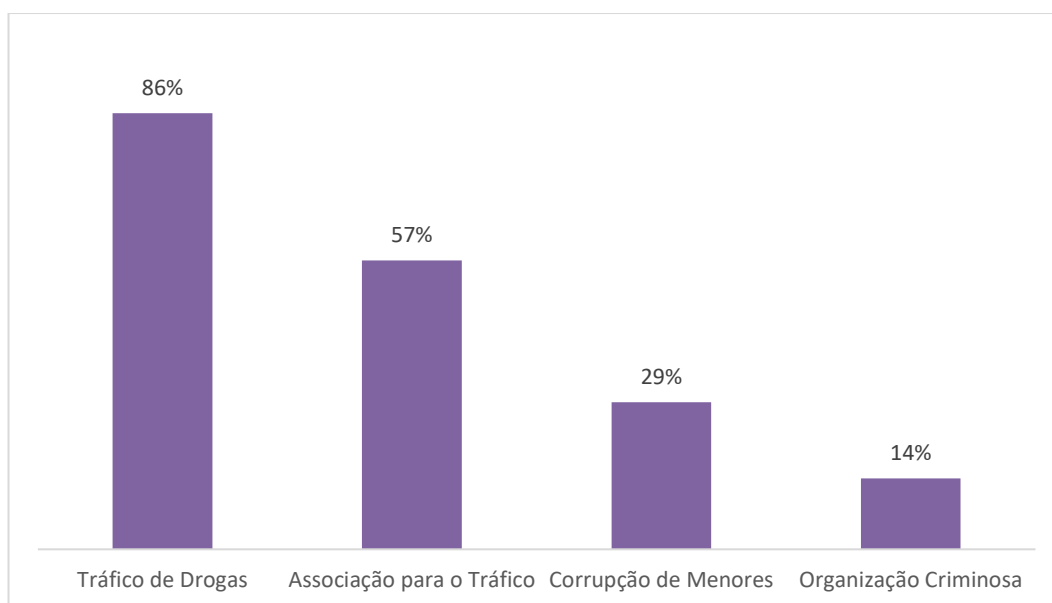
utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

É válido reforçar que todos os casos analisados são referentes a condutas criminalizadas pela Lei de Drogas. Em sua grande maioria (seis dos sete casos) a conduta das mulheres foi interpretada formalmente como Tráfico mesmo, isto é, consideraram que houve a prática de um dos verbos da lei citada acima. Por vezes, além do Tráfico de drogas, foi considerado que houve a prática de outros tipos penais como a Associação para o Tráfico, Organização Criminosa e Corrupção de Menores. Como abordado anteriormente, em um caso específico a conduta não foi tipificada enquanto Tráfico, visto que não foi encontrada substância ilícita com a acusada, mas a acusação corre por outra conduta criminalizada pela lei de drogas, que é a Associação para o Tráfico.

Assim quando os agentes do sistema penal interpretam as condutas das mulheres como tráfico de drogas, operam na chamada criminalização secundária. Vemos que há uma discricionariedade ampla nessa atuação, de forma que ela é seletivamente operante, como no caso analisado acima, em que uma das mulheres foi acusada por tráfico de drogas mesmo sem a presença de drogas no momento da abordagem policial (HC 07). Assim, como o legislativo ao criminalizar as condutas não estabeleceu parâmetros mínimos, não sabemos ao certo se as mulheres acusadas por tráfico de drogas realmente estavam traficando ou se eram usuárias, ou até mesmo se não tinham nenhuma relação com o tráfico. Nesse sentido, as agências de criminalização secundária interpretaram as condutas das mulheres da seguinte forma:

Figura 3

Tipificação da Conduta



Fonte: Autoral, com base nos dados obtidos do STJ, 2023.

Para melhor ilustrar a seletividade operante do sistema penal, a Criminologia Crítica cunha o conceito de criminalização ao invés de criminalidade, quando aborda sobre a criminalização secundária. Isso porque a realidade que conhecemos como *criminalidade* na verdade não aborda todos os crimes cometidos, dada a nossa impossibilidade de conhecermos todos as infrações cometidas, visto que nem todas chegam ao conhecimento das autoridades e são de fato investigadas e punidas, a exemplo disso, o número de carros que ultrapassam a velocidade permitida (criminalidade) não é idêntico ao número de multas aplicadas por esse motivo (criminalização). Assim, a criminologia crítica trabalha com a noção de uma “criminalidade registrada” ou “criminalização”, porque a seletividade do sistema penal modela o resultado da criminalização secundária, definindo quem e quantos são registrados formalmente como criminosos, de modo que é um configurador da realidade (BATISTA, 2012).

Percebe-se que as operações policiais propositalmente estabelecidas de modo constante nas comunidades pobres, influencia diretamente na captura e criminalização da população pobre. Do mesmo modo, os juízes quando analisam a conduta e entendem de maneira automática e definitiva que trata-se de tráfico de drogas, desferindo um tratamento penal severo e rigoroso sem levar em consideração a quantidade de drogas, a condição socioeconômica em que a acusada se encontra, os malefícios e consequências que uma prisão traria não apenas a acusada, mas toda a sua família, demonstra como a criminalização secundária é um fenômeno central no processo de superencarceramento de mulheres negras que vivenciamos no Brasil.

Assim, a criminalização secundária é um fenômeno complexo, dada sua vasta operacionalidade e amplitude. Nas palavras de Zaccone (2006), ocorre um fenômeno de poder configurador positivo do sistema penal, que antes mesmo de reprimir através do judiciário atuando dentro da legalidade, o sistema penal restringe direitos e garantias constitucionais antes mesmo da fase do órgão judiciário e para além da legalidade. A marcação de territórios como perigosos e a disseminação desse discurso no meio social, cria um cenário de medo e insegurança que leva ao clamor de mais policiamento e legitimação de mais violência contra esses grupos, inclusive da celebração do extermínio dessas populações (COIMBRA, 2001).

Tannuss (2022) ao abordar sobre a temática, pontua como a discricionariedade nas ações policiais somada ao apelo midiático em defesa da “guerra às drogas” contribuem para a classificação da conduta como Tráfico e não como consumo, contribuindo diretamente para uma criminalização mais intensa do usuário. A autora aponta ainda que tal classificação é uma estratégia dos agentes da criminalização secundária, *“que se baseia exclusivamente na resposta do policial ao ser questionado se o local da ação é dominado ou não por facções criminosas. Nessa lógica, o pobre será o traficante e o morador da área nobre o usuário”* (p. 67).

Por se tratar de um fenômeno complexo, a criminalização secundária é composta também por diversos órgãos e agentes: servidores do judiciário, das polícias, das penitenciárias, entre outros. No gráfico três, ao analisarmos como os magistrados interpretam e atribuem à ação das mulheres uma conduta tipificada na lei como crime, atuam na criminalização secundária, criminalizando-as ao vinculá-las a um tipo penal.

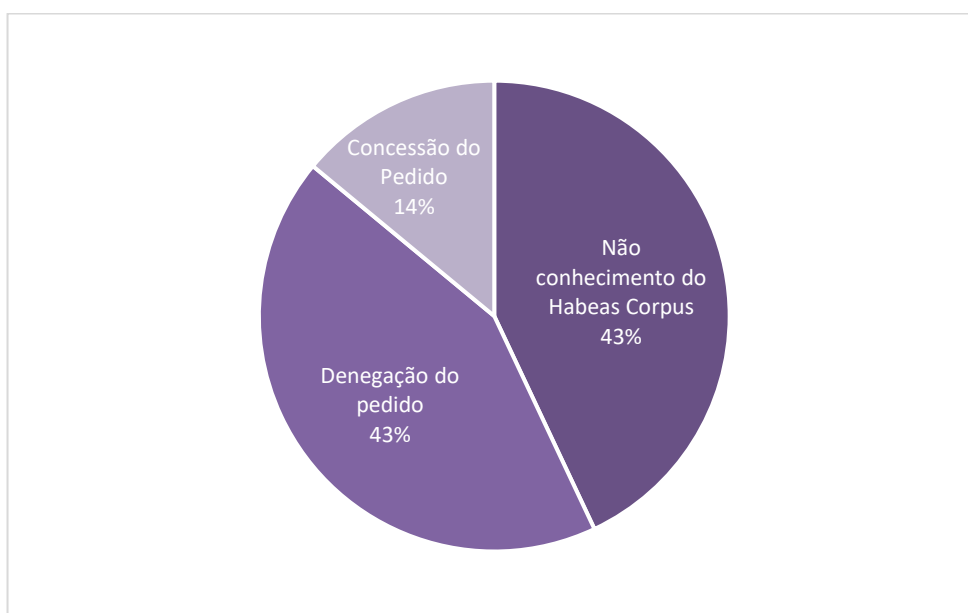
Da mesma forma, o Ministério Público também atua nesse fenômeno quando emite pareceres, sendo a forma do órgão se manifestar oficialmente sobre o processo em curso. Nos casos analisados, os pareceres analisaram os pedidos das mulheres para converter a prisão preventiva em domiciliar, em que o órgão demonstrou seu posicionamento sobre esse pedido formulado pela acusada, em tese, com base no que a lei dispõe sobre aquele assunto. É válido destacarmos que o Ministério Público é instituição permanente e também caracterizada como função essencial à Justiça, caráter definido pela própria Constituição Federal em seu artigo 119 (BRASIL, 1988).

A Constituição atribui seu caráter permanente justamente para que atue sem vinculação a nenhum poder ou órgão, e apesar da sua função essencial na atividade jurisdicional, não é pertencente ao Poder Judiciário e a nenhum dos outros dois poderes, visto que constitucionalmente é definido como independente e autônomo, para preservar sua função de fiscalização e defesa da justiça, do regime democrático e dos interesses sociais. Assim, incumbe

ao órgão a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988). Nos acórdãos analisados, o Ministério Público se posicionou da seguinte forma acerca dos pedidos dos Habeas Corpus:

Figura 4

Manifestação do Ministério Público acerca do Habeas Corpus



Fonte: Autoral, 2023.

A partir da análise dos dados dessa pesquisa, podemos classificar o posicionamento do Ministério Público como desproporcionalmente desfavorável às acusadas e seus direitos fundamentais, visto que majoritariamente se posicionaram pela denegação da conversão em domiciliar ou contra o conhecimento do Habeas Corpus, de modo que não houve sopesamentos a respeito da conduta, ou consequência da prisão dessas mulheres preventivamente. Levando em consideração que é um órgão essencial a efetivação da justiça, seu posicionamento deveria estar vinculado à defesa dos direitos fundamentais, coadunando com os princípios constitucionais e penais que postulam que a prisão deve ser considerada como medida extrema e excepcional, devido a série de violações de direitos humanos que são inerentes a mesma.

A prisão em qualquer contexto é violadora por si só, no entanto ao se tratar de mulheres presas, estas experienciam de modo mais intenso em função dos determinantes de gênero, que estão presentes também nas estruturas físicas e funcionais do cárcere, em que as particularidades femininas não são consideradas (ESTRELA, 2021). O Ministério Público ao

valorizar demasiadamente a punição e responsabilização penal, acaba deixando completamente de lado a defesa dos direitos fundamentais que estão diretamente e constantemente violados. Suas manifestações, portanto, apontam sempre pela punição mais severa das acusadas, isto é, a pena privativa de liberdade, ainda que em caráter provisório.

Para entendermos melhor os pareceres do Ministério Público, quando este manifestou pela denegação do pedido, entendeu que o caso apresentado apesar de cumprir os requisitos legais para concessão da domiciliar, eram situações excepcionais que justificavam a não aplicação do benefício. Isso ocorre porque utilizam a hipótese trazida no julgamento pelo Superior Tribunal Federal (STF) do HC coletivo nº 143.641/SP, em que entendem que apesar de ser aplicação objetiva, aceitaria exceções. As exceções geralmente abordadas vêm do julgado do STF que apontou que desde que fundamentado, o benefício poderia não ser aplicado, ainda que presente os requisitos de concessão.

No entanto, houve superação de tal entendimento, visto que vieram leis posteriores ao entendimento do STF, que regulamentaram de maneira mais assertiva o benefício. Assim, os avanços legislativos não abarcaram essa excepcionalidade abstratamente, mas sim de forma mais objetiva e imperiosa, determinando que quando presente os requisitos (gestante ou mãe de criança de até 12 anos de idade) deve ser convertida a prisão preventiva em domiciliar, não sendo aplicável apenas quando presentes violência ou grave ameaça à pessoa, bem como quando o crime cometido for contra seu próprio filho. Quando formos tratar especificamente da prisão domiciliar, abordaremos mais amplamente o tema, no entanto é válido destacarmos que o tráfico de drogas não é crime de violência ou grave ameaça e é definido pela doutrina penal como crime contra a saúde pública de maneira geral, assim não comporta a exceção de ser cometido contra o próprio filho, porque não se destina a alguém, mas a saúde pública em abstrato.

Em outros casos, o Ministério Público se posicionou contra o conhecimento do Habeas Corpus. Nesse sentido, apontam que o Tribunal não deveria nem analisar o caso, porque seria incompetente e trataria de atropelamento e forma de suprimir a lógica procedimental do processo penal, sendo um meio não oficial de impugnação de decisão judicial que nem é recurso nem é ação de impugnação. Por proteger o direito de ir e vir, o Habeas Corpus acaba sendo muito abrangente, pois tudo que fira ou ameace ferir esse direito – ordem ilegal de prisão, prisão ilegal, indiciamento, denúncia, investigação, entre outros – pode ser objeto do remédio.

O Tribunal se posicionou acerca disso, no HC 02, ao analisar o parecer do Ministério Público que pedia não conhecimento do recurso por ser atropelamento do rito processual. Nesse

julgado, o STJ apontou que mesmo se tratando de óbice processual “*deve preponderar a necessidade de se garantir a efetividade da prestação da tutela jurisdicional de urgência para que flagrante constrangimento ilegal ao direito de liberdade possa ser cessado*” (p.06), Assim, por se tratar do importante direito de liberdade sendo coagido e da demora processual que geralmente opera no judiciário, não se justifica que o rito processual seja impedimento para o tribunal verificar ilegalidade na coação de liberdade.

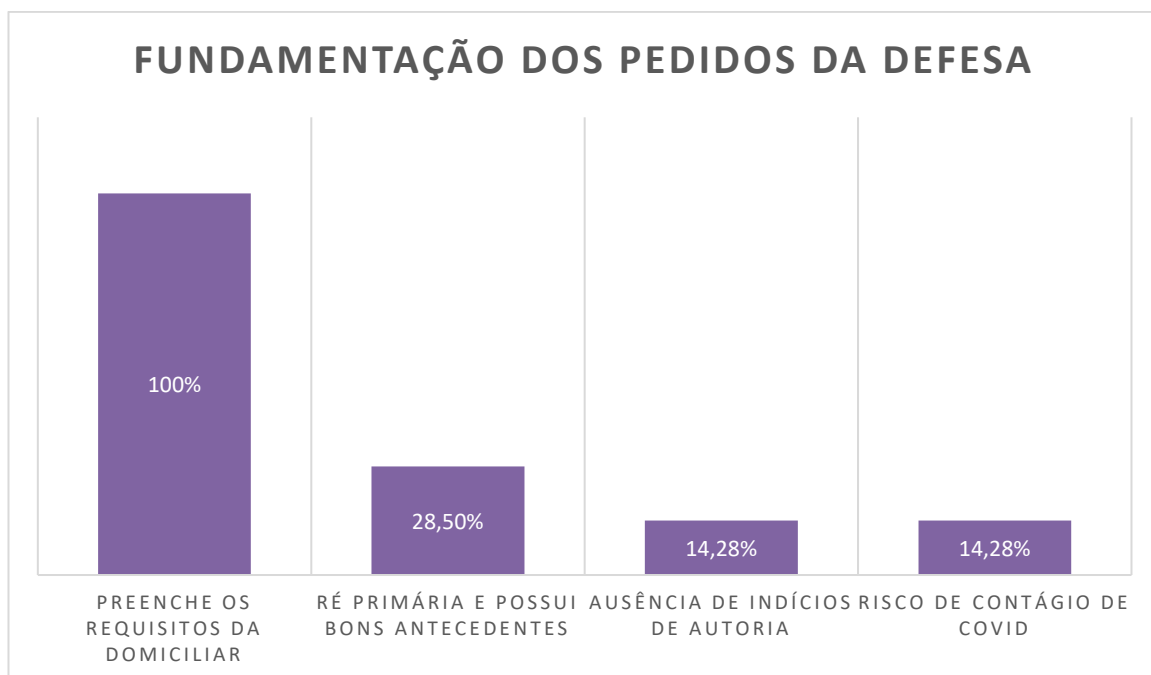
O Habeas Corpus é o instrumento mais utilizado pela defesa penal justamente por possuir preferência de pauta, isto é, prioridade na apreciação e julgamento pelo judiciário. Essa prioridade se justifica pela própria natureza da liberdade enquanto direito fundamental, pois, estando restrita por ilegalidade ou abuso de poder, é necessário que sua proteção seja rápida, sob o risco de ser ineficaz. Além disso, o Habeas Corpus é uma ação autônoma, ou seja, pode substituir um recurso penal ou até mesmo ser impetrado paralelamente a ele, de forma independente da ação em curso (VALENÇA, 2012).

Levando em consideração o cenário de superencarceramento feminino, em que a regra operante é a decretação da prisão para essas mulheres, o Habeas Corpus acaba se tornando um instrumento importante na defesa de direitos humanos, visto que dada sua preferência sobre outras ações e matéria que analisa, representa a tentativa de que se corrija ou minore os efeitos da prisão para essas mulheres. Como vimos o pedido do Ministério Público para não reconhecimento da ação por não ser meio oficial de impugnação de decisão, demonstra a valoração do rito processual em detrimento da defesa dos direitos fundamentais.

Ao pedir para que se responda o processo penal em liberdade, como assegura o código de processo penal, a saída que os advogados e defensores encontram é o apontamento para uma conversão da prisão preventiva em domiciliar, visto que, dado o histórico punitivista, o judiciário não concederia a liberdade. Vejamos no gráfico a seguir, as fundamentações da defesa, ao pedir revogação da preventiva e/ou conversão em domiciliar, ou seja, quais as teses e linhas de defesa seguidas:

Figura 5

Argumentos utilizados pela defesa para fundamentar os pedidos de liberdade



Fonte: Autoral, 2023.

Como vimos, o principal argumento da defesa é que a acusada preenche os requisitos da prisão domiciliar, visto que o principal foco é o não recolhimento na instituição totalizante, isto é, no presídio. Assim, os requisitos para domiciliar, que veremos mais detalhadamente no tópico seguinte são: ser gestante ou mãe/responsável por criança de até 12 anos incompletos. O uso desse fundamento pela defesa vem também dos recentes esforços legislativos e jurisprudenciais para uma diminuição do número de prisões provisórias.

A defesa também utiliza o argumento da acusada ser ré primária e possuir bons antecedentes. Geralmente esse argumento é utilizado, no mesmo, caso para os dois objetivos da defesa: o maior e mais amplo, a liberdade total, demonstrando que não há necessidade da acusada responder em prisão preventiva; seja para o pedido alternativo, a conversão para domiciliar, utilizando o histórico pessoal e subjetivo da acusada para demonstrar que não representa risco para o processo, podendo ser aplicada uma medida cautelar diversa, como a prisão domiciliar.

Há ainda o apontamento de falta de indícios de autoria para que se vincule a acusada ao fato que está sendo vinculada. Nesse caso específico, a mulher possuía dois filhos menores de 12 anos, e preenchia os requisitos para ter sua preventiva totalmente revogada e responder em liberdade, bem como, caso não fosse o caso de conceder a liberdade plena, convertê-la em prisão domiciliar. A indicação de falta de autoria, decorre de que a acusada assinalada estava apenas dando carona para seu primo, não tendo envolvimento com a droga apreendida.

Por certo não temos como analisar se a informação é verídica ou não e nem é o nosso objetivo; no entanto cabe fazer apontamentos de que dois impasses apontadas pela defesa aqui, se apresentam nas criminalizações de mulheres por tráfico de drogas de maneira geral: o depoimento policial por vezes ser tomado como prova exclusiva e suficiente para autoria e materialidade do crime, visto que possuem presunção de legitimidade, veracidade e constituem relevantes elementos probatórios; bem como a droga ser encontrada em espaços que as mulheres ocupam e passam maior parte de tempo, mas não são as únicas que os ocupam, e geralmente apontam que a droga pertence a um terceiro, possivelmente uma figura masculina.

Apesar da conversão da preventiva em domiciliar comparecer em todas, é pedido subsidiário. Não podemos negar que se trata de uma medida cautelar mais branda, visto que não recolhe a acusada em uma instituição totalizante do Estado, restringindo seu espaço na própria residência. É um benefício importante, que representa um avanço e uma mitigação nos efeitos da prisão, visto que o presídio enquanto espaço totalizante traz consigo problemas, danos e violações de direitos humanos significativos, principalmente no contexto feminino (CORTINA, 2015).

Reconhecido o avanço, precisamos considerar que ainda se trata de uma medida punitiva que restringe a liberdade da acusada. Relembrando a discussão desenvolvida anteriormente, vimos que a liberdade deve ser a regra no processo penal, principalmente quando ela ocorre antes da sentença condenatória, sob pena de configurar antecipação da pena, visto nos casos analisados trata-se de medida cautelar e não prisão-pena. Por isso a restrição da liberdade, seja total ou parcial, só deve acontecer quando comprovado o *periculum in libertatis*, isto é, o perigo que a liberdade da acusada representa para o processo (BRASIL, 1941).

Por fim, foi realizada a análise de como o judiciário tem criminalizado mulheres por tráfico de drogas. Mas inicialmente abordaremos alguns temas que rodeiam as decisões e são importantes na contextualização da discussão. Nesse sentido, falaremos em um tópico sobre as prisões preventivas e em outro tópico sobre o Marco Legal da Primeira Infância e do Habeas Corpus Coletivo 143641/SP, visto que foram instrumentos importantes na tentativa de garantia de direitos às mulheres presas provisoriamente. Em seguida, traremos o resultado qualitativo, obtido a partir das análises dos argumentos criminalizantes a respeito das mulheres, organizado em categorias que foram criadas com base nos argumentos utilizados pelo judiciário para condenar essas mulheres.

5.1 PRISÃO PREVENTIVA: UTILIZAÇÃO DA EXCEÇÃO COMO REGRA

Como vimos, prisão provisória é uma medida cautelar no processo penal, que leva esse nome porque ainda não se trata de uma prisão-pena, ou seja, não há uma sentença que condene a acusada por um crime, e quando decretada, deve ter por objetivo acautelar o processo e a investigação penal. Desse modo, a prisão provisória/cautelar é um gênero do qual são espécies a prisão preventiva e a prisão temporária, sendo, portanto, hipóteses em que a acusada fica presa durante o andamento do processo penal ou da investigação policial.

Diante do Estado Democrático de Direito, só é possível a coexistência de uma prisão processual e do princípio da presunção de inocência, quando justificada pelo acautelamento do processo ou dos resultados do mesmo, não podendo assumir função essencialmente punitiva, tendo em vista que prender alguém sem uma condenação judicial fere os princípios democráticos. Assim sendo, quando usada, só deveria ser admitida para fins de resguardar o resultado útil do processo, dada a natureza violadora da prisão (RYU, 2022).

Aqui nos interessa a análise da prisão preventiva, visto que nos acórdãos analisados, todas as mulheres são presas preventivamente. A prisão preventiva não tem limite temporal, sendo possível (e recorrente) que ela se prolongue anos a fio. Por isso, diante da alta demanda do judiciário que causa um certo afogamento e demora na apreciação dos processos, somada a lógica punitivista que vigora em nossas instituições, tal modelo de prisão acaba sendo o mais utilizado.

A prisão preventiva acaba sendo uma carta coringa nas mãos do sistema de Justiça, isso porque, é utilizada nos mais variados contextos, quase que compulsoriamente decretada quando se trata de crimes como o de Tráfico de Drogas. Não se observa a proporcionalidade ou o histórico favorável da acusada, exceto quando utilizado para justificar tratamento mais repressivo. Não obstante, a dinâmica do judiciário impossibilita que os juízes apreciem em tempo hábil o processo, de modo que enquanto não apreciam, preferem prender acusada durante o processo, como forma de resguardá-lo da acusada. Nesse sentido, a lógica formal e legal seria de que na dúvida, o acusado responderia em liberdade, mas a atuação do judiciário tem ido no sentido contrário, em que na dúvida, prefere que a acusada responda presa preventivamente.

Nesse sentido, outro fator que leva a intensificação do uso da prisão preventiva é a sua abrangência, uma vez que, a prisão temporária só pode ser utilizada durante a fase de investigação policial, a prisão preventiva, por sua vez, conforme o art. 311 do Código de

Processo Penal (BRASIL, 1941), pode ser utilizada em qualquer fase, seja da investigação policial ou do processo penal.

A utilização dessa medida preventiva, representa uma quebra de princípios garantistas, nomeada muitas vezes como uma “mitigação” necessária desses princípios, em razão do “bem jurídico” que protegeria. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz em seu artigo 5º o que é conhecido como “princípio da presunção de inocência” determinando que ninguém será considerado culpado até que exista uma decisão judicial que o condene de forma definitiva. Assim, alguém só pode ser considerado culpado depois de uma sentença que o condene como tal, bem como, só poderá sofrer as consequências que um culpado sofreria – prisão, multa, ou penas restritivas de direitos - depois disso também.

O princípio da presunção de inocência também encontra amparo em importantes instrumentos internacionais em matéria de Direitos Humanos como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como vemos abaixo:

Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (Art. 11, parágrafo 1; Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948).

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (art. 8, parágrafo 2º; Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969).

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) também reconhece o princípio da presunção de inocência em seu artigo 283, ao estabelecer que “ninguém poderá ser preso senão por decisão condenatória criminal transitada em julgado”. No entanto, também estabelece a possibilidade de mitigação do princípio, permitindo que um acusado possa ser preso antes da condenação, “em decorrência de prisão cautelar”. A presunção de inocência veda que seja dispensado qualquer tipo de tratamento ou identificação como culpado ao acusado, como respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como premissa fundamental do Estado Democrático de Direito. Portanto, qualquer efeito negativo que signifique o tratamento do acusado como culpado antes da condenação, viola a presunção de inocência (RYU, 2022).

Um dos objetivos do princípio da presunção de inocência é resguardar a liberdade, que é um bem jurídico protegido pelo ordenamento interno e internacional, de modo que sua restrição só deve acontecer de maneira excepcional. A prisão por si só, já deve ser considerada hipótese última do judiciário, isto é, deve priorizar outras formas de resolução e responsabilização por um crime, bem como outras medidas cautelares que não restrinjam a liberdade. Desse modo,

mesmo que se trate de acautelar o desenrolar eficaz do processo penal, a legislação estabelece outras medidas cautelares, diversas da prisão, proporcionando ao juiz a escolher o mais proporcional ao caso concreto (BRASILEIRO, 2020).

O ordenamento brasileiro conta hoje com mais de nove medidas cautelares diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, isolada ou cumulativamente. Entre elas estão: o comparecimento periódico e juízo, proibição de acesso ou de frequentar determinados lugares, proibição de manter contato com determinadas pessoas e de se ausentar da comarca, recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, monitoramento eletrônico, retenção do passaporte, entre outros. Então, se a prisão de maneira geral, já é considerada medida extrema, quando se trata de prisão cautelar, isto é, provisória, deve ser vista pelos juízes enquanto *ultima ratio* das prisões, uma vez que implica na mitigação de bens e princípios constitucionais, submetendo o acusado a sofrimento e estigma, devendo ser criteriosamente observado o rigor excepcional na sua aplicação (VALENÇA, 2012; GOMES, 2013).

Nesse sentido, não podemos negar que mesmo quando aplicada como função acauteladora, a prisão não perde seu efeito punitivo, produzindo outros resultados para além da esfera processual. A prisão preventiva acaba perdendo sua função estritamente acauteladora do processo e torna-se, portanto, uma estratégia punitiva perversa e um instrumento de produção de sofrimento, ainda que depois, ao final do processo, o acusado seja considerado inocente, o tempo que o mesmo passa preso é danoso e potente o suficiente para marcar sua história e subjetividade. Podemos, portanto, falar que há uma banalização da prisão preventiva ao ser aplicada de maneira descabida e recorrente (VALENÇA, 2012; TANNUSS, 2022).

O recorrente uso e manutenção das prisões preventivas em detrimento da aplicação medidas mais amenas como a prisão domiciliar ou outras medidas diversas da privativa de liberdade, faz com que o judiciário desempenhe um papel central na seleção dos conflitos sociais e dos acusados que vão receber a atenção da justiça criminal, operando assim como o principal agente da criminalização secundária. Portanto, ainda que o crime cometido seja sem violência, como o de comercializar drogas, não será convertida em prisão domiciliar e receberá tratamento punitivo severo, como é o caso das mulheres negras pobres que são alvos dessa política criminal, enquanto que ao mesmo tempo é muito difícil para essa mesma justiça criminal identificar e punir os maus-tratos e a tortura policial que essas mulheres sofrem nas operações policiais da “guerra às drogas” (ESTRELA, 2021; AZEVEDO; SINHORETTO; SILVESTRE, 2022).

No contexto de mulheres presas, essa realidade se agrava e intensifica, visto que os danos produzidos são mais significativos nas mulheres do que nos homens, devido a própria estrutura da prisão, que sempre foi construída e pensada para homens, mas devido também à própria estrutura familiar e o lugar social que é atribuído a ela no mercado de trabalho e na sociedade, que se intensifica durante e após a prisão. Uma mulher com um histórico de já ter passado pelo sistema prisional anteriormente encontra muito mais dificuldade de empregos formais e que remuneram suficientemente, sendo um fator a mais que as vulnerabilizam (CORTINA, 2015).

Objetivando a diminuição do uso da prisão para acautelar o processo e incentivar o uso de medidas não privativas de liberdade, algumas diretrizes foram fixadas nas Regras das Nações Unidas, conhecida como Regras de Tóquio (1990). A declaração reconhece e reafirma o caráter excepcional da prisão cautelar, ao prever que devem ser utilizadas apenas quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porém de igual eficácia, dado todos os efeitos danosos da prisão tanto nos acusados, quanto em seus familiares, conforme assinala Renato Brasileiro (2020):

Além do menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc. Com efeito, o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria, porquanto contribui para diluir lações familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%. O uso excessivo do cárcere ad custodiam também contribui para uma crescente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras (BRASILEIRO, 2020, p. 931).

As medidas não privativas de liberdade representam uma alternativa viável para o acautelamento do processo penal sem que se cause danos e restrições de natureza grave como ocorre com as medidas aprisionadoras. A preferência por essas medidas alternativas representaria um compromisso maior com o Estado Democrático de Direito e com os valores e princípios intrínsecos a ele, como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e o devido processo legal. No entanto, apesar de termos hipóteses de medidas cautelares tão quanto bastem para as necessidades de acautelamento, há uma cultura punitivista entranhada no judiciário que prioriza as prisões, mesmo quando concretamente não necessárias ou substituíveis.

Conforme Renato Brasileiro (2020) pontua, a adoção de medidas cautelares diversas da prisão protege de forma mais efetiva tanto o processo, o acusado, bem como a sociedade. Visto

que temos um rol de diferentes medidas, podendo ser aplicadas conforme o risco que apresenta e suficientes para proteger o processo; protege a acusada a partir do momento em que se evita uma prisão, que é ato extremamente violento, ficando restrita como opção extrema e última; e por fim, a sociedade, porque diminuir o uso da prisão significaria o desencarceramento das acusadas que ainda não foram definitivamente condenadas.

Devido aos princípios da presunção de inocência e da jurisdicionalidade, é proibida em nosso ordenamento a prisão cautelar *ex lege*⁷, isto é, imposta por força de lei de maneira automática e obrigatória, precisando ser analisadas caso a caso. Assim, a lei prevê as hipóteses de aplicação e o judiciário faz a apreciação de cada caso concreto para aferir a necessidade, proporcionalidade e adequação. Nesse sentido, as hipóteses legais que autorizam a decretação da prisão preventiva, estão elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal, vejamos:

A prisão preventiva poderá ser decretada como **garantia da ordem pública**, da **ordem econômica**, por **conveniência da instrução criminal** ou para **assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941, grifos nossos).

Portanto, segundo a lei processual penal, desde que haja prova que o crime realmente aconteceu e indicativos suficientes de que o acusado seja o autor, poderá ser decretada a prisão preventiva por: *I) garantia da ordem pública, II) garantia da ordem econômica, III) conveniência da instrução criminal* ou *IV) para assegurar a aplicação da lei penal*. No entanto, a legislação processual penal não fornece significados maiores, conceituações ou parâmetros mínimos para essas hipóteses, ficando a cargo da interpretação da doutrina e jurisprudência preencher essa lacuna.

Nesse mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também já se manifestou contra o uso recorrente da prisão preventiva. No caso *López Álvarez vs. Honduras*⁸ a corte foi categórica ao afirmar que a legitimidade da prisão preventiva não pode vir apenas pela permissão legal para aplicação em hipóteses gerais, mas sim da demonstração de necessidade e proporcionalidade da medida. Por sua vez, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos também já se posicionou sobre, no seu informe nº 86/2009 manifestando que é a

⁷ O termo é utilizado para representar uma prisão determinada de forma imperiosa pela legislação e não pelo juiz, assim, nesses casos não se pode conceder liberdade provisória ou outras medidas diversas da prisão. No Brasil não existe prisão provisória *ex lege*, apenas prisão-pena, isto é, a legislação brasileira determina a prisão *ex lege* para alguns crimes, mas só após a decisão condenatória definitiva.

⁸ Caso *López Álvarez vs. Honduras*, §63. Julgado em: 01 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>.

excepcionalidade da medida que confere legalidade à prisão preventiva, pois a regra deve ser a liberdade (RYU, 2022).

Como forma de frear o uso indiscriminado da prisão preventiva e de fundamentações arbitrárias, houve a tentativa legislativa no pacote anticrime (Lei 13.964/2019) ao acrescentar uma exigência de demonstrar “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, bem como introduzir o parágrafo 2º no mesmo artigo que exige a fundamentação da prisão preventiva “em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Nesse sentido, também inseriu a revisão periódica, a cada 90 dias para verificação da necessidade de manutenção da preventiva, no parágrafo único do art. 316. No entanto, mesmo com as alterações legislativas, a prisão preventiva continua sendo decretada de maneira recorrente e com fundamentação vaga, sem que se utilize um rigor maior nas fundamentações e demonstração verídica do perigo que a liberdade da acusada representa para o curso do processo penal.

Tendo em vista que quase cerca de 37% das mulheres presas no Brasil aguardam o julgamento presas (INFOPEN MULHERES, 2020), percebemos que a medida falhou no seu caráter excepcional e continua sendo utilizada enquanto regra. Além disso, dada a morosidade do sistema de justiça, essas mulheres chegam a passar anos aguardando o julgamento, de forma que se tornam reféns de uma medida cautelar que deveria ser excepcional e provisória. O simples fato de adentrar no sistema prisional já representa uma série de violações e produções de subjetividades, tanto pela própria estrutura da prisão enquanto espaço violador por sua própria natureza, visto que enfrentam problemas como superlotação e espaços insalubres, quanto pela intensificação da precariedade quando se trata do público feminino, percebido em questões objetivas como a falta de fornecimento de absorventes íntimos, falta de atendimento ginecológico, falta de atendimento obstétrico para mães, falta de berçários e creches, entre outros (TORRES; ALMEIDA, 2019).

A falta de limites temporais mínimos para duração da prisão preventiva, bem como de uma limitação na sua abrangência, de modo que restringisse seu uso, abre espaço para que seja usada livremente, de modo recorrente, a despeito de um bem jurídico importante como a liberdade e ferindo princípios basilares como: dignidade da pessoa humana, estrita legalidade, presunção de inocência, devido processo legal, entre outros. Assim, a prisão preventiva torna-se um cheque em branco no processo penal.

5.2 SENZALAS, CESÁRIAS E CICATRIZES: MATERNIDADE E PRISÃO DOMICILIAR

Luta diária, fio da navalha, marcas? Várias
 Senzalas, cesárias, cicatrizes
 Estrias, varizes, crises
 Tipo Lulu, nem sempre é so easy
 Pra nós punk é quem amamenta, enquanto enfrenta guerra, os tanques
 As roupas sujas, vida sem amaciante
 Bomba a todo instante, num quadro ao léu
 Que é só enquadro e banco dos réus, sem flagrante⁹

Como já citado anteriormente, os números do Encarceramento Feminino Brasileiro são alarmantes, o país ocupa o 3^a lugar na lista de maior população carcerária feminina do mundo, com cerca de 45 mil apenadas (BRASIL, 2021). O clamor punitivo no Brasil é algo culturalmente disseminado, de forma que podemos falar numa cultura da punição. Há uma preferência massiva pela prisão preventiva, ainda que tal prisão seja medida excepcional e que tenhamos no nosso ordenamento, outras medidas acauteladoras do processo, que são diversas da prisão. O uso intenso de tal instrumento processual será o responsável pelo grande número de mulheres que se encontram presas sem ainda terem sido condenadas por nenhum crime.

É justamente a partir desse cenário crítico, que o legislativo buscou realizar algumas mudanças. Começando a passos lentos, no entanto significativos, houve o advento da Lei nº 13247/2016, também conhecida como Marco Legal da Primeira Infância. A referida lei trouxe uma perspectiva diferenciada sobre a primeira infância, visto que toda sua discussão se baseou em conhecimento científico especializado sobre o desenvolvimento humano nessa fase da vida, que alcança desde a gestação até os seis anos de idade. A lei ressaltou a necessidade da proteção ao desenvolvimento saudável da criança, pois a primeira infância é momento mais determinante para construção e base da aprendizagem cognitiva, socioemocional e física (MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022).

É justamente através desse reconhecimento, que a lei inclui incentivos à amamentação e dá destaque e relevância do importante papel da mãe e da manutenção do vínculo materno ao desenvolvimento infantil, bem como na construção de importantes estruturas emocionais e cognitivas. A proteção ao desenvolvimento sadio e harmonioso opera como direito absoluto da criança de ter uma infância saudável e segura, surgindo em decorrência disso, uma preocupação diretamente ligada com a vulnerabilidade e risco da mulher presa no âmbito da maternidade.

⁹ Trecho da música Mãe de autoria do rapper Emicida.

Isso porque, geralmente as crianças ficam presas com as mães no período da amamentação, e levando em conta a realidade vivenciada dentro do cárcere e impossibilidade de resguardar os direitos da criança em um ambiente tão violador e violento, em aspectos subjetivos, psicológicos e estruturais; a lei buscou mitigar tais efeitos (REIS JUNIOR; COHN; BARETTA, 2021).

Ao reconhecer que o desenvolvimento saudável da criança não acontece sem a presença materna - uma vez que tal ausência representa um dos principais elementos desencadeadores de problemas psicológicos e emocionais que refletem durante toda a fase adulta – a lei começa a tentar subverter a premissa do encarceramento em massa, prevendo uma mudança legislativa que permite a substituição de prisão preventiva em prisão domiciliar para gestantes ou mulher com filhos de até 12 anos incompletos (incisos IV e V, art. 318, Código de Processo Penal, 1941). Dessa forma as mães conseguiriam prover os cuidados e atenção indispensáveis aos seus filhos.

O Marco Legal da Primeira Infância portanto, alterou a redação do inciso IV, que antes exigia que a gravidez fosse de risco ou que estivesse no mínimo no sétimo mês de gestação para a concessão do benefício. A partir de tal lei, houve a desconsideração do período em que gestante se encontra, concedendo, portanto, para todas as gestantes, não apenas para gestações de risco e independente do mês em que se encontra. Além disso, tal lei acrescentou o inciso V no rol das hipóteses do artigo, que permite que o benefício seja concedido também às mães que tenham filhos com até 12 anos de idade incompletos, ampliando o cenário que antes eram para filhos de até seis anos (BRASIL, 1941; REIS JUNIOR; COHN; BARETTA, 2021).

Nesse sentido, convém tecermos alguns comentários acerca da prisão domiciliar, visto que foi a medida legal adotada para se reduzir o número do encarceramento provisório feminino e, portanto, a centralidade que tal instrumento assume na nossa discussão. A prisão domiciliar trata-se medida substitutiva da prisão preventiva, assumindo assim a natureza cautelar. Nesse sentido, sua natureza cautelar estaria presente no seu objetivo de acautelar o processo penal, como forma de garantir que este se desenvolva sem óbices e interferências.

Como vimos anteriormente, a prisão preventiva também já tem essa característica de medida cautelar, portanto a domiciliar enquanto substitutiva, é apenas uma capa que se veste na prisão preventiva, para que esta seja cumprida no âmbito domiciliar, exigindo que esteja presente o requisito de risco ao processo ou a instrução criminal para ser imposta. Assim, se a apenada se encaixa nas hipóteses legais do benefício, pode cumprir a medida em casa, sendo de certa forma, um abrandamento dessa restrição, possibilitando que tal limitação de liberdade

ocorra no domicílio da apenada (BRASILEIRO, 2020). Na prisão domiciliar, a apenada responde ao processo cumprindo a restrição de liberdade em sua residência, e não necessariamente contará com tornozeleira eletrônica como forma de fiscalização, podendo ocorrer sem a mesma (REIS JUNIOR; COHN; BARETTA, 2021).

No entanto, a prisão domiciliar, apesar de menos gravosa ao permitir o cumprimento em casa, ainda se trata de uma modalidade punitiva recaindo sobre uma mulher que ainda não foi condenada, imperando ainda assim, uma restrição de liberdade, em que a mesma tem que ficar tempo integral em sua residência, não podendo dela sair sem autorização. Por isso, ainda que no âmbito domiciliar, é uma prisão que fere a dignidade da pessoa humana, tendo em vista o direito de ser presumida inocente. O judiciário caso pretendesse um maior compromisso com os direitos humanos, deveria priorizar a revogação da prisão acauteladora por inteiro, para que a acusada responda ao processo em liberdade, e apenas na estrita e fundamentada necessidade, segundo os princípios constitucionais, poderia impor a domiciliar.

Nesse sentido, reforçamos a importância do Marco Legal da Primeira Infância para trilhar a construção legal de uma possibilidade de se reduzir o número de mulheres presas preventivas. O que a referida lei trouxe para o ordenamento não se configura como direito subjetivo da mãe ou da gestante, mas sim a essencialidade do direito da criança de crescer em um ambiente saudável ao considerar os impactos afetivos e materiais que a prisão provoca para os mesmos, ao desrespeitar princípios como individualização da pena, visto que a criança acaba sendo penalizada juntamente com a mãe. Ainda assim, a aplicação de tal medida traria o efeito prático na diminuição do encarceramento provisório de mulheres, visto que cerca de 60% das mulheres presas são mães (INFOPEN, 2020).

Assim, numa ruptura de um pensamento paradigmático histórico, a referida Lei passa a dar enfoque, não apenas à punição, mas também aos reflexos constantes de tal medida no seio familiar daquele agente, sopesando os efeitos deletérios ao desenvolvimento infantil, que a supressão abrupta da convivência desde gestação proporciona ao referido público-alvo (MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022, p.82).

Rafael Brasileiro (2020) pontua que apesar dessas mudanças, não bastaria que fosse mãe de criança menor de 12 anos, mas que seria necessário para fins de concessão do benefício, a comprovação de que não haveria outra pessoa para cuidar do filho de até 12 anos de idade incompletos, pois havendo, não haveria por que se decretar a referida substituição. No entanto, tal requisito, além de não ter previsão legal, não encontra respaldo em todo o debate científico trazido na promulgação da lei, tendo em vista que a lei se preocupou, por exemplo, com a

importância da manutenção do vínculo da criança com a mãe para se assegurar um desenvolvimento saudável, não sendo substituível por outro adulto da família. O vínculo materno se faz indispensável (REIS JUNIOR; COHN; BARETTA, 2021; MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022).

É justamente como decorrência da importância desse vínculo, que se busca a proteção da criança e a não extensão da pena a ela quando estiver, por exemplo, em período de amamentação, visto que quando a mãe se encontra presa, isso ocorre dentro dos muros dos presídios. Para fins de exemplificação, segundo dados oficiais levantados pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2021) contamos com cerca de 606 filhos nas dependências dos presídios, bem como 93 lactantes e 164 gestantes/parturientes. O Marco Legal da Primeira Infância se preocupou também com a prevalência e priorização do direito à liberdade da mãe e o direito ao convívio familiar em vista de medidas cautelares. Assim, estabelecer a possibilidade do filho ser cuidado por familiar que não seja a mãe, como critério de não aplicação da domiciliar, além de não ter previsão legal, auxilia no esvaziamento do objetivo de promulgação da lei e na manutenção de um cenário violador de direitos humanos.

No entanto, apesar da mudança significativa na legislação, os aplicadores do direito apresentaram uma certa resistência na implementação da medida e utilizavam de uma divergência interpretativa para esvaziar o objetivo pretendido pela lei (MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022). Essa relutância encontrava amparo na expressão “poderá”, constante no artigo 318 do Código de Processo Penal, que foi mantido, servindo de saída discursiva para o punitivismo.

Assim, os magistrados viram em tal artigo, ao trazer em seu caput a expressão “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar” uma brecha interpretativa para não aplicarem a medida, fundamentando que a utilização de tal termo autoriza a uma atuação discricionária, como uma faculdade do magistrado na análise do caso concreto para decidir se cabe a substituição. Dessa forma, não foram percebidas mudanças expressivas no cenário de aprisionamento provisório brasileiro. As mães encontraram nos aplicadores do direito, obstáculos interpretativos para a não concessão do benefício, sendo mais uma forma de penalização, sujeição de corpos e negativa dos direitos das mulheres no ordenamento jurídico (MENDES, 2020).

Os presídios são espaços extremamente insalubres, superlotados, propícios para proliferação de epidemias e contágio de doenças, violência, climatização precária, dentre outras violações que demonstram a inconstitucionalidade na existência desse espaço, que toma uma

dimensão maior enquanto espaço de responsabilidade e manutenção pelo poder público. As violações corriqueiras das mais diversas naturezas são ofensas ao Estado Democrático de Direito e aos valores proclamados na Constituição Federal (BRASIL, 1988) como a dignidade da pessoa humana; não cabendo a legitimação desse espaço como resolutivo de conflitos, bem como resposta e reparação a um crime; principalmente em caráter provisório.

O próprio Superior Tribunal Federal reconheceu a gravidade das violações que acontecem no Sistema Penitenciário Brasileiro ao identificá-lo como “estado de coisas inconstitucional” na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 347. Na ação, a Corte apontou que os presídios nacionais são espaços de violação generalizada de direitos fundamentais no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica; apontando a inércia das autoridades públicas em modificar o cenário como integrante do cenário inconstitucional; além de outras espécies de violações que careciam de atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades e instituições (BRASILEIRO, 2020).

Além do aparato legal nacional, as Regras de Bangkok, que foram acolhidas no ordenamento jurídico brasileiro, trazem regras para o tratamento de mulheres encarceradas e para a aplicação de medidas de cunho não privativo de liberdade. Dentre seus artigos, o dispositivo estabelece que devem ser priorizadas as medidas não restritivas, respeitando o direito ao convívio familiar, reforçando a inadmissibilidade das prisões processuais para cidadãs, principalmente para as que são responsáveis pelos cuidados de crianças e adolescentes (REIS JUNIOR; COHN; BARETTA, 2021; MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022).

As mulheres “*são tratadas como objeto dos múltiplos braços do sistema de custódia que as vigia, reprime e, por fim, também as têm encarcerado desde muitos e muitos séculos*” (MENDES, 2020, p. 152), de forma que mesmo quando se encaixam nas hipóteses legais de concessão do benefício, veem-se reféns de um malabarismo interpretativo para mantê-las presas. A liberdade que deveria ser a regra, acaba se tornando uma exceção, tendo em vista que os julgadores preferem aplicar uma preventiva, do que deixar que a apenada responda em liberdade ou em domiciliar, tendo, portanto, uma baixa aplicabilidade da medida (MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022)

Com a continuidade do uso da prisão preventiva como medida principal de acautelamento do processo, bem como as poucas conversões em domiciliar pelos magistrados, o cenário de encarceramento provisório continuou se intensificando. Assim, ainda carecia de esforços das autoridades e instituições para adequar minimamente o sistema penitenciário nacional às normativas nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos. O esforço legislativo

já havia acontecido, senão de maneira satisfatória na prática, mas já havia base legal suficiente para que se reduzisse os índices do encarceramento feminino brasileiro.

Portanto, a cobrança teria que vir dos responsáveis pela aplicação da legislação aos casos concretos, isto é, do judiciário. É justamente com essa finalidade que a Defensoria Pública impetrou perante o Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus Coletivo 143641/SP, em favor das mães presas provisoriamente, pedindo a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Na fundamentação do pedido, além do aparato legislativo nacional e internacional citado anteriormente, a instituição reforçou o quão insalubre é o cotidiano do cárcere brasileiro, destacando a realidade das mães encarceradas, que logo após o parto ficam reclusas com seus filhos recém-nascidos em celas minúsculas, superlotadas e insalubres. Demonstrando através dos números, que mais de mil crianças estavam inseridas nos estabelecimentos prisionais, além do número de mulheres gestantes (536) e em fase de amamentação (350) (TORRES; ALMEIDA, 2019).

A 2ª turma do Supremo Tribunal Federal ciente do esvaziamento da norma, apreciou o pedido e em 20 de fevereiro de 2018, por maioria de votos, decidiu pela concessão do Habeas Corpus Coletivo para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, em favor de todas as mulheres que estivessem na condição de gestantes, puérperas e mães de crianças com até 12 anos. A decisão foi vista como marco histórico, uma vez que o STF se constitui como órgão jurisdicional responsável pela tutela da Constituição Federal, e a ação confere atenção à saúde reprodutiva, importante conquista no cenário de busca pela igualdade de gênero (TORRES; ALMEIDA, 2019)

Ao conceder o Habeas Corpus Coletivo, a corte determinou o prazo de 60 dias para que o judiciário cumpra a ordem, a contar da data de sua publicação. O STF determinou a substituição sem prejuízo das medidas alternativas à prisão, ou seja, além da conversão em domiciliar, podem ser aplicadas as outras medidas não privativas previstas na legislação processual penal, caso o magistrado julgue necessário. Dessa forma, o magistrado pode combinar medidas de modo que acautele o processo e a instrução sem que se recolha a acusada a prisão.

No entanto, o STF ao conceder a ordem do Habeas Corpus, excepcionou a concessão do benefício em três hipóteses: 1) nos casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça; 2) crime praticado contra seus descendentes ou, ainda, em 3) situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício (BRASIL, 2018). A decisão reafirmou o caráter excepcional que a prisão

preventiva deveria assumir, no entanto os juízes, que já operavam no malabarismo interpretativo para fundamentarem medidas aprisionadoras, utilizaram dessa hipótese de *situações excepcionalíssimas* para justificarem a não concessão do benefício. Assim as situações excepcionalíssimas tornaram-se a regra, sendo apontada para continuarem negando a domiciliar (TORRES; ALMEIDA, 2019).

Em maio de 2018, passado o prazo de 60 dias determinado para que fosse implementado o benefício pelos tribunais, o Departamento Penitenciário (DEPEN) enviou ofício ao STF informando que apenas 4% de 10.500 mulheres tiveram a preventiva convertida em domiciliar. Nesse sentido, o ministro Lewandowski, ciente de tal cenário, em outubro de 2018, concedeu um novo Habeas Corpus para que as mulheres presas que ainda estavam presas preventivamente, fossem colocadas em prisão domiciliar, determinando que a situação excepcionalíssima deve ser devidamente fundamentada, pois a regra é pela concessão (REIS JUNIOR; COHN; BARETTA, 2021).

Vieram mais esforços para aplicação da medida diante do cenário de não aplicação da medida e dos altos números de presas provisórias. Assim, em dezembro de 2018 o Congresso Nacional aprovou a lei 13.769/2018, substituindo o “poderá” por “será”, objetivando reforçar a imperatividade e objetividade na concessão do benefício, visando fechar a margem para interpretações discricionárias, visto que os juízes utilizavam dessa abertura interpretativa para negarem a conversão (MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022).

O legislativo não transformou em lei o elemento de indeferimento do benefício por *situação excepcionalíssima devidamente fundamentada*, que até então era também utilizada pelos juízes. O Congresso Nacional dessa forma, tenta trazer aplicabilidade à medida, ao valorizar mais ainda a objetividade na aplicação do benefício, determinando que a medida não será aplicada apenas nas hipóteses concretas de crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou no caso de crime cometido contra os próprios descendentes (TORRES; ALMEIDA, 2019; REIS JUNIOR; COHN; BARETTA, 2021; MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022). Vejamos tal posituação:

A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - Não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - Não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (Art. 318-A, Código De Processo Penal, 1942).

A partir dos acórdãos analisados nessa pesquisa, observou-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sua maioria, tem um posicionamento mais favorável à aplicação objetiva da

domiciliar quando comparado aos julgadores de 1ª e 2ª instância, visto que, em cinco dos sete acórdãos analisados, a conversão em domiciliar que tinha sido negado pelo juízo ad quo, foi convertida e concedida pelo Tribunal. Esse resultado mostra como o Habeas Corpus assume um papel relevante no processo penal e na garantia de direitos fundamentais, uma vez que é instrumento pelo qual os pedidos chegam no tribunal após reiteradas decisões negativas nas instâncias inferiores.

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça ao converterem a prisão em domiciliar, concluem que “*a impetração evidenciou inquestionável constrangimento ilegal hostilizado*”¹⁰ por parte dos juízes que o negaram anteriormente. Reconhecem que as decisões proferidas pelas outras instâncias, ferem a aplicação objetiva da lei. Apesar do reconhecimento da ilegalidade, geralmente não rebatem os pontos levantados nas decisões anteriores, que condenavam as mulheres com base em um julgamento moral ancorado na subjetividade e discricionariedade interpretativa para negarem a domiciliar, como veremos mais à frente. Os Ministros apenas explicitam que as valorações feitas não integram os requisitos legais para a concessão da medida.

Nesse sentido, o tribunal afirma que não competem aos ministros valorar ou verificar se os requisitos da prisão preventiva estão presentes (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal) visto que para concessão do benefício não fora exigido tal contexto fático. Isso é expressamente reconhecido em um dos documentos, que diz “independentemente das razões que fundaram a prisão preventiva, o Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus coletivo às mulheres presas (...), portanto, estão preenchidos os requisitos legais para a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar”¹¹.

Por isso, o posicionamento do Tribunal Superior de Justiça é importante e representa um avanço no ordenamento jurídico quando comparados com as decisões das instâncias anteriores. No entanto, não significa necessariamente um olhar mais leniente para com as mulheres, visto que a concessão do benefício deve ser de aplicação obrigatória e objetiva, quando preenchidos os requisitos. A sanha punitivista acaba transformando a regra em exceção e assim, quando cumprem a lei, parece que estão de certa forma, sendo mais lenientes ou promovendo mais direitos, mas o cenário de não aplicação da medida ainda é crítico.

¹⁰ HC 01, HC 03, HC 04, HC 06

¹¹ HC 02

Apenas em um acórdão, no HC 06, ao conceder o benefício, o Superior Tribunal de Justiça analisou as fundamentações utilizadas pela instância anterior para negar o benefício. Vejamos:

Com efeito, a paciente foi presa preventivamente por delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, e o Magistrado negou a prisão domiciliar, ao fundamento de que a paciente não logrou comprovar que sua presença seria imprescindível ao bem estar do menor e considerou o fato de que as denúncias anônimas noticiavam o envolvimento de um dos filhos da paciente com a prática delitiva. O primeiro fundamento, ausência de imprescindibilidade, não encontra guarida na jurisprudência da Sexta Turma desta Corte. O segundo fundamento, de envolvimento de um dos filhos da paciente, não foi sequer narrado na denúncia (fls. 80/82), sendo assim, também inapto para subsidiar o indeferimento da benesse, devendo, então, ser deferida a prisão domiciliar nos termos dos arts. 318, V, e 318-A do CPP (HC06, 2021, p. 7)

O enfrentamento dos argumentos feito no acórdão é de natureza objetiva, no entanto acaba sendo significativo no campo pesquisado, visto que, como órgão revisor e recursal, é importante que o Tribunal Superior sinalize para as instâncias anteriores que esse esforço interpretativo de hipóteses além do exigido legalmente, não pode acontecer para prejudicar o réu, principalmente no contexto de prisão provisória, que é medida excepcional. A ausência de imprescindibilidade do cuidado da mãe é um dos argumentos frequentes utilizados pelos juízes para negar o benefício, mesmo não tendo sido sequer mencionada no Marco Legal da Primeira Infância ou no Habeas Corpus Coletivo como possibilidade de não concessão. Em sentido oposto, tanto a lei quanto a jurisprudência previram a concessão do benefício justamente por entender que a presença materna se constitui enquanto elementar no desenvolvimento do ser humano, não precisando de comprovação maiores.

Nos dois acórdãos em que o STJ negou a concessão do benefício, as negativas foram sustentadas na hipótese de “*situação excepcionalíssima*” que o STF proferiu no Habeas Corpus Coletivo. Portanto, apesar de apresentar um posicionamento de aplicação objetiva da medida, não conseguem se desvencilhar 100% dos julgamentos subjetivos, que exorbitam o campo legal, visto que a “*situação excepcionalíssima*”, apesar de ser utilizada pelo judiciário, não é hipótese definida em lei para negação do benefício, esvaziando os esforços legais que visavam a aplicação da medida e garantia de direitos fundamentais.

Nesse sentido, em todos os acórdãos analisados, independente da concessão ou não do benefício, o tribunal reconhece a hipótese de “*situação excepcionalíssima*”, desde que devidamente fundamentada, enquanto precedente jurisprudencial. Isso comparece em todos os acórdãos porque mesmo quando concedem o benefício, citam a existência do precedente.

Percebe-se, portanto, que tal hipótese excepcional é aceita e difundida no judiciário como precedente, construindo de certa forma, uma verdade.

Nesse sentido, no HC 06 é reconhecido no voto do acórdão que a lei não abarcou a “*situação excepcionalíssima*” como hipótese de não concessão do benefício, mas que poderia ser aplicado caso fosse verificada e fundamentada, dado o precedente jurisprudencial. Vejamos:

Cumprе ressaltar, no entanto, que, embora a lei não mencione a possibilidade de afastar o benefício em situações excepcionálissimas (como circunstanciado no HC n. 143.641/SP), há precedentes desta Corte que têm orientado no sentido de que é possível ao Magistrado, ainda que preenchidos os requisitos do art. 318-A do Código de Processo Penal, negar o benefício, desde que mediante fundamentação concreta apta a demonstrar situação excepcional, na linha do que ficou decidido no âmbito do Supremo Tribunal Federal (HC 06, 2021, p. 6).

No caso do HC 06, o Tribunal considerou que não se tratava de situação excepcional: “*no caso, contudo, as circunstâncias referenciadas na decisão atacada não firmam a existência de uma situação excepcional apta a justificar o indeferimento do benefício pretendido*” (2021, p. 6) concedendo assim, a medida. No entanto, a “*situação excepcional*”, além de ter sido utilizada no HC 05 e HC 07 pelo tribunal para negarem a conversão, é constantemente utilizada pelos juízes e desembargadores das instâncias originárias como hipótese de não concessão. Isso se demonstra no fato de que, mesmo o quantitativo de 71% que conseguiram a domiciliar no Superior Tribunal de Justiça, via Habeas Corpus, tinha tido o benefício negado pelas outras instâncias com base nessa situação excepcional.

Nos acórdãos, a defesa defende que a prisão preventiva é ilegal, seja pela falta de demonstração concreta do perigo que a liberdade da acusada representa, seja porque entende ser desnecessária uma medida cautelar tão gravosa no curso do processo. Portanto, os pedidos se concentram na revogação da prisão preventiva e de forma alternativa e subsidiária - caso o tribunal não entenda pela completa revogação da prisão - na conversão da mesma em prisão domiciliar, por se tratar de medida menos gravosa e que possibilitaria que a acusada respondesse ao processo em casa.

O Habeas Corpus é impetrado perante o Tribunal Superior como forma de recurso de decisão anterior que negou o benefício; sendo a última esperança da defesa em ver seu pedido atendido. Nesse sentido, apesar dos percalços e dificuldades que a medida ainda encontra para ser impetrada, a pesquisa demonstrou a importância e protagonismo que o Habeas Corpus assume no processo penal, como instrumento para proteção de direitos fundamentais como liberdade de locomoção ferida por ilegalidade ou abuso de poder, visto que é através dele que

as mulheres conseguem denunciar perante o próprio judiciário a ilegalidade de suas prisões (VALENÇA, 2012).

5.3 ARGUMENTOS UTILIZADOS NA CRIMINALIZAÇÃO DE MULHERES

Nesse tópico, abordaremos os argumentos criminalizantes do judiciário a respeito das mulheres acusadas por Tráfico de Drogas. A análise é feita a partir das justificativas que o judiciário utilizou para não concessão da prisão domiciliar, analisando quais aspectos subjetivos ou objetivos são apontados como justificadores para manutenção da prisão preventiva.

Foram analisados os argumentos do STJ quando concedem e quando negam os Habeas Corpus, bem como os argumentos proferidos por instâncias anteriores, presentes no tópico de “relatórios” dos acórdãos. Nesse sentido, é importante falarmos da estrutura dos acórdãos. Esses documentos são compostos da seguinte forma: ementa, acórdão, relatório e voto. A ementa é uma espécie de resumo, fala do documento através de tópicos, como se fossem palavras-chave (qual o tipo de prisão, qual o crime, qual o pedido da defesa, qual a decisão do tribunal, entre outros). Em seguida temos o acórdão propriamente dito, que profere a decisão do tribunal de forma resumida, sinalizando se o Habeas Corpus foi provido ou negado. Essas duas partes (ementa e acórdão) são de cunho mais objetivo, tendo informações curtas e resumidas, não contendo as fundamentações utilizadas pelo Tribunal, apenas o resultado.

Na seção de relatório e voto dos documentos analisados, comparecem mais informações, relatando os trâmites processuais e as fundamentações, que foram o foco dessa análise. O relatório é elaborado pelo relator através de um texto corrido que contém o trâmite processual, descrevendo as informações do caso, o que foi decidido pelas instâncias interiores, além de apresentar a controvérsia a ser debatida e os pedidos a serem analisados pelo Tribunal. Por fim, temos o voto, em que o relator profere sua decisão e suas fundamentações. Esses dois tópicos fornecem o conteúdo que focaremos nossa análise.

Apesar de estabelecidos critérios legais objetivos, os julgadores (juízes e magistrados) criam e atuam numa margem discricionária, se ancorando em conceitos abertos e vagos. O apelo à prisão é recorrente, indo no sentido contrário ao que a doutrina penalista define como medida última e excepcional do sistema penal, encontrando na prisão preventiva um terreno fértil para crescer como regra e ser uma medida usada de forma constante no judiciário. Esse cenário se intensificou no Sistema de Justiça Brasileiro, uma vez que segundo dados oficiais, cerca de 37,67% das mulheres presas, são provisórias (INFOPEN MULHERES, 2020).

Para analisar os argumentos utilizados para condenar as mulheres, foram abarcados todos os acórdãos (100%) e não apenas aqueles em que o Tribunal negou a concessão do benefício (29%); isso porque os acórdãos proferem decisões em fase recursal, ou seja, o processo foi iniciado em outras instâncias e já foram negados anteriormente. Desse modo, mesmo quando concedido o benefício pelo Tribunal (71%), o trâmite processual comparece no relatório do acórdão, sendo possível acessar os motivos pelos quais os outros magistrados em outras instâncias haviam negado o benefício, possibilitando acessar suas justificativas.

As negativas para decretação da prisão domiciliar se dividem em cinco eixos principais: garantia da ordem pública (86%), periculosidade da agente (43%), ausência de imprescindibilidade da mãe (43%), gravidade da conduta (29%) e o risco que a mãe representa para os filhos (71%). Como vimos extensivamente no tópico anterior, a concessão da domiciliar é imperiosa para gestantes e mães de crianças com até 12 anos; podendo ser negada apenas em situações que o crime tenha sido cometido com ameaça ou grave violência à pessoa; ou em hipótese de crime cometido contra o filho ou dependente. As porcentagens foram calculadas tendo como referência o número de acórdãos em que os eixos foram utilizados como justificativa.

Tabela 5

Relação dos argumentos criminalizantes e categorias

JUSTIFICATIVA	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
Garantia da Ordem Pública	6	86%
Periculosidade da Agente	3	43%
Imprescindibilidade da Mãe	4	57%
Gravidade da Conduta	4	57%
Risco aos filhos	6	86%

Fonte: Autoral, 2023.

Considerando que os casos analisados envolvem mulheres acusadas pelo crime de tráfico de drogas, é importante compreender os aspectos específicos que envolvem a classificação do crime. O Tráfico de Drogas é classificado como crime contra a saúde pública, sendo distinto dos crimes que envolvem ameaça ou grave violência à pessoa (NUCCI, 2018). Nesse mesmo sentido, sendo crime classificado como contra a saúde pública, o sujeito passivo¹² de crime de

¹² Segundo o jurista penal brasileiro Guilherme de Souza Nucci (2020), o sujeito passivo no Direito Penal é aquele que sofre a lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico protegido pela norma penal. O sujeito passivo pode ser uma pessoa física, como a vítima de um homicídio, por exemplo, ou uma pessoa jurídica, como uma empresa que

tal natureza é a sociedade como um todo, de maneira abstrata, não podendo ser apontado pelo judiciário que foi contra filho ou dependente (BRASIL, 2006). Portanto, não correspondem às hipóteses que excetua a aplicação do benefício.

Observa-se que há uma preponderância de decisões denegatórias advinda, principalmente, dos juízes de 1º grau, em que têm se mostrado mais resistentes à aplicação do benefício. Esse dado encontra ressonância nos acórdãos analisados, mas também nas pesquisas feitas por outros pesquisadores acerca da conversão da prisão domiciliar frente ao Habeas Corpus Coletivo e ao Código de Processo Penal. Nesse sentido, em São Paulo, somente 42,21% dos casos julgados tiveram a preventiva convertida em domiciliar (EMERICK, 2019); já no estado do Mato Grosso do Sul esse número cai para 15% das mães presas com filhos de até 12 anos (TORRES; ALMEIDA, 2019); observando esse ritmo, em Minas Gerais apenas 11% e no Acre apenas 2% (EMERICK, 2019).

No entanto, dentre os acórdãos analisados, no HC 04 a lógica se inverteu, o juiz de primeiro grau na verdade concedeu o benefício da domiciliar, alinhando a decisão com o entendimento do Código de Processo Penal e do Habeas Corpus Coletivo. No entanto, o Ministério Público recorreu para Corte Estadual pedindo que fosse reestabelecida a prisão preventiva, e esta por sua vez, alterou a decisão proferida pelo juízo de 1º grau e revogou a domiciliar, dando provimento ao recurso e decretando a prisão preventiva da acusada para garantia da ordem pública. Para melhor analisarmos os eixos argumentativos, os transformamos em categorias e organizamos como subtópicos, nos quais trabalharemos a seguir.

5.3.1 Garantia da Ordem Pública

Nos acórdãos analisados, verificou-se que, dentre as justificativas para manutenção da prisão preventiva, a mais utilizada pelo judiciário brasileiro tem sido a *garantia da ordem pública*, comparecendo em seis dos sete casos analisados (86%). A utilização de tal argumento encontra ressonância em diferentes pesquisas que analisam a aplicação da prisão preventiva no Brasil, como Leonardi (2019), Gomes (2013) e Ryu (2022). A garantia da ordem pública é um termo extremamente amplo, que não encontra sua definição na lei, uma vez que a legislação apenas a cita como hipótese autorizadora da preventiva, sem utilizar exemplos ou outras formas

sofre prejuízos em decorrência de um crime de estelionato. Nucci destaca ainda que, em alguns casos, a própria coletividade pode ser considerada sujeito passivo do crime, quando há violação de bens jurídicos coletivos, como a ordem pública, a segurança nacional, a paz e a tranquilidade social, entre outros.

de elucidação ou conceituação. Portanto, esse cenário é o que permite uma maior atividade hermenêutica da jurisprudência, ampliando o espaço da atuação discricionária.

A partir do momento que não se define legalmente o termo, a lacuna é preenchida pela jurisprudência e pela doutrina, demandando uma utilização maior da hermenêutica jurisdicional. É, portanto, um termo plurívoco, isto é, abarca diferentes conceituações, como também multifacetado, assumindo aplicações nos mais variados contextos, a depender de quem e em qual caso se utiliza. Nesse movimento de significação e utilização livre do termo pelo judiciário, a insegurança jurídica é intensamente aumentada, uma vez que sua aplicação não obedece a um parâmetro legal mínimo, fazendo com que o termo assuma diferentes nuances e significados. A utilização de um termo vago em um caso concreto gera uma grande liberdade interpretativa, aparecendo em situações que não são similares e em hipóteses que são dificilmente conciliáveis (LEONARDI, 2019).

Nesse sentido, os juízes precisariam analisar caso a caso e complementar a hipótese geral da garantia da ordem pública com fundamentação robusta, analisando com juízo de proporcionalidade, necessidade e razoabilidade para aplicação de uma medida excepcional, demonstrando o motivo pelo qual é essencial utilizar a garantia da ordem pública para legitimar uma prisão, demonstrando concretamente como a liberdade da acusada em questão ameaça tal ordem. No entanto, o que se percebe é que sua utilização elastecida acaba por qualificar o termo como uma espécie de elemento coringa no Processo Penal, representando grave violação de direitos humanos e de princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Como dito anteriormente, a *garantia da ordem pública* foi utilizada como justificadora da aplicação de prisão preventiva em 86% dos acórdãos analisados. Sua utilização às vezes comparece de forma isolada e autônoma, e em outras vezes combinada com as outras categorias como forma de demonstrá-la. Nesse sentido, precisamos pontuar que a garantia da ordem pública aparece como categoria, porque é utilizada frequentemente como fundamentação para negar a liberdade às mulheres acusadas por Tráfico, isso porque trata-se da hipótese definida em lei para aplicação da prisão preventiva. As outras categorias geralmente comparecem conjuntamente com a garantia da ordem pública, como forma de reforçar o perigo/ameaça que essas mulheres representam ao processo. Vejamos:

Tabela 6

Garantia da ordem pública – argumentos proferidos pelo judiciário para fundamentar o risco a ordem pública

CÓDIGO	TRECHO FUNDAMENTADOR
HC 02	“seja em razão da natureza delitiva , seja em razão das circunstâncias até o momento apuradas, seja porque a apreciação se opera em regime de plantão , a prisão provisória se mostra necessária para garantia da ordem pública ” (p.07)
HC 03	“prisão preventiva foi decretada para o acautelamento da ordem pública , em virtude da gravidade concreta do delito , que se denota pela enorme quantidade de entorpecente apreendida e pelas circunstâncias da apreensão”
HC 04	“a periculosidade do agente demonstrada pela gravidade em concreto da infração justifica o decreto preventivo para garantia da ordem pública ”
HC 05	“há periculosidade concreta da acusada , sendo imprescindível sua custódia cautelar para a garantia da ordem pública ” (p. 09)
HC 05	a custódia foi justificada com base em elementos concretos dos autos, indicativos de dedicação à traficância e de que a prisão é necessária para obstar novas práticas, assegurando assim, a ordem pública” (p. 10)
HC 05	“as circunstâncias fáticas do crime , como a grande quantidade apreendida, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento, entre outros aspectos podem servir de fundamentos para o decreto prisional quando evidenciarem a periculosidade do agente e o efetivo risco à ordem pública caso permaneça em liberdade ”
HC 07	“a necessidade de garantir a ordem pública encontra amparo na gravidade dos delitos ”

Fonte: Autoral, 2023.

Como vimos na tabela acima, outros termos são utilizados para fundamentar a garantia da ordem pública para aplicar a prisão preventiva. No entanto, a mera menção desses outros termos por si só, não são capazes para demonstrar a necessidade da garantia da ordem pública, visto que a utilização de outros termos de forma vaga não supre o vazio argumentativo. Esses outros termos como “gravidade da conduta”, “periculosidade da agente”, entre outros, são apenas citados de maneira igualmente genérica, apoiados em outros termos igualmente genéricos. A atividade argumentativa acaba girando em círculos de generalidades, vazios e arbitrariedades. Assim, para fundamentar a utilização da garantia da ordem pública e suprir a vagueza do conceito, percebeu-se que os julgadores se valem de outros termos e conceitos igualmente amplos e genéricos. Isso porque indicar que “a agente é perigosa” ou que a conduta pelo qual está sendo acusada é “grave” não demonstra por si só o risco que a acusada ofereceria ao andamento do processo.

Tendo em vista que geralmente, a atuação dessas mulheres representa uma pequena relevância dentro da estrutura do tráfico, sua prisão não representa o desmonte da estrutura e

rede de drogas ilícitas, sendo posições de fácil e rápida substituição (BARCINSKI, 2012). Portanto, prendê-las representa muito mais um compromisso com o controle e criminalização da população pobre do que de fato, um combate à circulação e comercialização de drogas. Como abordado nos capítulos teóricos, a política criminal de “guerra às drogas” não objetiva acabar com a rede do tráfico, mas sim utilizá-la de discurso legitimador para criminalização da pobreza e seletividade penal (SILVA JUNIOR, 2017; TANNUSS, 2022).

Dentro de uma visão mais legalista, isto é, de como a lei autoriza a aplicação da prisão preventiva, essa só se justificaria para proteger o andamento do processo ou da investigação criminal, sendo assim, a hipótese por excelência que legitimaria uma medida tão grave e extrema. Em um dos acórdãos analisados, o próprio tribunal reconhece a inaceitabilidade de argumentações genéricas, afirmando que a decisão dos magistrados precisa estar respaldada em motivação concreta, pois precisam demonstrar a *“imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime”* (HC05, p.07). Portanto, caso a liberdade da acusada não represente perigo à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não se justifica a prisão, em sentido contrário, precisaria provar que por exemplo, a acusada ocultaria outras provas que a polícia já saiba da existência ou que a mesma pretende deixar o país como fuga (o que se resolveria com uma medida cautelar de monitoramento eletrônico e recolhimento de passaporte, se fosse o caso).

No entanto, no mesmo Habeas Corpus (HC05) em que afirmam a necessidade de uma motivação concreta, o Tribunal cita a jurisprudência do STF, para dizer que a grande quantidade de drogas, ou quando há vários tipos de drogas envolvidas, é suficiente para fundamentar a garantia da ordem pública. Vejamos: “a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos respaldam a prisão preventiva para garantia da ordem pública (HC05, p. 11).

A “quantidade de drogas” ser utilizada como elemento concreto para demonstração do perigo, é bastante controversa, visto que não está estabelecido em lei ou jurisprudência um parâmetro sobre o quanto seria considerada grande quantidade. A Lei de Drogas vigente (11.343/2006) não estabelece parâmetros sobre quantidade de drogas, nem mínimo nem máximo, não havendo um critério legal definindo qual quantidade é considerada para uso próprio e qual quantidade é considerada tráfico. Também não há diferenciação do nível de traficância, tendo em vista que a quantidade de funções no tráfico varia bastante.

Assim, é mais um elemento utilizado a critério do juiz definir de forma discricionariamente e por vezes arbitrária, gerando decisões desarmônicas e punições desproporcionais entre si, em que por vezes vai se aplicar uma pena dura para uma quantidade de droga que em outro processo não recebeu valoração tão negativa pelo magistrado que julgou. Gera-se assim, uma insegurança jurídica ao abrir caminhos para que os parâmetros sejam muito mais morais e pessoais do julgador na hora de analisar o caso, do que de fato vinculado a um perigo real e concreto da conduta.

No HC02, como demonstrado na tabela, o juiz utilizou como um dos argumentos para prisão preventiva para garantia da ordem pública o fato de que a apreciação do caso se operava em regime de plantão (p. 07), como se a mera citação do plantão justificasse uma medida extrema. Considerando os princípios democráticos e de proteção dos direitos fundamentais, a lógica deveria ser exatamente a inversa, na impossibilidade de se apreciar o caso de modo satisfativo para condenar uma prisão, a liberdade é a única opção, conforme o princípio do *in dubio pro reo*, que significa que na dúvida, a liberdade é imperiosa.

O julgador (juiz/magistrado/ministro) atua como agente criminalizador no processo de criminalização secundária, sendo conhecido como aquele processo que ocorre posteriormente à definição de uma conduta como crime, no momento em que as agências investigam, detectam, selecionam, submetem e acusam pessoas por determinado crime (ZACCONE, 2006; BATISTA, 2012). Operando, portanto, de forma direta como um dos protagonistas no encarceramento em massa do sistema prisional brasileiro.

Valença (2012) aponta como os membros do judiciário chamam pra si outras missões além da aplicação da legislação para a solução de casos concretos. Uma dessas missões é a de participar, diretamente do “combate à violência”, como verdadeiros agentes de segurança pública. Nesse sentido, Tannuss (2022) ao analisar o uso da garantia da ordem pública nas decisões dos tribunais superiores sobre mulheres presas por transportar drogas para presídios, conclui que mesmo com elementos concretos que acenavam para uma conduta mais branda, como primariedade da acusada e baixa quantidade de drogas, “os anseios punitivistas podem ser visualizados nas justificativas que perpassam a decisão dos magistrados pela prisão preventiva das mulheres” (p. 143), demonstrando um papel mais ativo do judiciário no “combate ao crime”, fugindo das suas atribuições funcionais legais de resolução de conflitos (VALENÇA, 2012).

Assim, “garantia da ordem pública”, no ordenamento jurídico brasileiro, irradia para diferentes eixos, em que se pode identificar como ponto comum o entendimento de que o

judiciário interpretou como representante de algum risco ao convívio social, visto que não se tem um parâmetro legal de conceituação do termo. Essa irradiação para diferentes eixos vem justamente da vagueza do termo na lei, que acaba demandando que os magistrados agreguem outros termos/conceitos, que são extralegais e vagos, como se estivesse sendo construído uma racionalidade da decisão, “*as justificativas quanto ao modus operandi com que foi praticado o crime, drogas, credibilidade das instituições ou possibilidade de fuga nada trazem de concreto para justificar a ação de custódia cautelar*” (GOMES, 2013, p. 126).

Nesse sentido, esses eixos argumentativos são chamados de códigos sociais latentes, termos pivôs ou ainda, second codes – que é a repetição de termos nos julgados como forma de justificar a decisão, geralmente relacionados aos estereótipos de autores, que são facilmente compreendidos no senso comum sobre a criminalidade pela sociedade, de forma que a legitima (GOMES, 2013). Segundo Lages e Ribeiro (2019), que pesquisaram sobre fatores determinantes das decisões proferidas no âmbito das Audiências de Custódia, a garantia da ordem pública está relacionada com a intenção de impedir que o preso em flagrante cometa novos crimes e gere desordem, numa forma de ação preventiva e antecipação punitiva. Geralmente os magistrados identificam essa característica de potencialidade criminoso a partir dos seguintes critérios: ter antecedentes criminais, porque significaria que cometeriam crimes novamente; usar arma de fogo (pela gravidade do delito, predisposição para a prática de delitos) e ter praticado tráfico de drogas (por ser crime classificado como hediondo).

No presente trabalho, a partir dos acórdãos analisados, dividiram-se nos eixos de periculosidade da agente, gravidade da conduta, imprescindibilidade da mãe e risco aos filhos; como veremos no tópico seguinte. Segundo Leonardi (2019), “*esses critérios e padrões estabelecidos pelos Tribunais Superiores, (...) se mostram tênues e inconvincentes, não procedendo a um fechamento satisfatório da expressão garantia da ordem pública*” (p. 147). A constitucionalidade da medida fica comprometida ao passo que a prisão preventiva acaba perdendo sua natureza conservativa, embora encontre fundamento constitucional, a aplicação na prática desconfigura sua função cautelar e sua natureza materialmente constitucional (RYU, 2022).

5.3.2 Gravidade da Conduta

A gravidade da conduta comparece como hipótese fundamentadora da prisão preventiva em 4 dos 7 acórdãos analisados, representando cerca de 57%. Percebeu-se que a

gravidade da conduta geralmente é utilizada nos seguintes cenários: quando o crime se classifica como hediondo ou quando a agente é acusada de portar arma de fogo. No entanto, o cenário mais comum é o apontamento da quantidade de droga encontrada como indicativo da gravidade da conduta, visto que o tráfico se classifica como crime hediondo.

Portanto, não basta que se aponte que o crime é grave de forma abstrata, isso porque há a necessidade de ser comprovada a concretude da gravidade, isto é, apontá-la de forma específica, não podendo ser utilizado o tipo penal ou qualquer outro elemento em abstrato para justificá-la (LEONARDI, 2019). Nesse sentido, Lopes Junior (2021) aponta que é importante que o julgador evite decisões descoladas da realidade fática e atente para o que realmente está demonstrado nos autos. Vejamos na tabela abaixo, os trechos em que a quantidade de entorpecentes ou outros aspectos genéricos comparecem como justificadores da gravidade da conduta:

Tabela 7

Gravidade da Conduta – argumentos criminalizantes do judiciário

CÓDIGO	TRECHO
HC 03	“a gravidade concreta do delito que se denota pela enorme quantidade de entorpecente apreendida ”
HC 04	“a prisão preventiva também se faz necessária haja vista a gravidade concreta da conduta evidenciada pela natureza altamente deletéria de uma das substâncias entorpecentes apreendidas (cocaína), variedade de drogas apreendidas (cocaína e maconha); e também pela quantidade de substância ilícita localizada (520g de maconha), como elemento apto a atingir um número maior de pessoas”
HC 05	“ apreensão de vultosa quantidade de entorpecentes detentores de efeitos altamente deletérios , juntamente com ferramentas e equipamentos usualmente empregados na prática de comércio vil de maneira profissional e organizada”
HC 05	“foram localizados com os acusados entorpecentes, dinheiro, aparelhos de telefone celular, máquina de cartão bancário, rádios transmissores, cadernos com anotações referentes ao tráfico de drogas, pistola air soft (...). As circunstâncias do fato, dão conta de que não se trata de atividade isolada , indicando a comercialização intensa de entorpecente, ressaltando que os acusados montaram um verdadeiro laboratório para preparação de entorpecentes”
HC 05	“a vultosa quantidade de entorpecentes diversos apreendida , (...) apontam em princípio para a conclusão de que a paciente fazia do nefasto comércio seu meio de vida”
HC 07	“existem fortes evidências de que os representados estejam envolvidos em um grupo organizado , que faz do tráfico de drogas em larga escala o seu meio de sobrevivência (a par de outros crimes), o que revela a gravidade concreta das condutas apuradas ”

Fonte: Autoral, 2023.

Percebe-se então que a quantidade de entorpecentes é a mais frequente justificadora da gravidade da conduta. Nesse sentido, o STF já se posicionou a respeito ao legitimar o uso dessa justificativa, proferindo que a concretude da gravidade do crime é evidenciada pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos, ou seja, reafirmou que a quantidade de droga pode ser utilizada para demonstrar a gravidade concreta. A partir desse posicionamento, fica a pergunta: qual quantidade é considerada vultosa o suficiente para classificar uma conduta como grave? Porém essa pergunta ecoa no universo jurídico e encontra não apenas uma resposta, mas várias e esse é o problema. O cenário acaba se definindo como um emaranhado de inconsistências e inseguranças jurídicas, visto que, não há um parâmetro na lei que defina as quantidades consideradas graves e muito menos, para diferenciar a conduta de quem comercializa (tráfico) da conduta de quem faz uso/consumo.

Portanto, toda e qualquer quantidade, dependendo de quem julga, pode ser considerada vultosa o suficiente para justificar a gravidade da conduta. Associando-se isso ao processo histórico de demonização das substâncias ilícitas e da sua vinculação com políticas higienistas, percebe-se que opera uma determinante na rotina de criminalização: quando uma mulher negra e pobre é apreendida com droga, sua conduta sempre será vista como grave, a quantidade de droga sempre será vista como vultosa e sua ação sempre será classificada como a mais grave possível (tráfico). Desse modo, fortalecem *“os estereótipos de “traficante” e “perigosa” para aquelas que representam a ponta do comércio varejista de drogas, as que representam o grupo mais vulnerabilizado nessas relações e a quem não é destinado qualquer lucro”* (TANNUSS, 2022, p. 54).

Isso ocorre porque apesar do fato e/ou elementos deste serem apontados como determinantes das decisões punitivas, o julgamento perpassa mais o âmbito subjetivo, moral e socioeconômico do que fático. Não à toa, ainda que apreendidas com quantidades de drogas menores ou equivalentes aos homens, as mulheres recebem penas mais duras, pois ao punir uma mulher, é imputada punições muito mais relacionadas ao rompimento com a lógica capitalista e patriarcal do que a conduta em si (BARCINSKI, 2012; PANCIERI, 2014). Não são raras as decisões que fixam penas altas para apreensão de quantidades de droga que podem ser consideradas pequenas. Essa definição da conduta como grave, ainda que abstrata, acaba por influir diretamente em todo o julgamento, bem como na fixação da pena na hora da sentença.

No entanto, apesar dessa sinalização de que a gravidade genérica não pode levar por si só à determinação de uma medida tão extrema como a prisão, o judiciário ainda legitima referências diretas ao tipo penal como forma

fundamento. De qualquer modo, pode-se dizer que a gravidade concreta do crime está ligada ao modo da prática do delito, ou seja, ao *modus operandi* empregado pelo inculpado quando do cometimento da infração penal. Diferencia-se da gravidade em abstrato na medida em que esta decorre diretamente da denúncia, isto é, do que o órgão acusador efetivamente imputou ao agente supostamente criminoso, enquanto aquela é alcançada pela análise dos diversos dados e informações que foram colhidos em relação àquele caso concreto e àquele agente criminoso (LEONARDI, 2019, p. 138).

A utilização da gravidade da conduta como fundamentadora da prisão preventiva é apontada por Lages e Ribeiro (2019) como um critério vinculado ao crime de Tráfico de Drogas. Nesse sentido, é como dizer que se a acusação é por Tráfico de Drogas há uma grande probabilidade de ser decretado uma preventiva. Isso vem de um olhar mais severo do magistrado para tipos penais vinculados ao Tráfico de Drogas, percebido na utilização de adjetivos como “nefasto” e “deletério” vinculado às substâncias ilícitas para fundamentar a necessidade de uma prisão preventiva. Assim sendo, percebe-se que a prisão preventiva nesse caso, deixa de ser uma medida cautelar do processo e passa a configurar-se como espécie de condenação precoce e antecipação da pena, visto que a gravidade da conduta não é associada a nenhum risco concreto ao processo, sendo apresentada como um risco à sociedade, geralmente vinculada a uma possibilidade de reiteração delitiva, caso responda em liberdade.

A utilização da prisão preventiva como forma de adiantamento de pena, é percebida principalmente no apontamento de que as acusadas supostamente integram organização criminosa, e que possivelmente continuariam comercializando drogas. A partir do momento que utilizam desses argumentos para determinar a prisão preventiva, adianta-se a pena sob o risco de uma “impunidade”. Assim, se comprovando, portanto, que o uso da prisão preventiva não é para resguardar o processo – hipótese que justificaria legalmente o uso da medida. Tendo em vista a repercussão social que o crime de Tráfico de Drogas tem, sobretudo nos campos mais conservadores, acaba sendo automaticamente apontado como conduta grave. A utilização do tipo penal para demonstração dessa gravidade, é aceita no âmbito jurídico e social por ter elevada relevância na política criminal adotada pelo ordenamento, a “guerra às drogas”.

Ao se admitir que se proceda dessa forma, seria automática e obrigatória a prisão preventiva para inúmeras infrações graves, como, por exemplo um latrocínio, um homicídio, um estupro ou outros de elevada reprovação jurídica. Em tais casos, na prática, o juiz somente estaria a formalizar a decisão já tomada pela autoridade policial que procedeu ao indiciamento ou pelo agente do Ministério Público que determinou a capitulação da peça exordial. A leitura da situação feita pelo inquérito e, principalmente, pela denúncia de

que é determinado crime aquele em princípio praticado teria o condão de selar a situação prisional da pessoa (LEONARDI, 2019, p. 137).

Outro fator que coopera para uma vinculação automática do Tráfico como crime grave é a classificação que a lei atribuiu de crime hediondo. Essa classificação, segundo Gomes (2013), ocorreu com a sanção de uma lei que consagrou determinados tipos penais com a qualidade de “hediondos”. Analisando o contexto de aplicação, o conceito de hediondez é verificado a partir de práticas que são consideradas violentas, pela forma de execução e/ou pela repulsa social. A classificação como hediondo funciona como uma roupa que se veste no tipo penal que influi tanto no julgamento do judiciário como na valoração da sociedade a respeito de um fato que é classificado como hediondo. Exemplo disso é o tráfico de drogas, que recebeu essa classificação de hediondo e acaba alimentando uma gravidade abstrata no imaginário jurídico e social, sem necessariamente se ater ao caso concreto. A Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) representa um endurecimento da legislação penal, que reflete na valoração dos juízes e da própria sociedade sobre uma acusação que paira sobre alguém.

A solução não seria a atribuição de um parâmetro legal para o problema da conduta grave, mas levando em conta que estamos em um Estado Democrático de Direito, sem esse parâmetro legal da quantidade considerada grave, ou pelo menos de uma diferenciação da quantidade que configuraria uso da que configuraria comercialização, há um agravamento das violações de direitos humanos e uma arbitrariedade ampla que abre espaço para maior criminalização de grupos sociais que são marcados pela punição, como as mulheres negras.

Portanto, acabam ocorrendo disparidades e desproporcionalidades, a exemplo disso, no HC03 foi considerado 33,55 kgs de maconha como “*enorme quantidade de entorpecente apreendida*” para justificar a gravidade da conduta, ao mesmo tempo em que no HC04; 0,52 kgs também foi considerada “vultosa” para evidenciar a gravidade concreta, pois estaria “*apta a atingir um número maior de pessoas*”. Ou seja, comparando os dois casos, que foram de apreensão da mesma substância e em ambos foram considerados grandes quantidades para classificar a conduta como grave, a quantidade apreendida no HC04 representa 1,55% da quantidade apreendida no HC03, demonstrando que a discricionariedade dada pela lei ao juiz é ampla, causando insegurança jurídica em um tema tão caro aos direitos humanos, podendo o magistrado considerar qualquer quantidade como suficiente para determinar a gravidade.

5.3.3 Periculosidade da Agente

A periculosidade da agente é utilizada para apontar que a acusada é perigosa, comparecendo como instrumento argumentativo em três dos sete acórdãos analisados para fundamentar a prisão preventiva, representando cerca de 43%. A periculosidade se encontra relacionada à subjetividade da agente, tendo aspectos de rotulação da personalidade das mulheres acusadas. No entanto, não se encontram desvinculados dos elementos da conduta, tendo em vista que estão numa relação de círculos discursivos, em que um é utilizado para evidenciar o outro, de modo que aqui também comparece o problema do generalismo e vagueza. A atribuição da característica de perigosa está estritamente vinculada à ideia de criminosa, o que é fundamental para legitimar o discurso e as ações voltadas para o combate e punição dessas mulheres.

A periculosidade por vezes se ampara em outros aspectos como anotações criminais anteriores/reincidência; contexto de tráfico de drogas e a integração em organização criminosa. Vejamos como comparece nos acórdãos pesquisados:

Tabela 8

Argumentos criminalizantes sobre a periculosidade da ré

CÓDIGO	TRECHO
HC01	“a paciente ostenta anotações criminais anteriores e já estava em cumprimento de prisão domiciliar pela prática de tráfico”
HC04	“tal contexto fático revela de fato, periculosidade social fundada em elementos concretos, sobretudo considerando-se a quantidade e variedade de drogas apreendidas , bem como a quantia de dinheiro localizada, o que autoriza a prisão preventiva”
HC04	“a periculosidade da agente demonstrada pela gravidade em concreto da infração , justifica o decreto preventivo para garantia da ordem pública”
HC05	“a acusada representa risco à sociedade. Logo, como já ressaltado na decisão anterior, há periculosidade concreta da acusada, sendo imprescindível sua custódia cautelar para garantia da ordem pública, de outro lado, nada interessa sua primariedade, que não constitui razão suficiente para a concessão da liberdade provisória ”
HC 05	“as circunstâncias fáticas do crime, como a grande quantidade apreendida, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento , entre outros aspectos podem servir de fundamentos para o decreto prisional quando evidenciarem a periculosidade da agente e o efetivo risco à ordem pública, caso permaneça em liberdade”
HC07	“e quanto ao risco de reiteração delitiva como justificativa para a custódia cautelar, tem-se que, conforme pacífica jurisprudência desta corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar

maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e por via de consequência, sua periculosidade”

Fonte: Autoral, 2023.

Analisando os trechos destacados na tabela, é possível perceber como opera uma lógica inclinada a constante criminalização e punição, de forma automática, quando presentes alguns aspectos no contexto fático. Exemplo disso é o tráfico de drogas, sendo um indicativo de que a acusada receberá um tratamento penal mais severo (RIBEIRO, 2022), no entanto, somado aos aspectos subjetivos e socioeconômicos da mulher (bairro em que reside, cor da pele e classe social) vão contribuir para que haja um julgamento definitivo dos magistrados antes mesmo de analisarem os fatos e elementos probatórios.

Nesse sentido, Leonardi (2019) aponta como há uma forte tendência de subjetivismo entre os julgadores, em que aproveitam a abrangência do texto legal para *“primeiro decidir e, depois, socorrerem-se da ordem pública, que praticamente tudo aceita, para confirmar aquele seu entendimento prévio já firmado”* (p. 161). Os julgadores operam na lógica inversa, os fatos e as provas não são utilizados muitas vezes para decisão, mas sim são elementos que serão discursivamente encaixados ou rebatidos a depender do que o juiz quer decidir.

Portanto, buscam os elementos fáticos que confirmem seu julgamento, ou constroem narrativas que costurem os fatos para fundamentar seu veredito. Isso se demonstra, por exemplo no HC 01 e HC 07, em que as anotações criminais anteriores foram apontadas como forma de demonstrarem a periculosidade da mulher acusada, e assim, a necessidade de mantê-la presa durante o julgamento. Nesse sentido, poderíamos pensar que se não fossem essas anotações criminais anteriores, os magistrados teriam decidido em favor da acusada, no entanto, no HC 05, fora apontado que a acusada tinha bons antecedentes e não registrava anotações criminais anteriores, mas recebeu da mesma forma a decretação de uma prisão preventiva, alegando o magistrado que *“nada interessa sua primariedade, que não constitui razão suficiente para a concessão da liberdade provisória”*.

Assim, não tem sido relevante se os elementos fáticos são frágeis ou insuficientes, muito menos se eles apontariam para um tratamento mais benéfico para com a acusada, os julgadores sempre iram atrás de teses que confirmem seu posicionamento criminalizante. Cortina (2015) aponta que o sistema penal não reserva nem mesmo a máxima *“aos amigos tudo, aos inimigos a lei!”* para as mulheres condenadas por tráfico de drogas, que são tratadas como as inimigas da sociedade.

A partir de toda a discussão traçada até aqui, vemos através de dados que há um perfil das mulheres encarceradas de forma bem definida, demarcando as prisões como espaços majoritariamente compostos por mulheres negras pobres, apontando que há um grupo não só predominante, mas alvo da política criminal. A atribuição de criminosa é fundamental para o escamoteamento de um preconceito que é primordialmente racial. A noção de periculosidade remonta a criminologia positivista, em que “*o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos*” (FOUCAULT, 1973, p.85), ou seja, a mulher sendo definida como perigosa, não é julgada apenas pelo nível das infrações que possivelmente tenha cometido, mas sim pelo potencial perigo que representa.

A criminalização de mulheres pobres tem o objetivo de controle social, para que estejam de acordo com a produtividade do sistema capitalista. Não é interessante para o capitalismo, que essas mulheres, representantes da base de exploração, esteja numa lógica de não adequação ao modelo que as exploram, exercendo papéis que não são exatamente os relegados a elas – subempregos, rotinas exaustivas, triplas jornadas, entre outras.

Com uma política proibicionista totalmente voltada ao combate repressivo e bélico ao Tráfico de Drogas, a figura da mulher como traficante e perigosa, é interpretada como uma ameaça à ordem pública. Qualquer possibilidade ou indicativo de relação com o crime, como por exemplo, uma relação afetiva com alguém do Tráfico já é o suficiente para aplicar uma medida punitiva, visto que se pretende punir a potencialidade de perigo que sua subjetividade propensa ao crime representa (FOUCAULT, 1973).

Nesse sentido, o contexto de tráfico de drogas é comumente tido como suficiente, independente de verificação da real atuação dessa mulher na rede de tráfico, bem como de ouvir o próprio relato da acusada acerca de seu contexto. Ludmila Ribeiro (2022) ainda aponta que há, por exemplo, uma presunção de envolvimento de mulheres no crime cujos parceiros estão privados de liberdade, apontando que elas são criminalizadas e rotuladas como perigosas a partir de atuações de terceiros, por manterem um vínculo afetivo com estes.

Assim, apontam o possível contexto de tráfico como indicativo da periculosidade para decretação de prisão preventiva no contexto proibicionista:

A periculosidade que o sistema de justiça criminal quer “enfrentar” é a do traficante, pois ser flagrantado por tráfico de drogas (em detrimento de qualquer outro delito) é o fator que mais influencia a decisão do juiz, para além de outras dimensões legais e extralegis. Vislumbramos aqui o grande peso do discurso de guerra às drogas, em que o tráfico e o traficante – e não outros crimes com ou sem o uso da violência – representam o grande mal a ser evitado em nossa sociedade (LAGES; RIBEIRO, 2019, p. 25).

A partir do momento em que há uma preocupação em punir com base na periculosidade, isso é, na potencialidade de criminosa que aquela mulher representa, os argumentos judiciais se encontram fortemente vinculados ao modelo criminológico positivista. Recapitulando o que discutimos nos capítulos teóricos, a criminologia positivista busca construir através do determinismo biológico, o perfil de um criminoso nato com base em fenótipos biológicos relacionados aos grupos criminalizados, geralmente fenótipos presentes em pessoas negras, colocando esses aspectos como indicativos determinantes do comportamento criminoso e a população negra como naturalmente propensa à criminalidade (BARATTA, 2002; SILVA JUNIOR, 2017).

Os apontamentos de uma subjetividade potencialmente criminosa, e o constante controle e punição sobre essas subjetividades demonstram a punição de uma “criminosa nata”. A atribuição de perigosa é fundamental para que seja temida, porque apontaria uma essência perversa, sendo uma anormalidade que precisa ser corrigida/combatida/controlada (ANDRADE, 1995; GOMES, 2013). Nesse sentido, Lages e Ribeiro (2019), ao pesquisarem os estereótipos determinantes para decretação de prisão preventiva, apontaram que esse aspecto positivista na construção de sujeito perigoso, receberá a influência de outros elementos extrajurídicos, como gênero e cor da pele, interferindo nas chances de a acusada receber a prisão preventiva, de forma que características socioeconômicas sugerem maior ou menor periculosidade.

Percebe-se que por vezes a periculosidade é justificada na gravidade da conduta, no risco de reiteração delitiva, bem como na quantidade de droga apreendida. Nesse sentido, Lages e Ribeiro (2019) apontam na pesquisa que realizaram, que ter antecedente criminal aumenta em 7.922 vezes as chances de esperar presa o resultado do processo judicial. As autoras ainda apontaram que esse é o critério de maior interferência no desfecho das Audiências de Custódia¹³, seguido pela acusação de Tráfico de Drogas.

Segundo Ribeiro (2022), a reincidência das mulheres acusadas é cerca de 23%, desse contingente, cerca de 27% correspondem a reincidência específica em Tráfico de Drogas. Nesse

¹³ “Com o objetivo de reduzir o uso da prisão preventiva, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou, em fevereiro de 2015, o Projeto Audiência de Custódia, que instituiu nova audiência judicial com vistas a garantir que toda pessoa presa em flagrante seja rapidamente apresentada à autoridade judicial. Trata-se de um dispositivo cujo amparo legal se assenta no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), bem como no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ambos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Pela sistemática do CNJ, o preso em flagrante deve ser apresentado em até 24 horas para uma audiência, em que se fazem presentes o promotor e o defensor, além do próprio preso, cabendo ao juiz decidir sobre a legalidade da prisão e sobre a necessidade de imposição de alguma medida cautelar durante o processo penal” (LAGES; RIBEIRO, 2019, p. 2).

sentido, a autora utiliza o termo “porta giratória do sistema de justiça criminal” para nominar o ciclo que alguns indivíduos experimentam de reintrodução ao sistema prisional. Isso porque, como vimos em capítulos anteriores, a política criminal vai se guiar pela demanda do capital, então seu foco é sobre aqueles que são excedentes, criminalizando a pobreza e produzindo o criminoso (BATISTA, 2012).

Portanto, quando a mulher cumpre sua pena e sai do presídio, recebe a alcunha de ex-presidiária, que vai ser intensificador na sua vulnerabilidade socioeconômica, sendo fator importante na definição de subjetividade. Assim, essas mulheres não encontram possibilidades melhores e acabam retornando para a lógica do tráfico, conforme Ribeiro (2022, p. 456) “*a vigilância policial os flagra vendendo drogas, eles são processados, condenados e, quando saem do sistema prisional, voltam para o ponto em que estavam, são novamente identificados pela polícia e o ciclo recomeça*”.

Ao decretar-se uma prisão preventiva para garantia da ordem pública, justificando nos conceitos de periculosidade e suspeita de reiteração delitiva, há um apontamento doutrinário de sua incompatibilidade com a legalidade estrita, permitindo uma maior arbitrariedade por meio do juiz. Isso porque a partir do momento que não encontra respaldo conceitual na lei, permite que os critérios sejam subjetivos, produzindo uma presunção de que o crime pelo qual está sendo acusada realmente aconteceu e de que a mesma continuaria praticando crimes, assim justifica-se nas suas virtualidades, isso é, numa potencialidade do ser, que como vimos, está intimamente ligado ao modelo positivista (GOMES, 2013; LEONARDI, 2019).

Nesse sentido, no contexto das mulheres que são criminalizadas por tráfico de drogas, os processos criminalizadores combinarão forças, isto é, a classe operará conjuntamente com gênero e raça intensificando a punição que essas mulheres receberão. Assim, a lógica de funcionamento das instituições criminalizadoras opera na lógica racista, baseando as suspeitas e operações na cor da pele e nos locais onde se concentram a população negra (BORGES, 2018). Como não vivenciamos no Brasil uma transição racialmente democrática, isto é, uma implementação de políticas de democracia racial, a população negra continua sendo marcada pela punição, bem como pela negativa histórica aos direitos básicos como educação técnica ou superior, o que produz um aspecto de pobreza mais intenso no mercado de trabalho.

Desse modo, se a política criminal enxerga as mulheres negras como potencialmente criminosas, como pessoas que são naturalmente mais suscetíveis ao crime, fazem delas alvos do sistema punitivo. Ao prendê-las como suspeitas e ao classificá-las como perigosas nas condenações às prisões, uma vez que se encontram dentro das prisões, as agências

criminalizadoras cumpriram sua função e produziu aspectos mais concretos, visto que agora, existe no campo prático uma ficha de antecedentes criminais que será usada contra essas mulheres, inclusive em operações posteriores nos lugares em que elas vivem (periferias/favelas/comunidades). Assim, com uma ficha de antecedentes criminais acostada, sua reincidência configurada, o sistema de justiça criminaliza e penaliza com mais robustez e severidade.

Quando as mulheres são acusadas de romperem com o ordenamento legal, representa não apenas um rompimento com a legislação/ordenamento jurídico, mas com o papel social que se espera dela enquanto mulher, sendo multiplamente criminalizadas e punidas. A pesquisadora mexicana Corina Giacomello (2013) ao estudar mulheres criminalizadas por tráfico de drogas, utiliza o termo “tripla condenação” para marcar o campo de criminalização intensa que a mulher latino-americana vivencia no contexto da política de “*guerra às drogas*”. A tripla condenação se dividiria primeiramente, nos fatores estruturantes de gênero fora da prisão, vinculados às práticas discriminatórias e de relações de poder desiguais na sociedade; segundo, quando são julgadas no sistema de justiça por tráfico de drogas, recebendo penas desproporcionais; em terceiro, quando depois de receberem as penas, adentram no sistema prisional e sofrem punições e retaliações nesse espaço por terem rompido com seu papel de gênero na estrutura social.

Percebe-se, portanto, que os argumentos jurídicos que utilizam a periculosidade para criminalizarem as mulheres são eivados de concepções moralistas e estigmatizantes. Ademais, o judiciário utiliza em grande parte um julgamento prévio estabelecido e a palavra dos policiais como forma exclusiva de prova, desconsiderando a forma como as mulheres explicam sua relação com tráfico de drogas e sua realidade socioeconômica e familiar (RAMOS, 2012). Sendo criminalizada de forma múltipla, intensificando a violência estatal sob a subjetividade dessa mulher.

5.3.4 Não Imprescindibilidade da Mãe

A não imprescindibilidade da mãe foi apontada como hipótese fundamentadora pelo judiciário para manter a prisão preventiva das mulheres em quatro dos sete casos analisados, representando cerca de 57%. Esses apontamentos apesar de equivocados, ocorrem porque o Marco Legal da Primeira Infância e o Habeas Corpus Coletivo, ao buscarem a efetiva aplicação da domiciliar, se fundamentavam na preocupação com a relação mãe e filho, e, portanto, os julgadores tem se utilizado dos argumentos de que a presença da mãe não seria imprescindível para criança.

A partir disso, os julgadores por vezes utilizam como provas argumentos insuficientes para demonstrar tal imprescindibilidade, em outros momentos sequer fundamentam a não imprescindibilidade, apenas citando que as crianças não estão precisando dos cuidados da mãe, e dessa forma a presença dela seria irrelevante ou muitas vezes apontada como um risco para o mesmo (como veremos no tópico seguinte que trata da categoria “*risco aos filhos*”. Para demonstrar, vejamos a tabela a seguir com os trechos em que os julgadores apontaram para a desimportância da presença da mãe para o filho:

Tabela 9
Argumentos Criminalizantes sobre a imprescindibilidade da mãe

CÓDIGO	TRECHO
HC 03	“paciente que não integra grupo de risco e cuja presença não foi demonstrada imprescindível para os cuidados da prole”
HC 05	“ausentes elementos que indiquem que a infante se encontra em situação de risco ou mesmo de vulnerabilidade em razão da prisão preventiva da paciente, inaplicabilidade de medidas alternativas (CPP, art. 319)”
HC 05	“ressalto que a própria acusada informou que a criança fica com a sua genitora, não exercendo a efetiva guarda e cuidado do filho. (...) Assim, não há nos autos nenhum elemento que indique que a criança se encontra em situação de risco ou mesmo de vulnerabilidade em razão da prisão preventiva da paciente”
HC 06	“a paciente não logrou comprovar que sua presença seria imprescindível ao bem estar do menor e considerou o fato de que as denúncias anônimas noticiavam o envolvimento de um dos filhos da paciente com a prática delitiva”
HC 06	“em que pese as alegações da Defesa, bem como os documentos acostados no não restou comprovado nos autos que os filhos da requerente necessitam imprescindivelmente dos cuidados dela”

Fonte: Autoral, 2023.

As argumentações vão no sentido contrário de todo o trajeto sério e cientificamente embasado que fora traçado até então para garantir a domiciliar às mães presas. Como destacado na tabela acima, apesar dos esforços legislativos para garantir minimamente a convivência mãe-filho em casa, os julgadores ignoram e tomam como regra a não manutenção ou reestabelecimento do vínculo entre mãe e filhos. Não apenas negam, mas o fazem de forma perversa, passando a exigir que a mãe junte comprovações de que os filhos precisariam da mesma, conforme destacado na tabela nos trechos do HC 06, HC 05 e HC 03 apontando que a mãe não fez essa comprovação ou a fez de forma insuficiente.

Esse tem sido um posicionamento difundido em todo o judiciário, visto que tal cenário também se apresenta em outras pesquisas realizadas no judiciário brasileiro, como Miranda,

Ferrão e Costa (2022) que apontaram que a não comprovação da imprescindibilidade da presença materna para negar a prisão domiciliar foi utilizada em 27% dos casos estudados. Nesse mesmo sentido, Emerick (2019) apontou que de 3.343 casos que foram julgados em São Paulo, 57,79% foram indeferidos, sob a alegação da não comprovação da imprescindibilidade da mãe aos cuidados de sua prole.

Nesse sentido, percebemos que se trata de uma hipótese amplamente utilizada pelos magistrados. Segundo Miranda, Ferrão e Costa (2022), a imprescindibilidade é composta por um contexto subjetivo amplo, permitindo que o judiciário utilize como uma cláusula em aberto, desconsiderando a presença materna como algo essencialmente imprescindível ao desenvolvimento, sendo fator que estrutura os aspectos afetivos e sociais, bem como desconsiderando o aparato legal que garante direito à convivência familiar (art. 227, da Constituição Federal, 1988), no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n.º 8.069/1990, art. 4º, 19 e outros) e no Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016).

A exigência por uma comprovação da imprescindibilidade não encontra respaldo nem concretude, visto que dada a ampla subjetividade do critério, não há apontam qual seria a prova necessária para demonstrar que um filho precisa de sua mãe. Em um caso específico, no HC 06, os julgadores ordinários, isto é, de primeira instância, ao apresentarem a imprescindibilidade como elemento descaracterizador da concessão da prisão domiciliar, foram rebatidos pelo Superior Tribunal de Justiça, que afirmaram que tal justificativa não encontra respaldo legal ou jurisprudencial, visto que “*a indispensabilidade dos cuidados maternos para o filho menor de 12 anos é legalmente presumida*” (p. 06). Assim reconhecem que não é necessário a comprovação, visto que se presume.

Por vezes, a não imprescindibilidade dos cuidados maternos é apontada a partir da compreensão de que as crianças estão sendo cuidadas por outras pessoas da rede de apoio, como avós, tias ou primas. Os julgadores nesses casos, argumentam que a presença e cuidado da mãe, seria irrelevante, uma vez que outra pessoa estava cuidando da criança, conforme exposto no HC 07:

“Embora o impetrante entenda ser de rigor a colocação da paciente em regime de custódia domiciliar, porque comprovadamente possui 02 (dois) filhos menores de idade (...), os quais dependeriam exclusivamente de seus cuidados; em acurada análise do caderno processual eletrônico, não verifiquei a presença de elementos concretos aptos a indicar que os cuidados da favorecida nessa ordem são, de fato, imprescindíveis a seus filhos, **tampouco que as crianças não estão sob a tutela de outro familiar**” (p. 09).

“Não há como afirmar de maneira estreme de dúvidas que o recolhimento ao cárcere da increpada afeta diretamente o bem-estar de sua prole, **máxime diante da ausência de comprovação de que os menores não estão residindo com outro membro da família** ou que os cuidados da segregada são, de fato, imprescindíveis ao desenvolvimento das crianças, impede-se a concessão de benesse almejada” (p. 09).

“Não consta na prova pré-constituída qualquer elemento probatório apto a indicar que os cuidados da segregada são imprescindíveis à sua prole, **tampouco que os menores não estejam sob a tutela de outro familiar, a impedir a concessão da benesse à favorecida nessa ordem**” (p. 10).

Utilizam, portanto, do fato de ter outro familiar cuidado da criança como indicativo de que a presença da mãe não seria necessária. O apontamento de que os filhos não precisariam dos pais, seja por estar em outros cuidados, seja porque esta está respondendo formalmente a um crime, é perverso. Conforme apontado por Reis Junior, Cohn e Baretta (2021), a maioria das decisões apontam a existência de outra pessoa que pudesse cuidar da criança como forma de fortalecimento e legitimação da consequente imprescindibilidade dos cuidados pela mãe, também para a demonstração da necessidade de comprovação da inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da condenada.

A prisão preventiva como antecipação da pena intensifica o caráter violador de direitos humanos da medida, visto que não causa prejuízos e violações apenas no âmbito pessoal, mas também para as crianças e adolescentes que perdem a convivência, afeto e cuidado da mãe. A utilização de uma medida excepcional violadora por excelência de direitos humanos operando como regra, ganha um cenário muito mais problemático quando se analisa os custos familiares e afetivos para esses filhos.

Portanto, ao cometer crimes, a mulher viola uma série de regras que faz parte do código moral definido para elas pelo modelo patriarcal, sendo a maternidade a principal delas. É importante termos em vista que as mulheres pobres numa sociedade capitalista são vistas como fábrica de novos trabalhadores, e portanto, de mão de obra explorada. Ao transgredir com essa lógica, rompem não apenas com a lei, mas com toda a conjuntura da ordem capitalista, que consagrava “*a figura da mulher restrita ao ambiente privado, local no qual deveria exercer o papel de esposa, mãe e responsável pelas atividades domésticas*” (GARCIA; BORGES; ROCHA, 2023, p.14).

5.3.5 Risco aos Filhos

Os magistrados também apresentaram como fundamento para a prisão provisória, o fato de as mães representarem risco aos filhos, de forma que com isso, afirmam que a prisão além de garantir a ordem pública e instrução criminal, também representa uma proteção com a criança. Portanto, os argumentos que apontam a presença da mãe como um risco para os filhos compareceram em seis dos sete acórdãos analisados, representando cerca de 86%.

Os argumentos utilizados para representar o suposto risco aos filhos, por vezes estão associados à apreensão da droga na residência ou até mesmo a realização de algumas atividades do tráfico na presença dos filhos, como pode ser observado na tabela abaixo:

Tabela 10

Argumentos Criminalizantes sobre o risco aos filhos

CÓDIGO	TRECHO
HC 01	“os fatos ocorreram dentro da residência onde moram as crianças , a denotar que, na verdade, os infantes ficam expostos a meio pernicioso ”
HC 01	“já estava em cumprimento de prisão domiciliar pela prática de tráfico, e tornou a praticar o mesmo delito na residência habitada pelos filhos, expondo-os a prática perniciosa ”
HC 03	“o acautelamento da ordem pública em virtude da gravidade concreta do delito que se denota pela enorme quantidade de entorpecente apreendida e pelas circunstâncias da apreensão, em que a droga era transportada pela paciente em um veículo na companhia de seu filho ”
HC 03	“ela expôs o filho a alto grau de risco, mantendo-o no veículo em que carregava as drogas , tendo ainda iniciado fuga dos agentes policiais, o que revela que a genitora não propicia neste momento, ambiente seguro para o menor ”
HC 04	“as substâncias entorpecentes foram localizadas na própria residência da recorrida, local que deveria oferecer proteção à criança , mas continha drogas em fácil acesso (ao lado do guarda-roupa e na dispensa)”
HC 04	“ora, não há como garantir a uma mãe o direito de assistir seus filhos se ela própria aparentava pouco se importar com o bem-estar da criança , a ponto de se envolver com atividades ilícitas na presença destas”
HC 06	“a investigada contava com o auxílio do seu próprio filho na ação delitiva, não há que se falar em concessão da prisão domiciliar para preservar o melhor interesse da criança”

Fonte: Autoral, 2023.

Os argumentos são utilizados para justificar uma irresponsabilidade ou descuido por parte da mãe ao realizar em casa as atividades relacionadas a traficância, como por exemplo, o

armazenamento da droga. Em alguns casos, aponta-se o fato de estarem acompanhadas dos filhos em algumas atividades para demonstrar o risco que representam para seus filhos.

A criminologia positivista novamente se faz presente nos argumentos do judiciário, visto que a utilização da maternidade como forma de criminalizar a mulher é utilizado nesse modelo criminológico, como uma régua que diferencia a mulher “*normal*” da “*criminosa*”. Nesse sentido, ao cometer um crime, a mulher é lida como uma má mãe, perversa e irresponsável por não ter “pensado nos filhos” (MENDES, 2012), utilizando a maternidade como uma régua moral para classificá-la.

No entanto, considerando que uma das principais motivações das mulheres para entrar na estrutura do comércio ilegal de drogas é prover uma qualidade de vida melhor aos filhos, sua motivação, bem como modo de exercer a maternidade, não encontra validação na régua moral, com viés patriarcal e racista, que dita como essa mulher deve proceder enquanto mãe. Ao entrar na estrutura do tráfico, é possível uma melhora significativa no âmbito material/econômico, quanto no afetivo, visto que a flexibilidade do trabalho no tráfico permite que passem mais tempo com seus filhos, dando maior suporte financeiro e afetivo (CORTINA, 2015).

Conforme já discutido, as mulheres de baixa escolaridade (que representam a maioria no sistema carcerário) encontram opções precárias no mercado formal, além de lidarem com exaustivas cargas de trabalho, longos trajetos da casa até o local do trabalho, lidando geralmente com duplas e até triplas jornadas para conseguir sustentar o básico para suas famílias, que geralmente são monochefiadas por elas, sendo as únicas responsáveis pelo sustento (DELOMO, 1990; GIACOMELLO, 2013). Quando o Tráfico permite que estas realizem atividades dentro de casa e sejam remuneradas por isso, permite que as mesmas mantenham o vínculo com seus filhos, provendo assistência afetiva e material.

O tráfico surge como alternativa mais viável para esse grupo economicamente vulnerabilizado, justamente por oferecer flexibilidade de carga horária e de execução. Se a mãe consegue trabalhar próximo ao filho, com horários mais flexíveis, recebendo o equivalente ao mercado formal, mas numa estrutura que a permita ficar em casa ou pelo bairro cuidando dos filhos, é provável que ela o faça justamente pensando neles. Essas mães lidam com questões práticas e urgentes como a falta de insumos básicos negados pela estrutura socioeconômica. Ao entrar no tráfico elas não estão enriquecendo ou se submetendo ao risco por mera natureza ou vontade desviante, geralmente é para conseguir pagar as contas e cuidar dos filhos (CHERNICARO, 2014).

Conforme apontado por Ricardo Lewandowski, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao conceder o Habeas Corpus de ofício para as presas com filhos que ainda não tinham sido colocadas em prisão domiciliar destacou que “não há razões para que se suspeite que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional” (BRASIL, 2018).

A justificativa da residência ser local de prática do Tráfico de Drogas, que deixaria a criança exposta, demonstra fundamentação abstrata e esvaziada, visto que não há esse requisito na lei que autoriza a concessão da prisão domiciliar. Conforme apontado por Mônica Cortina (2015), há uma aceitação e naturalização da traficância ilícita de drogas como um trabalho comum para aqueles que convivem na mesma casa ou que vivenciam outras relações de apoio social, como os vizinhos e familiares. Assim, o comércio ilegal de drogas é visto como uma empresa familiar, sem a capa do estigma criminal, sendo aceito pelo núcleo que sobrevive dele.

Como destacado, o fato de a mãe realizar atividades de traficância na presença ou no mesmo ambiente que o filho é visto como grave pelos magistrados. No HC 05, o magistrado ao negar a concessão da domiciliar, apontou que havia “*equipamentos e apetrechos (...) que colocaram em risco a criança*” justificando que a mãe não deveria submeter seu filho à essas situações. Não obstante, no mesmo HC destaca que “*deixou seu filho a centenas de quilômetros para se dedicar ao tráfico, não podendo se enquadrar na benesse legal*” (p. 12), apontando que o fato de a mãe ter deixado o filho com a avó para ir realizar um trabalho do tráfico demonstraria também uma maternidade irresponsável, pois não estava com seu filho.

Na verdade, o que esses julgamentos demonstram é que o comportamento da mãe, se leva o filho junto, ou se deixa o filho em casa com um adulto responsável; é irrelevante, visto que ela não será julgada com base na conduta, mas com base no seu rompimento com o papel social que lhe é imposto. Sua conduta, independente de qual seja, será valorada negativamente e apontada através de uma lógica discursiva que busque legitimá-la como uma mãe irresponsável.

Relacionam, portanto, o argumento de ser acusada por um crime com uma irresponsabilidade maternal e violações à institutos jurídicos e legais, desrespeitando completamente a presunção de inocência da acusada. Vejamos:

Tabela 11

Argumentos moralizantes sobre maternidade e risco aos filhos

CÓDIGO	TRECHO
HC 07	“a investigada contava com o auxílio do seu próprio filho na ação delitiva, não há que se falar em concessão da prisão domiciliar para preservar o melhor interesse da criança ”
HC 07	“a custódia em domicílio visa a proteção integral da(s) criança(s), não sendo admitida como forma de garantir à mãe envolvida com a criminalidade uma espécie de imunidade prisional , tal como aparentemente se busca na hipótese versada”
HC 07	“o intuito da norma do Código de Processo Penal que prevê a prisão domiciliar às mulheres gestantes ou com filhos menores de 12 (doze) anos é a proteção ao infante e não sua utilização como uma espécie de salvo-conduto para a mãe envolvida na criminalidade”
HC 01	“ prisão domiciliar é insuficiente para prevenir a prática de novos crimes , assim como para assegurar o bem estar dos filhos menores de doze anos, recomendável que se mostra a manutenção da prisão preventiva”

Fonte: Autoral, 2023.

São apontados que a prisão domiciliar feriria o interesse da criança, a proteção integral da criança ou que ameaçaria o bem estar dos filhos. Dessa forma, os julgados acabam esvaziando todo o esforço legislativo trazido pela discussão do Marco legal da 1ª infância que preocupou com os efeitos da falta da mãe para a criança, visto que “*o rompimento abrupto de uma unidade familiar, está-se a transferir uma responsabilização criminal que vai muito além do imputado, atingindo diretamente o infante*” (MIRANDA; FERRÃO; COSTA, 2022, p. 87).

Não obstante, o embasamento da lei vem de pesquisas científicas que apontam que a ausência materna durante a infância e o desenvolvimento, acarretam problemas de ordem psicológica e psiquiátrica na criança. Além disso, as decisões que se fundamentam no risco aos filhos para negar a domiciliar para mães não se preocupam de fato com o menor, visto que o impacto que uma pena de prisão tem sobre a realidade dessas crianças é muito mais nociva que qualquer suposto risco que a criança venha a ter pela relação da mãe com o tráfico.

Nesse sentido, Flores e Smeh (2018), apontam que todo o sistema familiar é afetado com a prisão da mãe, inclusive levando em conta que a maioria desses lares são chefiados exclusivamente por elas, representam o declínio da situação financeira, rompimento das relações, enfraquecimento de vínculos afetivos e problemas na escolaridade dos filhos. Por isso, percebe-se que a decisão está muito mais amparada em uma orientação pessoal e moral do julgador do que de fato preocupado com a realidade ou cuidado dos filhos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política criminal de “Guerra às drogas” se constitui como carro chefe da segurança pública no Brasil, determinando as principais operações policiais, tratando com força bélica e prisão algo que deveria ser debatido pelo viés da saúde pública e de políticas de nivelamento e combate à desigualdade social. No entanto, além do recurso público que é desperdiçado em grande escala com tais operações, o maior gasto e desgaste fruto dessa política tem sido a vida de mulheres negras.

As principais condutas responsáveis pelo encarceramento em massa são as ligadas aos tipos criminalizados pela Lei de Drogas. Nesse sentido, a América Latina importou uma política proibicionista dos Estados Unidos, conhecida por gerir de forma bélica e extremamente repressiva a “Guerra às Drogas”. O cenário ganha contornos específicos no Brasil, visto que se trata de uma economia subdesenvolvida, com grandes dificuldades econômicas e asseveramento da desigualdade social.

A maneira de gerir política criminal e controle social está intimamente ligada a demanda por ordem do capital, de forma que suas ações e operações objetivam explorar ou quando não possível, exterminar essa população. O sistema de justiça criminal como parte dessa gama de instrumentos a serviço do capital, reproduzirá as desigualdades raciais, punindo mais severamente a população negra. Dentro desse contexto, quando raça, classe e gênero se interseccionam, a mulher negra e pobre apesar de se encontrar na margem da sociedade, encontra-se no centro da opressão e punição.

Além disso, no Brasil tal política vai encontrar um terreno de transição democrática que “aboluiu” a escravidão, mas continuou explorando e punindo a população negra. As mulheres nesse contexto, sempre foram o centro da punição, numa constante punitiva entre senzala-favela-prisão (ALVES, 2017). A política proibicionista interfere de modo latente nas mulheres negras e pobres, sendo também a responsável pelo fenômeno que é consequência dessa política, conhecido como hiperencarceramento feminino.

O sistema prisional no Brasil apenas remodelou a tortura, continuando a operá-la no sistema prisional, com violações constantes dos direitos humanos. A privação de liberdade tornou-se a principal forma de punição, os tratamentos desumanos persistem e isso ganha intensificações quando tratamos de mulheres, visto que os presídios foram construídos numa lógica masculina, sendo um espaço que representa muito mais violações para o público feminino. Embora o país tenha avançado na proteção dos direitos humanos em termos legais,

como na concessão da prisão domiciliar para mães, isso se restringe àqueles que são considerados cidadãos de direitos, visto que tal concessão tem sido negada às mulheres.

O poder judiciário é parte integrante dessa engrenagem punitivista, dado o alto número de mulheres presas provisoriamente, demonstrando que o uso da prisão preventiva *como prima ratio* se configura como antecipação da pena e violação de direitos humanos por excelência. Nesse sentido, o presente trabalho teve como problema de pesquisa, entender quais argumentos são utilizados pelos julgadores para negarem a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar às mulheres, direito assegurado em lei.

Os argumentos utilizados para justificar a decretação da medida são vagos e destituídos de uma fundamentação elaborada, se ancorando em conceitos e termos igualmente vazios. Os julgamentos estão muito mais vinculados à uma condenação moral do que de fato, jurídica dos fatos. Isso é percebido através das fundamentações do judiciário ao negarem a concessão da prisão domiciliar para essas mulheres, direito assegurado em lei e de aplicação imperiosa quando preenchidos os requisitos. No entanto, quando essas mulheres são acusadas por um crime, sua conduta representa um múltiplo rompimento: seja com o papel de submissão à ordem legal que é imposto, seja do papel de mãe idealizado, seja o rompimento com a submissão aos empregos precários e desvalorizados em que são exploradas pelo modelo econômico, seja com o papel feminino de docilidade e pureza. Por isso, é penalizada também não por romperem com a legislação, mas sim com as expectativas sociais de submissão feminina e com a lógica que o capital reservou para elas no mercado formal.

São consideradas criminosas, transgressoras e alvos de ações punitivas para tentar readequá-las ao papel dócil e submisso. Isso é observado através das penas duras que são aplicadas, mesmo em condutas que representam uma relevância ínfima na estrutura do tráfico, buscando minar qualquer possibilidade de resistência ou ruptura. Nas sentenças, o cárcere comparece como a única opção, fundamentando sua necessidade no rotulamento das mulheres como perigosas.

Nesse sentido, os julgadores utilizam jargões como “periculosidade da agente”, “gravidade da conduta”, “representação de risco aos filhos” e “não imprescindibilidade da presença materna” para negarem os benefícios. Nenhum dos termos está previsto em lei, são retóricas jurídicas utilizadas de forma vaga e ampla para indicarem que a liberdade dessa mulher representa algum risco para a ordem pública, sem concretamente comprovar como isso ocorre. Assim, o judiciário enxerga essas mulheres como potenciais criminosas e mais suscetíveis ao

crime, punindo-se, portanto, não uma conduta ou um fato criminoso, mas sim porque sua subjetividade representa uma criminosa em potencial, e precisa ser vigiada, controlada e punida.

Verifica-se que a entrada e atuação das mulheres no mercado informal de Drogas se deve em sua maioria ao local de vulnerabilidade que ocupam na sociedade. As oportunidades de trabalho formais e bem remunerados são escassas, de modo que geralmente precisam se submeter a jornadas excessivas, exaustivas e sub-remuneradas. Desse modo, juntamente com outros fatores como a baixa escolarização, a dupla ou tripla jornada de trabalho e o fato de geralmente serem as únicas responsáveis financeira e afetivamente pela família, produzem uma espécie de intensificação da pobreza para mulheres negras, de modo que vão perceber e vivenciar a pobreza de maneira muito mais cruel e intensa que outras pessoas pobres, no fenômeno intitulado de “feminização da pobreza”.

Nesse sentido, essa rede de opressão e negação de direitos vai influenciar na entrada dessas mulheres no comércio ilegal de drogas, visto que tal mercado geralmente oferece salários melhores e jornadas mais flexíveis que permitem que elas conciliem o trabalho com a responsabilidade e cuidado com os filhos. No entanto, a lógica patriarcal também se reproduz na estrutura do tráfico, e justamente por serem mulheres, vão ocupar posições de risco, sendo de fácil captura pela polícia, e de fácil substituição na estrutura do tráfico. Da mesma forma, uma vez capturadas pelo sistema punitivo, não representam funções de relevância no tráfico, de modo que essa prisão não representa um desmonte dos cartéis de droga, no entanto, são punidas de forma mais dura, visto que há um objetivo múltiplo em sua prisão: punir e readaptá-la ao seu papel social.

Percebe-se o papel central do judiciário na punição e inflição de sofrimento às mães presas, principalmente na figura dos juízes de 1ª instância ao resistir à concessão da prisão domiciliar e continuar mantendo prisões que são arbitrárias e, portanto, ilegais, uma vez que critérios estabelecidos por lei se fazem presente. É preciso um trabalho de articulação dentro do poder que não admita mais decisões que mantenham prisões preventivas fundamentadas em critérios que não estão estabelecidos por lei, visto que essa medida além de superlotar o cárcere, acaba lotando e afogando as cortes superiores de processos, visto que como observado na pesquisa, cerca de 71% dos casos negados em primeira instância, obtiveram a concessão do benefício no Superior Tribunal de Justiça.

Percebeu-se que os julgadores operam com um julgamento previamente estabelecido, em que enxerga certos grupos como naturalmente propensos ao crime. Por isso, ao analisarem o caso das mulheres que são acusadas por tráfico de drogas e o contexto socioeconômico,

entendem que representam um risco para a sociedade e deve ser presa de imediato, antes da sentença penal, como forma de resguardar a ordem pública e servindo de antecipação da pena, não se atentando aos fatos, mas sim em um contexto de pessoas pobres. Os julgadores também utilizam da palavra dos policiais como forma exclusiva de prova, desconsiderando a forma como as mulheres explicam sua relação com tráfico de drogas e sua realidade socioeconômica e familiar.

São apontadas como mães irresponsáveis, agentes perigosas, mulheres que não amam ou não importam com sua família por desenvolverem uma atividade criminosa. No entanto, a preocupação com a família é justamente um dos principais indicativos de sua entrada no Tráfico, visto que permitem uma maior flexibilidade de horário e geralmente desenvolvem as atividades na própria casa ou no próprio bairro, podendo fornecer além das necessidades materiais, suporte afetivo ao estarem mais perto dos filhos.

Não obstante são julgadas majoritariamente por homens brancos, que não conhecem e nem se dispõe a entender suas realidades. Obviamente, a criminalização primária ocorre pelo legislativo, aos julgadores cabem a interpretação e aplicação dessa lei penal, no entanto proferem decisões severas mesmo em casos em que as acusadas apresentam bons antecedentes ou que os elementos presentes não sejam suficientes para demonstrar envolvimento com o tráfico, como em um dos casos analisados em que a acusada não foi encontrada com nenhuma droga.

Assim, apesar da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar ser um direito legalmente instituído para essas mães, o judiciário tem se colocado como barreira de concessão. Pedidos que são negados em primeira e segunda instância, são arrastados durante o tempo até chegarem nos tribunais superiores, que é onde geralmente conseguem a concessão, e ainda assim, não é unânime, visto que nos casos analisados ainda foram negados em aproximadamente 30%, por elementos jurisprudenciais que não encontram aparo na lei.

Portanto, até os pedidos chegarem nas instâncias superiores, as mulheres já sofreram uma série de violações de direitos humanos que é inerente aos presídios, visto que o próprio STF reconheceu o caráter massivo de violações de direitos humanos, declarando os presídios brasileiros como estado de coisas inconstitucional. Dado esse caráter que é amplamente conhecido pelo judiciário, a prisão não deveria ser nem considerada enquanto medida cautelar, visto que não há sentença condenatória e nesse caso, deveria prezar pela liberdade. A prisão domiciliar surge justamente com o objetivo de retirar as mães presas provisórias dos presídios, para que cumpra tal medida em casa.

É válido ressaltar que a defesa da conversão em prisão domiciliar que é feita nesse trabalho é apenas como reconhecimento do direito processual das mulheres que é constantemente negado a elas, amparado em decisões arbitrárias e vazias, fazendo dessa negatória uma antecipação da pena e atribuindo previamente a elas o caráter de perigosas e criminosas. No entanto, é importante ter em vista que a prisão domiciliar, ainda que menos gravosa que as cumpridas nos presídios, ainda assim é uma prisão e institui sobre essas mulheres uma vigilância e subjetividade que muda suas dinâmicas de vida, visto que sobre elas recai o estigma de que são presas, e o ingresso no mercado formal que antes já era difícil e precário, depois da prisão torna-se praticamente inexistente.

Portanto, esse trabalho tem viés abolicionista e não deposita nenhuma confiança na punição como forma de resolução de conflito, principalmente os conflitos que são gerados pelo funcionamento do capitalismo. As prisões surgiram e continuam sendo, uma engrenagem do modelo capitalista de exploração e readequação de uma classe, não servindo para resolver conflitos ou para ressocializar e mudar positivamente a vida das pessoas. No sentido contrário, é uma máquina de moer gente, produzindo sofrimento, subjetividade e estigma, e se direcionando a um grupo específico, sendo instrumento de seletividade penal e criminalização da pobreza.

Nesse sentido, um futuro sem prisões exige transformações radicais em aspectos profundos da sociedade, alternativas que não assumam um compromisso com uma sociedade sem racismo, patriarcalismo, classismo e outras estruturas de dominação não contribuíram com o desencarceramento. Assim, a criminalização de drogas, na instituída política criminal de “guerra às drogas” tem sido o maior fator de encarceramento no Brasil, servindo como aspecto legitimador utilizado pelas polícias e magistrados para criminalizar mulheres negras e pobres.

Precisamos caminhar para a descriminalização do uso de drogas e realocar o debate para o âmbito de saúde pública, criando programas de conscientização e apoio para quem precise. A realocação do debate e regulamentação da lei penal para leis de saúde pública, traz benefícios inúmeros em termos de qualidade de vida para quem precisa utilizar a substância, como também na redução do número de pessoas presas e de pessoas que são mortas nas operações policiais.

Importa ressaltar que através dos acórdãos não foi possível analisar o perfil racial das acusadas, visto que informações pessoais como raça e classe não são disponibilizadas em via recursal. No entanto, partiu-se da análise do perfil racial através de dados trazidos por órgãos oficiais que apontam que a maioria das mulheres presas são negras e pobres. Buscou-se

relacionar esse contexto com as fundamentações trazidas nos acórdãos, bem como na literatura especializada sobre o tema, possibilitando uma análise a partir da raça enquanto categoria, visto que é estruturante no sistema prisional e de punição como um todo.

O campo pesquisado nesse trabalho se limitou a apenas um tribunal superior (STJ) e com recorte de 1 ano, não sendo possível realizar a entrevista com as mulheres presas porque quando se iniciou o período previsto no cronograma para a pesquisa ainda estava proibida pesquisa em presídios por conta da pandemia do Corona Vírus. Inicialmente a proposta era analisar as sentenças condenatórias das mulheres entrevistadas com objetivo de comparar como o judiciário interpretou e julgou sua conduta e como ela explica sua relação com o tráfico, visto que as pesquisas apontam que os magistrados não consideram seus relatos e histórias de vidas.

Assim, dada essas limitações criou-se uma amostra, com um corpo de análise que desse conta de compreender em quais argumentos essas condenações se amparam, confirmando que os julgados estão muito mais relacionados a um julgamento prévio moralizante, estigmatizante e subjetivo dessas mulheres e suas realidades, do que de fato com a conduta apontada como criminosa. De forma que essas mulheres têm contra si toda uma estrutura legal e jurídica que tentam relegar a elas o espaço da criminalização e punição. Nesse sentido, encerro com um trecho de Emicida e Karol Conká, rappers brasileiros: *existem mil formas de prisão, mas só uma de liberdade*. O Brasil enquanto um país signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, com uma constituição conhecida historicamente por defender direitos fundamentais não pode permitir que o próprio Estado continue perpetuando violações tão graves à dignidade da pessoa humana e seu direito de responder ao processo em liberdade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Dina. **Rés negras, juízes brancos**: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. CS, Cali, n. 21, pp. 97-120, abr, 2017.
- ANDRADE, Vera. R. P. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 1995.
- ARAÚJO, Bruna S. S. **Criminologia, feminismo e raça: guerra às drogas e o superencarceramento de mulheres Latino-Americanas**. João Pessoa, 2017.
- AZEVEDO, Rodrigo G. de; SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane. **Encarceramento e desencarceramento no Brasil: a audiência de custódia como espaço de disputa**. *Sociologias*, [S.L.], v. 24, n. 59, p. 264-294, jan. 2022. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-103835>.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica ao Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARCINSKI, Monica. **Mulheres no tráfico de drogas: a criminalidade como estratégia de saída da invisibilidade social feminina**. *Contextos Clínicos*, 5(1):52-61, janeiro-junho, 2012.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Revista e Atualizada - Rio de Janeiro: Revan, 5ª reimpressão, julho de 2020.
- BATISTA, Vera. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan., 2019.
- BRASIL. **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. Brasília, DF. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm.
- BRASIL. **Censo do Poder Judiciário: Vetores Iniciais e dados estatísticos**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Atualização – Junho de 2017. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. (2021). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – InfoPen: janeiro a junho de 2021. <https://www.gov.br/depen/ptbr/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen>

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES** – Dezembro, 2017. Brasília, 2018.

CASTRO, Lola A. de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAVALCANTI, Gênesis J. V. **A crise estrutural do capital e o encarceramento em massa: o caso brasileiro**. 165 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, UFPB, João Pessoa, 2019.

CARVALHO, Saulo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. Selo Negro. São Paulo. 2011.

CHERNICHARO, Luciana. P. **Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

COIMBRA, Cecília M. B. **Operação Rio: O mito das classes perigosas - um estudo sobre a violência urbana, a mídia impressa e os discursos de segurança pública**. Oficina do Autor: Niterói, 2001.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. **Interseccionalidade**. 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Alvarez vs. Honduras**, §63. Julgado em: 01 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 24/03/2021

CORTINA, Mônica. **Mulheres e Tráfico de Drogas: aprisionamento e criminologia feminista**. Estudos Feministas, 2015.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, 244p.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEL OLMO, Rosa. **Reclusión de mujeres por delitos de drogas: reflexiones iniciales. Reunión del grupo de consulta sobre el impacto del abuso de drogas en la mujer y la familia.** Organización de los Estados Americanos O.E.A. Fundación José Félix Ribas, 1996.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e segurança: entre pombos e falcões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

EMERICK, Ana Beatriz; REIS, Fernanda dos. HC 143.641: os direitos coletivos das presas que são mães e seu cabimento genérico. **Jornal Eletrônico das FIJV**, v. 11, n. 2, jul. – dez. 2019

ESTRELA, Marianne. **Mulheres e tráfico de drogas: uma análise crítica das tramas tecidas em produções científicas brasileiras** / Marianne Laila Pereira Estrela. - João Pessoa, 2021 (dissertação de mestrado).

ESTRELA, Marianne.; SILVA JUNIOR, Nelson.; TANNUSS, Rebecka. "Guerra às Drogas" e Encarceramento Feminino: diálogos entre as criminologias crítica e feminista. In: TANNUSS, Rebecka Wanderley; SILVA JUNIOR, Nelson Gomes de Sant'ana e; GARCIA, R. M. (org.). **Muros Invisíveis: diálogos sobre privação de liberdade, assujeitamento e famílias que resistem.** João Pessoa: Editora do CCTA, 2020.

FIGUEIREDO, Natalia.; CHERNICARO, Luciana.; PANCIERI, Aline. **Uma trincheira aberta: o corpo feminino como objeto das drogas e o caso das mulheres mulas.** 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCIA, Renata; BORGES, Jeferson; ROCHA, Ana Carolina. Mulher, perigosa e mãe. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [S.L.], v. 10, p. 1-30, 2 jun. 2023. Instituto Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED). <http://dx.doi.org/10.19092/reed.v10.791>.

GIACOMELLO, Corina. **Género, drogas y prisión: experiencias de mujeres privadas de su libertad en México.** México: Tirant lo Blanch, 2013.

GOMES, Patrick. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública.** Dissertação (mestrado) – Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília, 2013.

HARDING, Sandra. **The Science Question in Feminism.** Ithaca: Cornell University Press, 1986.

HARDING, Sandra. A instabilidade das Categorias Analíticas na Teoria Feminista”, in **Revista de Estudos Feministas**, vol.1, nº.1, Rio de Janeiro CIEC/ECO/UFRJ. 1993, p.19.

KILDUFF, Fernanda. **O controle da pobreza operado através do sistema penal.** *Katálysis*, vol.13, no.2, p.240-249, 2010.

LAGES, Livia; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais? **Revista Direito GV**. São Paulo. V. 15. 2019 <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201933>

LEONARDI, Lucas. **A Prisão Preventiva Para A Garantia Da Ordem Pública No Processo Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MBEMBÉ, Joseph. Achille. **Necropolitics**. Public culture, v. 15, n. 1, p. 11-40, Duke University Press, 2003.

MENDES, Soraia. **Criminologia feminista: novos paradigmas** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Soraia. **Processo penal feminista**. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MIRANDA, Homero; FERRÃO, Erika; COSTA, Marco. A maternidade e a lei de drogas: uma análise sob a aplicação da prisão domiciliar no estado do Espírito Santo. **Revista Brasileira De Sociologia Do Direito**, 9(1), p. 78-96, 2022 <https://doi.org/10.21910/rbsd.v9i1.522>

MINAYO, Maria Cecília (Org). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal** - Parte Especial. 14. d. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

PANCIERI, Aline. **Mulheres Mulas: Seletividade, tráfico de drogas e vulnerabilidade de gênero** (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2014.

PEARCE, Diana. **The feminization of poverty: Women, work and welfare**. *Urban and social change review*, v. 11, n. 1-2, p. 28-36, 1978.

RAMOS, Luciana. **Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas** [Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília]. 2012.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

REIS JUNIOR, Almir.; COHN, Ana Clara; BARETTA, Gilciane. Maternidade no cárcere: a prisão domiciliar como substitutiva à prisão preventiva. **Revista Vianna Sapiens**. 12, 1 (fev. 2021), 25. 2021 DOI:<https://doi.org/10.31994/rvs.v12i1.722>.

RIBEIRO, Ludmila. Mais lenientes com as mulheres? O fluxo de processamento do tráfico de drogas numa cidade brasileira. **Revista Novos Estudos**. <http://dx.doi.org/10.25091/S0101330020220003000>, 2022.

RIBEIRO, Djamila. **A perspectiva do feminismo negro sobre violências históricas e simbólicas**. 2015. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2015/08/04/a-perspectiva-do-feminismo-negro-sobre-violencias-historicas-e-simbolicas/>. Acesso em: 15 out. 2022.

RODRIGUES, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** (Tese de Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Luciana. **A Nova Lei Antidrogas e o Aumento da Pena do Delito de Tráfico de Entorpecentes.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, v. 14, n. 167, p. 8-9, 2006.

RODRIGUES, Luciana. **Drugs and prisons: the repression of drugs and the increase of the Brazilian penitentiary population.** Systems overload-drug laws and prisons in Latin America. Amsterdam/Washington: Transnational Institute/Washington Office Latin America, p. 30-8, 2011. Disponível em: <<http://reformdrugpolicy.com/wpcontent/uploads2011/09/SystemsOverload.pdf>>.

RODRIGUES, Luciana *et al.* **Tráfico de Drogas e Constituição: Um estudo jurídico social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais penais.** Brasília: SAL - Ministério da Justiça. Série Pensando o Direito. v. 1, n. 10, p. 162-73, 2009.

RYU, Daiana. (2022). Encarceramento provisório na pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2) na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: prisão preventiva como ultima ratio? **Revista Brasileira De Direito Processual Penal**, 8(1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.628>

SANTOS, Juarez. **Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição.** 1 ed. Tirant lo Blanch, 2021.

SCOTT, Joan. **Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history.** New York, Columbia University Press. 1989

SILVA JÚNIOR, Nelson. **Política criminal, saberes criminológicos e justiça penal: que lugar para a psicologia?** (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

TANNUSS, Rebecka. **O Corpo Como Campo De Batalha: análises sobre o transporte de drogas feminino para o sistema prisional.** 2022. 197 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022.

TORRES, Natalia, ALMEIDA, Marco Antonio. 2019. **Habeas Corpus 143.641 e os Problemas Do Encarceramento Feminino No Brasil.** Revista Gênero. v. 20 n. 1 (set. 2019) <https://doi.org/10.22409/rg.v20i1.38497>

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** Rio de Janeiro: Revan, v. 2, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

APÊNCICE A – LISTA DE ACÓRDÃOS DO STJ

CÓDIGO	ACÓRDÃO
HC 01	HC – 572231
HC 02	HC – 623992
HC 03	HC – 626955
HC 04	HC – 642521
HC 05	HC – 644381
HC 06	HC – 647330
HC 07	HC – 686163