



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Educação e Humanidades

Kátia Rubinstein Tavares

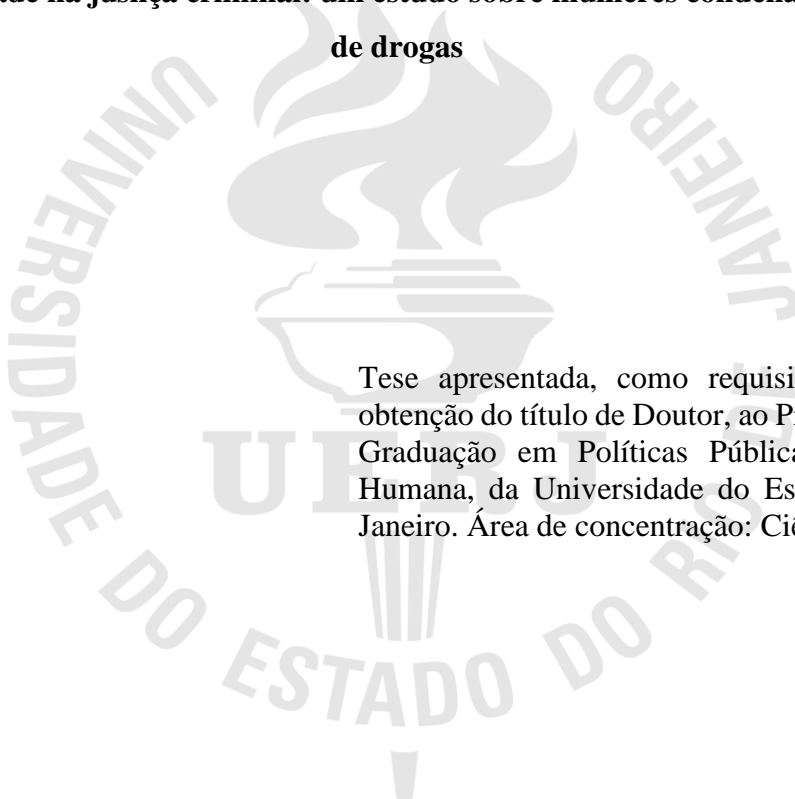
**A vulnerabilidade na justiça criminal: um estudo sobre mulheres
condenadas por tráfico de drogas**

Rio de Janeiro

2023

Kátia Rubinstein Tavares

A vulnerabilidade na justiça criminal: um estudo sobre mulheres condenadas por tráfico de drogas



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Ciência Política.

Orientadora: Prof. Dr. Prof.^a Dra. Raquel Villardi

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ / REDE SIRIUS / BIBLIOTECA CEH/A

T231 Tavares, Kátia Rubinstein
A vulnerabilidade na justiça criminal: um estudo sobre mulheres condenadas por tráfico de drogas / Kátia Rubinstein Tavares. – 2023.
229 f.

Orientadora: Raquel Marques Villardi.
Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Centro de Educação e Humanidades.

1. Tráfico de drogas – Teses. 2. Mulheres – Teses. 3. Justiça criminal – Teses. I. Oliveira, Verônica Borges de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Educação. III. Título.

bs CDU 343.57

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Kátia Rubinstein Tavares

**A vulnerabilidade na justiça criminal: um estudo sobre mulheres condenadas por
tráfico de drogas**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Ciência Política.

Aprovada em 25 de maio de 2023.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a. Raquel Marques Villardi (Orientadora)

Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Prof.^a Dr.^a. Victória Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Pontifícia Universidade Católica – PUC RIO

Prof.^a Dr.^a. Vera Malaguti Batista

Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Prof.^a Dr.^a. Roberta Duboc Pedrinha

Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof.^a Dr.^a. Gaudêncio Frigotto

Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Rio de Janeiro

2023

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

Aos meus avós, Odilla Dinorah (*in memoriam*)
e Francisco (*in memoriam*), por terem
incentivado às reflexões marxistas desde minha
infância;

Aos meus pais, Fany e George (*in memoriam*),
que me transmitiram a importância do
humanismo radical e revolucionário;

Ao grande pensador marxista, Theotônio dos
Santos (*in memoriam*), que muita falta nos faz

AGRADECIMENTOS

O período do doutorado foi o mais árduo da minha vida. Foram muitos desafios e dificuldades. Porém, para além de conhecimentos adquiridos e do crescimento pessoal, o doutorado proporcionou importantes conquistas, que ressignificaram em minha existência o desejo pela luta de uma causa muito maior: contribuir para a construção de um modelo de justiça criminal mais justo e menos punitivista; especialmente atentando para as circunstâncias de vulnerabilidades das mulheres encarceradas pelos delitos da Lei de Drogas. Por estas razões e pelo fato de que não fazemos ciência sozinha, sou profundamente grata a todas as pessoas que de alguma forma estiveram comigo e puderam contribuir nessa caminhada. Agradeço, portanto:

À Professora Raquel Villardi, por ter abraçado com muita dedicação e paciência a orientação desta pesquisa; especialmente pela sua compreensão em todos os momentos;

Ao Professor Gaudêncio Frigotto, por ter acolhido o meu Projeto de pesquisa apresentado e pelas valiosas colaborações bibliográficas, que foram fundamentais na elaboração desta tese;

A todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana da UERJ, pela excelência das disciplinas ministradas e pelos ensinamentos durante o Curso;

Ao Professor Aurélio Wander Bastos, pela amizade e pelos profícuos debates na construção do Projeto acadêmico;

À Professora Roberta Pedrinha, por sua disponibilidade e pelas estimulantes contribuições no Exame de Qualificação;

À Professora Vera Regina Pereira de Andrade, exemplo de docência; agradeço pelas generosas e relevantes contribuições acadêmicas, que sempre iluminaram o caminho das minhas pesquisas;

Finalmente, aos estimados Professores Vera Malaguti Batista e Nilo Batista, fontes de inspirações constantes acadêmicas em minha vida profissional; a eles agradeço eternamente por todo o carinho e apoio, sem os quais não seria possível chegar ao final dessa caminhada.

Vozes-Mulheres

A voz de minha bisavó
ecoou criança
nos porões do navio.
Ecoou lamentos
de uma infância perdida.

A voz de minha avó
ecoou obediência
aos brancos-donos de tudo.

A voz de minha mãe
ecoou baixinho revolta
no fundo das cozinhas alheias
debaixo das trouxas
roupagens sujas dos brancos
pelo caminho empoeirado
rumo à favela

A minha voz ainda
ecoa versos perplexos
com rimas de sangue e
fome.

A voz de minha filha
recolhe todas as nossas vozes
recolhe em si
as vozes mudas caladas
engasgadas nas gargantas.

A voz de minha filha
recolhe em si
a fala e o ato.
O ontem – o hoje – o agora.

Na voz de minha filha
se fará ouvir a ressonância
O eco da vida-liberdade.

(EVARISTO, 2017, p. 24-25)

RESUMO

TAVARES, Kátia Rubinstein. *A vulnerabilidade na justiça criminal: um estudo sobre mulheres condenadas por tráfico de drogas*. 2023. 229f. Tese (Doutorado) em Políticas Públicas e Formação Humana) – Centro de Educação e Humanidades, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

O objetivo central desta pesquisa foi estudar a vulnerabilidade das mulheres condenadas por tráfico de drogas, partindo da análise documental dos acórdãos referentes a processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre junho e dezembro de 2018, 2019 e 2020, com ênfase especial na individualização da pena nas decisões de primeira e segunda instância. A análise buscou estabelecer correlações entre os indicadores de vulnerabilidade social para avaliar o nível de agravamento e abrandamento das penas aplicadas às mulheres condenadas por tráfico de drogas. São eles: cor; faixa etária; renda; escolaridade; maternidade; estado civil. Nessa análise consideramos: a construção do padrão socioeconômico das mulheres julgadas por crime de tráfico; se as penas aplicadas levaram em consideração a distinção entre usuário e traficantes; se nas argumentações das decisões foram identificados os indicadores de vulnerabilidade levantados; se outras situações de vulnerabilidade ou correlatas foram apontadas nos acórdãos; qual a fundamentação aplicada nos acórdãos na dosimetria penal em relação às mulheres beneficiadas por pena substitutiva à privativa de liberdade no tráfico privilegiado; e, por fim, se a fundamentação da pena, aplicada tanto pelo Tribunal quanto pela sentença, levou em consideração a situação de vulnerabilidade. O estudo procurou verificar a existência de uma correlação entre a construção do padrão socioeconômico das condenadas por tráfico de drogas – no que tange à sua vulnerabilidade – e a pena a elas aplicada. No caminho desta investigação foram estabelecidos os seguintes objetivos: 1) investigar a construção do padrão socioeconômico das condenadas; 2) analisar o conteúdo das sentenças e acórdãos; 3) estudar os fundamentos da fixação de pena nas sentenças e nos acórdãos; 4) discutir aplicação do princípio da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade nas decisões de primeira e segunda instância. Para dar conta destes objetivos, foi realizada uma pesquisa documental e bibliográfica, de natureza interdisciplinar. A análise teve como suporte teórico autores dos campos das Ciências Sociais, Direito Penal e Criminologia Crítica; em especial, da Criminologia Crítica Feminista Interseccional. A hipótese examinada em nossa pesquisa foi de que o Poder Judiciário, ao aplicar pena privativa de liberdade a mulheres condenadas por tráfico de drogas, não considera os indicadores relativos à construção social delas. Com o desenvolvimento do estudo, os resultados da pesquisa confirmaram que os fatores de vulnerabilidades das mulheres condenadas por tráfico de drogas presentes nos processos analisados são absolutamente invisíveis para os julgadores, sendo sua situação de vulnerabilidade tomada como fator de agravamento da pena.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas. Mulheres no sistema de Justiça Criminal. Individualização da Pena. Coculpabilidade. Culpabilidade pela Vulnerabilidade.

ABSTRACT

TAVARES, Kátia Rubinstein. *Vulnerability in criminal justice: a study of women convicted of drug trafficking*. 2023. 229f. Tese (Doutorado) em Políticas Públicas e Formação Humana) – Centro de Educação e Humanidades, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

The main objective of this research was to study the vulnerability of women convicted of drug trafficking, based on a documental analysis of judgments referring to cases judged by the Criminal Chambers of Rio de Janeiro's Court of Justice between June and December 2018, 2019 and 2020, with special emphasis on the individualization of the penalty in first and second instance decisions. The analysis sought to establish correlations between social vulnerability indicators to assess the level of aggravation and relaxation of sentences applied to women convicted of drug trafficking. The vulnerability indicators are color; age range; income; schooling; maternity; marital status. In this analysis, we considered the construction of a social-economic pattern on the women judged for the crime of trafficking; whether the penalties applied taking into account the distinction between users and traffickers; if the vulnerability indicators raised were identified in the decision arguments; if other situations of vulnerability or related ones were pointed out in the judgments; what is the reasoning applied in judgments in criminal concerning women benefited by a substitute sentence for the deprivation of liberty in privileged trafficking; and, finally, whether the justification for the sentence, applied both by the Court and by the sentence, taking into account the situation of vulnerability. The study sought to verify the existence of a correlation between the construction of a social-economic pattern of those convicted of drug trafficking – in terms of their vulnerability – and the sentence applied to them. In this path, the following objectives were established: 1) to investigate the construction of a social-economic pattern on the convicts; 2) to analyze the content of sentences and judgments; 3) to study the fundamentals of setting the penalty in sentences and judgments; 4) to discuss the application of the principle of coculpability and culpability for vulnerability in first and second instance decisions. Considering these objectives, documentary and bibliographical research of an interdisciplinary nature was carried out. The analysis was theoretically supported by authors from Social Sciences, Criminal Law, and Critical Criminology; particularly Critical Feminist Intersectional Criminology. The hypothesis examined in our research was that the Judiciary when applying deprivation of liberty to women convicted of drug trafficking does not consider the indicators related to their social construction. Considering the development of the study, the results of the research confirmed that the vulnerability factors of women convicted of drug trafficking present in the analyzed processes are invisible to the judges, and their situation of vulnerability is taken as a factor of aggravation of the sentence.

Keywords: Drug trafficking. Woman in the Criminal Justice system. Individualization of the Penalty. Coculpability. Culpability for Vulnerability.

RÉSUMÉ

L'objectif principal de cette recherche était d'étudier la vulnérabilité des femmes condamnées pour trafic de drogue, sur la base de l'analyse documentaire des jugements se référant aux affaires jugées par les chambres criminelles de la Cour de justice de l'État de Rio de Janeiro, entre juin et décembre 2018, 2019 et 2020, avec un accent particulier sur l'individualisation de la peine dans les décisions de première et de deuxième instance. L'analyse visait à établir des corrélations entre les indicateurs de vulnérabilité sociale pour évaluer le niveau d'aggravation et d'assouplissement des peines appliquées aux femmes condamnées pour trafic de drogue. Ce sont: la couleur; tranche d'âge; revenu; scolarité; maternité; état civil. Dans cette analyse, nous avons considéré: la construction d'un modèle socio-économique des femmes jugées pour le délit de traite; si les sanctions appliquées tenaient compte de la distinction entre usagers et trafiquants; si les indicateurs de vulnérabilité relevés ont été identifiés dans les arguments décisionnels; si d'autres situations de vulnérabilité ou apparentées ont été relevées dans les jugements; quel est le raisonnement appliqué dans les jugements en dosimétrie pénale par rapport aux femmes bénéficiant d'une peine substitutive à la privation de liberté dans la traite privilégiée; et, enfin, si la justification de la peine, appliquée tant par la Cour que par la peine, tenait compte de la situation de vulnérabilité. L'étude visait à vérifier l'existence d'une corrélation entre la construction sociale d'un modèle socio-économique des condamnés pour trafic de drogue – en termes de vulnérabilité – et la peine qui leur était infligée. Au cours de cette enquête, les objectifs suivants ont été établis: 1) enquêter sur la construction d'un modèle socio-économique des condamnés; 2) analyser le contenu des peines et des jugements; 3) étudier les principes fondamentaux de la fixation de la peine dans les peines et les jugements; 4) discuter de l'application du principe de coculpabilité et de culpabilité pour vulnérabilité dans les décisions de première et deuxièmes instances. Pour rendre compte de ces objectifs, une recherche documentaire et bibliographique à caractère interdisciplinaire a été réalisée. L'analyse a été théoriquement appuyée par des auteurs des domaines des sciences sociales, du droit pénal et de la criminologie critique; en particulier, la criminologie intersectionnelle féministe critique. L'hypothèse examinée dans notre recherche était que le pouvoir judiciaire, lorsqu'il applique la privation de liberté aux femmes condamnées pour trafic de drogue, ne tient pas compte des indicateurs liés à leur construction sociale. Avec le développement de l'étude, les résultats de la recherche ont confirmé que les facteurs de vulnérabilité des femmes condamnées pour trafic de drogue présents dans les processus analysés sont absolument invisibles pour les juges, et leur situation de vulnérabilité est prise comme un facteur d'aggravation de la peine.

Mots-clés: Trafic de drogue. Le femme dans le système de justice pénale. Individualisation de la peine. Coculpabilité. Blâmer pour la vulnérabilité.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 - Padrão socioeconômico - Atributo Cor.....	113
Gráfico 2 - Padrão socioeconômico - Faixa Etária.....	114
Gráfico 3 - Padrão socioeconômico - Escolaridade.....	114
Gráfico 4 - Padrão socioeconômico - Estado Civil	114
Gráfico 5 - Padrão socioeconômico - Maternidade	115
Gráfico 6 - Padrão socioeconômico - Ocupação	115
Gráfico 7 - Quantitativo de condenadas e absolvidas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020	115
Gráfico 8 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Atributo Cor.....	116
Gráfico 9 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária	116
Gráfico 10 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	116
Gráfico 11 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil.....	117
Gráfico 12 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	117
Gráfico 13 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação	117
Gráfico 14 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 - Atributo Cor.....	118
Gráfico 15 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 - Faixa Etária.....	118
Gráfico 16 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 – Escolaridade.....	118
Gráfico 17 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 - Estado Civil	119
Gráfico 18 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 – Maternidade	119

Gráfico 19 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 – Ocupação	119
Gráfico 20 - Quantidade de condenadas e absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020	120
Gráfico 21 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor	120
Gráfico 22 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária	120
Gráfico 23 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	121
Gráfico 24 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil.....	121
Gráfico 25 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	121
Gráfico 26 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação	122
Gráfico 27 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor	122
Gráfico 28 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária	122
Gráfico 29 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	123
Gráfico 30 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil.....	123
Gráfico 31 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	123
Gráfico 32 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação	124
Gráfico 33 - Quantitativo das penas mantidas e alteradas nos acórdãos	124
Gráfico 34 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor	124
Gráfico 35 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2019, 2019 e 2020 - Faixa Etária.....	125

Gráfico 36 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	125
Gráfico 37 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil	125
Gráfico 38 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	126
Gráfico 39 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação	126
Gráfico 40 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor	126
Gráfico 41 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária.....	127
Gráfico 42 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	127
Gráfico 43 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil	127
Gráfico 44 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	128
Gráfico 45 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação	128
Gráfico 46 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor	128
Gráfico 47 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária.....	129
Gráfico 48 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	129
Gráfico 49 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil	129
Gráfico 50 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	130
Gráfico 51 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação	130
Gráfico 52 - Regime inicial da pena aplicada nas sentenças nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Aberto, Semiaberto e Fechado.....	130

Gráfico 53 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor	131
Gráfico 54 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária.....	131
Gráfico 55 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	132
Gráfico 56 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil	132
Gráfico 57 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	132
Gráfico 58 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação	133
Gráfico 59 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor	133
Gráfico 60 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária	133
Gráfico 61 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	133
Gráfico 62 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil.....	134
Gráfico 63 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade.....	134
Gráfico 64 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Ocupação.....	134
Gráfico 65 - Regime inicial da pena aplicado nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Regime Aberto, Semiaberto e Fechado	135
Gráfico 66 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor.....	135
Gráfico 67 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária.....	135
Gráfico 68 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade	136
Gráfico 69 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil	136

Gráfico 70 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	136
Gráfico 71 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Ocupação	137
Gráfico 72 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor	137
Gráfico 73 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária	137
Gráfico 74- Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade.....	138
Gráfico 75 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil.....	138
Gráfico 76 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade	138
Gráfico 77 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação	139
Gráfico 78 - Origem dos recursos interpostos nos tribunais nos anos de 2018, 2019 e 2020	139
Gráfico 79 - Quantidade de condenadas por anos de condenação nas sentenças e nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020.....	140
Gráfico 80 - Critérios de corte e quantidades de processos.....	141

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1 O MARCO CONCEITUAL DA VULNERABILIDADE SOCIAL.....	29
1.1 O conceito de vulnerabilidade social.....	29
1.1.1 Minorias.....	32
1.1.2 Grupos vulneráveis.....	36
1.1.3 Aplicando o conceito de vulnerabilidade.....	40
1.2 Desvelando a vulnerabilidade.....	42
1.2.1 Desigualdade social.....	42
1.2.2 Racismo e dominação.....	45
1.2.3 Necropolítica no Brasil contemporâneo.....	50
1.2.4 Enfrentando a desigualdade social.....	53
1.3 Caminhos da criminologia feminista negra.....	57
1.3.1 O paradigma da criminologia crítica feminista.....	58
1.3.2 A construção da criminologia crítica feminista.....	59
1.3.3. A interseccionalidade de gênero, raça/etnia e classe.....	61
2 AS CONTRADIÇÕES DO CAPITALISMO NA CONFIGURAÇÃO DO ESTADO PENAL.....	65
2.1 Crítica do estado capitalista.....	65
2.2 A instauração do estado penal.....	71
2.3 O grande encarceramento no brasil.....	78
2.3.1 O aprisionamento de mulheres.....	82
2.3.2 As implicações da legislação de drogas.....	84
2.3.3 O paradigma restaurativo aplicado nos crimes de drogas.....	91
2.4 O impacto da justiça criminal.....	94
2.4.1 O mito da igualdade jurídica no direito penal.....	94
2.4.2 A individualização de pena na justiça criminal.....	96
2.5 Diques de redução do poder punitivo.....	98
2.5.1 A delimitação do conceito de culpabilidade.....	99
2.5.2 Outros paradigmas.....	104
2.5.3 A coculpabilidade.....	106
2.5.4 A culpabilidade pela vulnerabilidade.....	109
3 OS ACÓRDÃOS JUDICIAIS DAS MULHERES CONDENADAS POR TRÁFICO DE DROGAS DO TJERJ.....	112
3.1 A metodologia.....	112

3.2.	A construção do padrão socioeconômico das sentenciadas	113
3.3	O estudos das sentenças	115
3.3.1	O padrão socioeconômico das condenadas.....	116
3.3.2	A construção do padrão socioeconômico das absolvidas	118
3.4	O estudo dos acórdãos	120
3.4.1	A construção do padrão socioeconômico das absolvidas	120
3.4.2	A construção do padrão socioeconômico das condenadas	122
3.5	O regime inicial de pena na sentença	130
3.5.1	A construção do padrão socioeconômico no regime aberto	131
3.5.2	A construção do padrão socioeconômico do regime fechado e semiaberto	133
3.6	Regime inicial de pena nos acórdãos	134
3.6.1	A construção do padrão socioeconômico do regime aberto	135
3.6.2	Padrão socioeconômico do regime fechado e semiaberto	137
3.7.	Recursos interpostos para o tribunal	139
3.8.	O percentual das condenadas nas sentenças e nos acórdãos	140
4	RESSIGNIFICANDO O IMPACTO DA VULNERABILIDADE	141
4.1	A vulnerabilidade na justiça criminal	142
4.2	Análise dos dados	144
4.2.1	As absolvidas	145
4.1.2	Penas diminuídas	150
4.1.3	Penas mantidas.....	165
4.1.3	Penas agravadas	194
CONCLUSÃO	200
REFERÊNCIAS	207

INTRODUÇÃO

A tontura da fome é pior do que a do álcool. A tontura do álcool nos impele a cantar. Mas a da fome nos faz tremer. Percebi que é horrível ter só ar dentro do estômago. Comecei a sentir a boca amarga. Pensei: já não basta as amarguras da vida? [...].
(JESUS, 2007, p. 45-46)

O processo da fixação de pena feita pelos julgadores nas decisões condenatórias sempre foi fonte de grande inquietação para mim, tendo sido discutido, inclusive, em minha dissertação de mestrado em Ciências Penais, há mais de 20 anos. Desde então, venho estudando o tema de forma a ampliar o debate para além do direito penal.

O direito penal resulta de um discurso paradoxal, posto que tutela determinados bens jurídicos em detrimento de outros. Além disso, os discursos sobre a função da pena cumprem o papel de mera legitimação do exercício de poder do sistema penal e da agência judicial. Por isso, a aplicação da pena pelos Tribunais demonstra sua absoluta carência de racionalidade (ZAFFARONI, 1991).

O atual Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de dezembro de 1940) prevê, no artigo 59¹, o princípio da culpabilidade como circunstância judicial na fixação da pena. O juiz deverá examinar a culpabilidade como fator central na determinação da sanção penal, além de outras circunstâncias judiciais, tais como: os antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

Entretanto, o conceito de culpabilidade encontra-se em crise, em virtude da deslegitimação do sistema penal. A seletividade da criminalização secundária² acaba por tornar insustentável a legitimação e a reprovação, tanto quanto a utilização da pena (instrumento validador da violência de um exercício de poder). Ressalte-se a lenta degradação do discurso jurídico-penal, quando se questiona: “Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo? São perguntas que a reprovação normativa não pode responder”. (ZAFFARONI, 1991, p. 259).

¹ “Compete ao Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...” (BRASIL, 1984).

² A partir da seletividade do sistema penal, surge a criminalização primária - quando o poder legislativo e o Estado definem quais são os bens jurídicos mais importantes e que devem ser protegidos pela lei penal. A partir de então, surge o processo de criminalização secundária, que se refere à aplicação da lei penal com a atuação das instâncias oficiais, tais como Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário (BARATTA, 1997).

Portanto, não se pode formular um juízo de reprovação a um indivíduo do qual não era razoavelmente possível exigir que ele agisse de outra maneira, quando “seu âmbito de autodeterminação estava tão reduzido pelas circunstâncias objetivas que também a exigibilidade aparecia sumamente reduzida” (ZAFFARONI, 1991, p. 259).

Em face disso, a doutrina desenvolveu o estudo da coculpabilidade no direito penal, por meio do qual se reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de delitos praticados por determinadas pessoas excluídas e vulnerabilizadas (ZAFFARONI; BATISTA, 2017). O tema foi aprofundado por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (ZAFFARONI; BATISTA, 2017), que estudam a situação de vulnerabilidade como um elemento regulador da aplicação da culpabilidade na fixação da pena.

Segundo os referidos autores, a situação de vulnerabilidade apresenta um elemento concreto estabelecido para ser aplicado no juízo de censura: a seletividade do sistema penal brasileiro, ao invés de um fundamento material - a autodeterminação no momento da prática delitiva - baseado numa filosofia de ordem moral ou abstrata ou de ordem ética, desvinculada da realidade a que ela se circunscreve. Tal teoria busca a efetivação da igualdade substancial entre os cidadãos, ante a característica marcante da seletividade em nosso sistema punitivo. Desta forma, concluem, a avaliação da vulnerabilidade do agente deve ser considerada pelo juiz para aferir o grau de esforço pessoal empreendido por de cada um dos sujeitos para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade

Essa matéria tem sido discutida teoricamente em comissões do parlamento, institutos de juristas e sociólogos especializados em criminologia, inclusive nas universidades brasileiras, porque ela democratiza o critério de juízo de censura no sistema de justiça criminal (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 166-170); e sua aplicação pode influir em sucessivos abrandamentos de decisões judiciais na aplicação da pena.

Em outubro de 2006 (BRASIL, 2006a) entrou em vigência um novo diploma legal em matéria de drogas – a Lei nº 11.343/06, que veio a aumentar o encarceramento relativo ao tráfico de drogas, cuja imputação do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 prevê pena de prisão variável entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos.

Além de aumentar a pena do tráfico de drogas – na antiga Lei (6.368/76) aplicava-se uma pena de 3 anos a 5 anos –, a nova legislação não estabeleceu critérios objetivos para diferenciar a situação do usuário e do traficante. Por outro lado, o legislador não estabeleceu um critério objetivo de quantidade formadora de presunção relativa, para o porte de cada espécie de drogas, que pudesse *servir de parâmetro* do caráter de quem conduz consigo a droga para uso próprio e para comercialização. Assim, embora a lei tenha previsto a substituição da

pena de prisão dos usuários de drogas por medidas alternativas, como o serviço comunitário – o que deveria ter reduzido a população carcerária –, sua linguagem vaga possibilita que os usuários sejam processados como traficantes.

O tráfico de drogas lidera o ranking das tipificações penais para o encarceramento no Brasil. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, no informe sobre o nosso sistema prisional - *Balancos e projeções a partir da ADPF 347* - (2021, p. 12), atualmente quase 37 mil mulheres integram a população prisional, representando 4,9% do total, com 17,5 mulheres presas a cada 100 mil habitantes. O Infopen Mulheres (Brasil, 2019) revelou que, de 2005 a 2019, houve um aumento de mais de 188% no número de mulheres presas; e que, em dezembro de 2019, cerca de 50,94% das mulheres foram aprisionadas em decorrência de criminalizações previstas na Lei de Drogas. Esses dados demonstram que, a partir da vigência da Lei, houve um incremento da criminalização de mulheres, em especial as jovens mães pretas, excluídas socialmente.

Portanto, após entrar em vigência a atual Lei de drogas, a pena de prisão continua assumindo as funções deslegitimantes, notadamente porque não se dirige nem à prevenção, nem tampouco à repressão do delito, como dispõe o atual artigo 59 do Código Penal (Brasil, 1940).

Por essas razões, é necessário repensar as alternativas ao modelo existente para buscar novos paradigmas de configuração de administração de conflitos, que não tenham um vínculo com o propósito acusatório-punitivo típico do sistema penal brasileiro contemporâneo.

Com base nisso, e a partir das principais análises críticas instrumentais do abolicionismo penal, amparadas nas obras de Louk Hulsman (1997) e Nils Christie (2020) sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal tradicional, pudemos compreender as proposições (diretas e indiretas) para a estruturação de um modelo crítico de justiça penal, visando soluções de redução da rede de controle penal.

Nessa perspectiva foi apresentado o Projeto de Lei nº 3.473, em 18 de agosto de 2000 (BRASIL, 2000), objetivando introduzir como circunstância judicial no artigo 59 do Código Penal a responsabilidade do Estado, a fim de compartilhar a culpabilidade da pessoa considerada como infratora, por ter sido ela privada do acesso a seus direitos fundamentais pelo Estado, como saúde, educação, trabalho e moradia, por exemplo.

O referido Projeto propõe alterar o artigo 59 do Código Penal, que passaria a prever que “O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena...”.

Além disso, acrescenta, no artigo 68 A: “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz, observado o critério do art. 59, e havendo desproporcionalidade entre a pena mínima cominada e o fato concreto, poderá, fundamentadamente, reduzir a pena de um sexto até metade”. (BRASIL, 2000).

Segundo o referido Projeto de Lei, o juiz deverá avaliar quais foram as oportunidades oferecidas aos réus, a fim de averiguar o âmbito de sua autodeterminação, sentando-se no banco dos réus, ao lado dele, a própria sociedade na qual vive e que influi em seu comportamento. Tal circunstância é denominada a coculpabilidade do Estado, e introduz as oportunidades sociais oferecidas ao agente para fixação da pena (BATISTA, 1999).

Acentue-se, no entanto, que o princípio da coculpabilidade na aplicação da pena não elimina a seletividade do sistema penal, mas atua como um dique de contenção do poder punitivo, reduzindo os seus impactos. Além disso, por via reflexa, pode servir de estímulo para que os legisladores também venham a estabelecer critérios de responsabilidade do Estado quanto à fixação de pena dos condenados.

Considerando esse contexto, realizamos um estudo sobre a vulnerabilidade das mulheres condenadas por tráfico de drogas, partindo da análise documental dos acórdãos referentes a processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre junho e dezembro de 2018, 2019 e 2020, com ênfase especial na individualização da pena nas decisões de primeira e segunda instância.

A escolha dessa análise permitiu realizar o levantamento de dados relativos às penas aplicadas pelo colegiado de julgadores de segunda instância nos acórdãos, bem como compará-las com as penas fixadas nas decisões de primeira instância.

Os dados dos processos foram obtidos perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Diretoria-Geral de Estatística e Apoio à Jurisdição (DGJUR). O levantamento se deu através do ingresso nos procedimentos arquivados no sistema informatizado do TJRJ, pela plataforma EJUD de movimentação processual. O resultado da pesquisa resultou uma totalidade de 14.830 processos, nos quais 210 se referiam a mulheres que tinham sido sentenciadas por tráfico, sendo 49 processos em 2018, 105 processos em 2019 e 56 processos em 2020.

Os meses e os anos foram escolhidos em virtude de ter assumido no Estado do Rio de Janeiro o ex-governador, Wilson Witzel, com apoio do ex-presidente da República, Jair Bolsonaro. O período e o local escolhido se relacionam à emergência de uma política de segurança pública – defendida por Jair Bolsonaro, e operacionalizada pelo ex-governador do

Estado, Wilson Witzel – marcada pelo enfrentamento e pela radical intolerância, por meio da qual se consolida o que vem sendo chamada de *necropolítica*.

A coleta dos dados teve como objetivo levantar os indicadores de vulnerabilidade social para avaliar o nível de agravamento e abrandamento das penas aplicadas às mulheres condenadas por tráfico de drogas. São eles: cor; faixa etária; renda; escolaridade; maternidade; local de residência.

A análise buscou estabelecer correlações entre esses indicadores, por um lado, e o agravamento ou o abrandamento das penas, por outro. Num segundo momento, investigamos a individualização da pena nas decisões de primeiro e segundo grau no que diz respeito à culpabilidade como elemento central do juízo de censura na determinação da reprovação penal.

Nessa análise consideramos: a construção social do padrão das mulheres julgadas por crime de tráfico; se as penas aplicadas levaram em consideração a distinção entre usuário e traficantes; se nas argumentações das decisões foram identificados os indicadores de vulnerabilidade levantados; se outras situações de vulnerabilidade ou correlatas foram apontadas nos acórdãos; qual a fundamentação aplicada nos acórdãos na dosimetria penal em relação às mulheres beneficiadas por pena substitutiva à privativa de liberdade no tráfico privilegiado; e, por fim, se a fundamentação da pena, aplicada tanto pelo Tribunal quanto pela sentença, levou em consideração a situação de vulnerabilidade.

A hipótese suscitada em nossa pesquisa foi de que o Poder Judiciário, ao aplicar pena privativa de liberdade a mulheres condenadas por tráfico de drogas, não considera os indicadores relativos à construção social delas, sendo sua situação de vulnerabilidade tomada como fator de agravamento da pena. Para investigar a hipótese, este estudo pretendeu verificar a existência de uma correlação entre a construção de um padrão socioeconômico das condenadas por tráfico de drogas – no que tange à sua vulnerabilidade – e a pena a elas aplicada.

No percurso desta investigação foram estabelecidos os seguintes objetivos: 1) investigar a construção de um padrão socioeconômico sobre as condenadas; 2) analisar o conteúdo das sentenças e acórdãos; 3) estudar os fundamentos da fixação de pena nas sentenças e nos acórdãos; 4) discutir aplicação do princípio da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade nas decisões de primeira e segunda instância.

Para desenvolver a minha pesquisa, tive que inicialmente me “atirar em uma aventura” (BATISTA, 2003, p. 61), cujo caminho percorrido foi assimilar uma abordagem da sociologia e sua aproximação com a desigualdade, a exclusão social, o racismo; e, também com a criminologia crítica, na perspectiva feminista interseccional.

Neste percurso, no primeiro capítulo, através de um amplo espectro instrumental teórico, foi relevante delimitar o conceito de vulnerabilidade social, que ainda se encontra em construção. Nesse sentido, a vulnerabilidade assume várias conotações - vários cenários e unidades de contextos e estruturas sociais - por envolver indivíduos fragilizados politicamente, que necessitam de proteção especial para a garantia de seus direitos como cidadãos. Valemos-nos de vários estudos de autores, tais como: Moser (1998); Kaztman (1999 e 2005); Vignoli (2001); Busso (2001); Villa (2001); Abramovay (2002) AYRES (2008).

Neste caminho inicial, o estudo teve o papel de discussão sobre a delimitação conceitual de minorias e grupos vulneráveis no reconhecimento de seus direitos.

O conceito de minorias advém da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948): após muitas discussões sobre o tema, o membro especial da subcomissão da ONU, Francesco Capotorti apresentou uma definição de minoria, destacando quatro elementos objetivo: o diferenciador, o quantitativo, o da nacionalidade e o de não-dominância) - os quais constituem: “grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes do resto da população” (CAPOTORTI 1979, p. 96). Segundo o autor, acrescenta-se o elemento subjetivo (solidariedade e preservação da identidade cultural) - religião, tradições e idioma - que “demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua” (CAPOTORTI 1979, p. 96).

Vários autores contestaram tal definição, seguindo a classificação dada, especialmente quanto ao elemento subjetivo do conceito (WUCHER, 2000; BARRETO 2016), por haver a exclusão e redução de proteção política do Estado a grupos minoritários nacionais, que têm seus direitos violados. Portanto, adotamos a definição do sociólogo alemão Lous Wirth, para quem minoria é: “Um grupo de pessoas que, por suas características físicas ou culturais, se diferenciam dos outros na sociedade em que vivem para tratamento diferenciado e desigual e, portanto, são considerados como objetos de discriminação coletiva” (WIRTH, 1945, p.347)

A partir desse marco teórico, foi possível traçar a diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis - que são tratados como sinônimos em razão de ambos sofrerem preconceitos e discriminações. Há elementos comuns e peculiaridades atribuídas a *grupos vulneráveis* como sendo *minorias*; ou, para justificar direitos usufruídos por *minorias* sob o argumento de que se trata de um *grupo vulnerável*; porém não se pode afirmar que há uma identidade absoluta entre os dois termos (ANJOS FILHO, 2008, p. 220).

Robério Anjos Filho (2009, p. 229-230) aponta semelhanças entre minorias e grupos vulneráveis, e propõe uma categoria genérica de grupos vulneráveis em sentido amplo, que conteria outras, as quais seriam subespécies, havendo uma relação de contingente e conteúdo, respectivamente, que podem ser seccionados nas seguintes subcategorias: minoria e grupo vulnerável em sentido estrito.

Após um amplo estudo sobre o tema, nos alinhamos à mesma distinção feita por Robério Nunes, por entender que nem sempre estão presentes os elementos de natureza objetiva e subjetiva das minorias; porquanto: “A exigência de atenção especial aos grupos vulneráveis em geral também se justifica para protegê-los de efeitos deletérios do desenvolvimento, aos quais normalmente estão mais expostos” (2008, p. 268). No mesmo sentido, Cançado Trindade (1993) entende da necessidade de proteção especial a grupos especialmente vulneráveis e desfavorecidos, tais como certas comunidades culturais e linguísticas, mulheres, índios, crianças e idosos.

O reconhecimento de que *grupos vulneráveis em sentido estrito e minorias* são também titulares de direitos - com peculiaridades próprias voltadas ao respeito às suas particularidades - diferentes daqueles reconhecidos aos membros da sociedade dominante, é condição indispensável para efetivação dos objetivos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Tal conclusão pode ser conferida a partir de documentos internacionais extraídos do âmbito das Nações Unidas (ANJOS FILHO, 2008).

Portanto, no âmbito jurídico, torna-se necessária a adoção de um regramento especial que atenda às demandas específicas desses grupos, conferindo-lhe uma tutela específica e diferenciada, em virtude dos aspectos de não identidade e da luta individualizada que cada um precisará travar para obter os seus direitos pretendidos, de modo que possam ter reconhecidos seus direitos, em meio a um panorama de violações sistemáticas e continuadas de direitos fundamentais (BARRETO, 2016).

Dessa forma, a expressão cunhada por vulnerabilidade alcançou não apenas o debate internacional e de direitos humanos, mas também diz respeito ao processo de efetivação/universalização e de reconhecimento dos direitos a determinados indivíduos em situação de fragilidade, especialmente no que tange à dignidade humana. Assim, podemos destacar que a condição de vulnerabilidade está atrelada à identificação de práticas discriminatórias, desigualdades e exclusão social, racismo estrutural e institucional em relação a minorias ou grupos vulneráveis (CAYRES, G. R. M.; CIDADE, R.); para além, há a necessidade de se repensar mecanismos de redução das desigualdades, através de ações afirmativas.

A partir desse estudo da vulnerabilidade, pudemos buscar sua aproximação com desigualdade e exclusão social e marginalização no âmbito da concepção sociológica. Nesse sentido, ao delimitar conceitualmente desigualdade social, foi possível compreender as zonas de vulnerabilidade, que vão desde os setores mais marginalizados e excluídos até setores médios, os quais buscam manter seu padrão de inserção e bem-estar, como forma de proteção às ameaças de precarização do mercado de trabalho. Assim, seguindo a base sociológica de lógica de mercado, os vulneráveis são definidos como aqueles que se encontram fora do sistema (CASTRO e ABRAMOVAY, 2002)

Sob uma ótica sociológica também fundamentada, Edson Lopes chama atenção para a exposição de indivíduos a determinados riscos, que podem desencadear mais estigmas e, assim, maior seletividade penal, pois “em nome da defesa de direitos, administra os graus de justiça de suas violações como possibilidade de sua própria sobrevivência sob o respaldo da prevenção que opera no confinamento de vida nas periferias”. (2009, p.125-26).

Embora reconheçamos a importância das observações desse autor, nos valem das reflexões feitas por Soczek (2018), que propõe articular a ideia de vulnerabilidade, em uma sociedade de risco (individual e coletivo), com os novos direitos, considerando, contudo, a construção da vulnerabilidade social específica de cada grupo examinado, a fim de estabelecer critérios para superação das desigualdades, sem gerar mais estigmas.

Ao apresentar a aproximação com o estudo do racismo, acolhemos o referencial de Silvio Almeida, na obra *Racismo estrutural*, para quem “o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminaram em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam”. (ALMEIDA, 2019, p. 22), e que, sendo sistêmico, toma corpo sob a forma de discriminação racial.

Silvio Almeida também reconhece a existência de um racismo institucional. Segundo o autor, as instituições regulamentam as normas que devem conduzir as práticas dos sujeitos, amoldando seus comportamentos, seus modos de pensar, suas preferências a determinados grupos de acordo com a cor da pele. Dessa forma, as instituições são materializadas nas relações de poder sobre os grupos racializados como elemento constitutivo, que retrata “um controle direto ou indireto de determinados grupos sobre o aparato institucional”. (ALMEIDA, 2019, p. 28-29)

Nesse cenário, para além da necessidade de se repensar mecanismos de redução das desigualdades, através de ações afirmativas, é fundamental enfrentar as desigualdades sociais, que impactam à construção de sociedade solidária, fraterna e pluralista a fim de garantir a

promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e outras formas de discriminação (artigos 1º, V, e 3º da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Sobre o tema, adotamos o embasamento teórico de Fraser (2002) e Boaventura Santos (2003), segundo o qual: o desafio da conquista da igualdade material é estabelecer uma política que priorize tanto o reconhecimento de direitos como também as diferenças; e que, para além, vise transformar as injustiças da estrutura-política subjacente. Por isso, Fraser (2008) defende que os remédios de redistribuição transformativos tendem a minimizar a diferenciação de classe, reduzindo a desigualdade social sem a criação de classes estigmatizadas de pessoas vulneráveis.

Assim, percorremos o caminho da desigualdade e da ausência de reconhecimento de direitos, do racismo estrutural e institucional, chegando aos grupos excluídos e marginalizados que se encontram sob o peso do sistema de justiça criminal brasileiro. Portanto, adotamos a perspectiva de vulnerabilidade, segunda a qual o sistema penal se organiza no sentido de punir seletivamente determinados grupos, em razão de sua marginalização social e econômica (ZAFFARONI, 1991, p. 26).

Por ser um estudo sobre mulheres condenadas por tráfico de drogas, elegemos para abordagem do tema o paradigma teórico e metodológico da perspectiva interseccional, cuja origem remanesce dos movimentos *feministas negros – Black feminist* – nos Estados Unidos e no Reino Unido entre os anos 1970 e 1980.

Embora sua discussão originária seja no âmbito da sociologia - preocupado com as interações e marcadores sociais nas vidas das minorias -, o aporte teórico da interseccionalidade foi tomado como ferramenta analítica importante para compreender os processos de criminalização que levam determinadas populações a serem selecionadas pelo sistema penal em uma perspectiva interseccional sobre as relações sociais de raça, sexo e classe.

O termo interseccionalidade foi sistematizado, inicialmente, por Kimberlé Crenshaw (1989), feminista e professora estadunidense - pesquisadora especializada em questões de raça e gênero -, que se dedicou a discutir as interações e superposições de identidades raciais e sexuais subjacentes à discriminação social.

A partir desse debate, a autora ampliou o tema, em que abordou especialmente a marginalização estrutural das mulheres negras (CRENSHAW, 1991). Desde então o termo estabeleceu o paradigma teórico e metodológico das discussões acadêmicas, demarcando, no campo político e jurídico, as ingerências que permeiam as condições estruturais e institucionais do racismo, sexismo e das violências aplicadas às mulheres negras.

Para a autora, o conceito de interseccionalidade diz respeito à forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras” (CRENSHAW, 2002, p. 177).

Na mesma diretriz, Angela Davis resume: “É preciso compreender que classe informa raça. Mas raça também informa a classe. E gênero informa a classe. Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como a raça é vivida” (DAVIS, 2018, p. 8). Dessa forma, as intersecções entre raça, classe, e gênero são categorias que se relacionam ora mutuamente, ora de forma cruzada.

No capítulo 2, objetivamos compreender a questão criminal e sua aproximação com a instauração do Estado Penal, especialmente no Brasil contemporâneo, para além das suas implicações após a atual Lei de Drogas (11.343/2006). correlacionado com as mulheres condenadas por tráfico de drogas. O estudo evoluiu para uma crítica ao modelo ideológico do direito penal e aos impactos da justiça criminal, visando estabelecer soluções de contenção do poder punitivo.

Para estabelecer o marco teórico em que trabalhamos, essa extensão “de fronteiras confusas, transdisciplinar por excelência” (BATISTA, 2011, 15), tivemos que conduzir o nosso estudo para o referencial do campo marxista, que estabelece muito claramente a correlação do capital com a estruturação do Estado penal e da pena criminal. Da mesma forma, como expressa Vera Malaguti Batista: “nos alinhamos à grande ruptura epistemológica feita por Karl Marx”. (BATISTA, 2011. p. 18).

A partir de um conjunto de obras que caminharam nessa direção, foi possível compreender que a base material das relações de produção e da formação social do capitalismo são as mesmas das relações do direito, especialmente do direito penal, que refletem a racionalização desse sistema. O direito penal é uma forma ideológica do próprio sistema capitalista, para legitimar a hegemonia do capital, em que a pena de prisão adquire valor de uso e valor de troca – tal como observou Marx, em sua obra *O Capital* (2003) em relação à mercadoria -, sendo estas medidas como equivalente pelo tempo prisão.

Esse embasamento teórico possibilitou a compreensão além do Direito Penal também as agências judiciais são produtos do modo de produção capitalista e que, por isso, privilegiam a estrutura econômica social na qual estes se encontram inseridos. A sua lógica determina que não são considerados uma área neutra do saber, pois reafirmam a estrutura de política social, econômica e penal vigente (SANTOS, 2008).

Assim, pudemos correlacionar as relações sociais entre o capital e trabalho; mercadoria e formas políticas e jurídicas; e os seus reflexos nas técnicas de controle penal. Outra reflexão relevante na crítica marxista ao Estado capitalista é o caráter inviolável da propriedade privada, elemento fundamental que permeia toda a organização da sociedade capitalista. Nesse sentido, o estudo de *O Capital*, no Livro I do Capítulo XXIV em *A assim chamada acumulação primitiva* descreve de modo muito esclarecedor como a expulsão do trabalhador rural consolidou a propriedade privada (MARX, 2013). Assim, para disciplinar e adequar os trabalhadores à nova realidade produtiva e social, o poder punitivo torna-se um dos principais instrumentos de controle social. Nessa conjuntura, surgiram as prisões modernas, que passaram a se destinar ao controle dos chamados ociosos, ladrões e criminosos de baixa periculosidade.

Aproximando o referencial marxista do direito, apresentamos o aporte teórico do jurista soviético Evgeny Pachukanis, em sua obra *Teoria do direito e marxista* (1989). Nela, ele desenvolve a teoria do *princípio da retribuição equivalente*, demonstrando que o sistema produtivo capitalista e o seu sistema repressivo compartilham uma lógica comum. Tal concepção articula o meio típico de formalização e compreensão dos negócios, o contrato, como o modelo típico de punição, de forma que a prisão se encontra profundamente ligada: “à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato, mensurável pelo tempo”. Segundo ele, “para que a ideia da possibilidade de reparar o delito” através de um quantum de “liberdade tenha podido nascer, foi necessário que todas as formas concretas da riqueza social tivessem sido reduzidas a mais abstrata e simples das formas, ao trabalho humano medido pelo tempo” (PACHUKANIS, 1989, p.205).

A partir desse estudo materialista e dialético do poder punitivo, George Rusche e Otto Kirchheimer (2004) aprofundaram o tema a respeito do desenvolvimento do sistema punitivo medieval, entre os séculos XVI e XIX; e como ele acompanhou de forma crescente as sociedades capitalistas da Europa e do ocidente para controle da mão de obra e da força do trabalho, a partir dos séculos XVIII e XIX, período segundo o qual surgem as prisões. As manufaturas são transformadas em fábricas e as casas de correções em prisões.

Porém, é com Massimo Pavarini (2006) que se fundamenta com maior profundidade a concepção da pena criminal como princípio de retribuição equivalente, medida pelo tempo do trabalho humano abstrato, que tem relação com o sistema de produção capitalista. Essa ligação oculta o adestramento de uma massa humana para torná-la útil para o trabalho. As instituições prisionais surgem como modelos de fábricas de proletários, aparelho disciplinar para produzir sujeitos dóceis e úteis “mediante o exercício de coação educativa total sobre o condenado” (SANTOS, 1981, p. 55-56).

Seguindo essa diretriz, Loïc Wacquant (2018) contribuiu para refletir sobre como ao longo do século XX o poder punitivo se manteve como um instrumento do Estado a serviço do capital. Especialmente, o autor nos inspirou a pensar como a aplicação da pena se tornou uma técnica sofisticada para manter a invisibilidade dos problemas sociais enfrentados pelas crises do capital, a partir do neoliberalismo, transformando a prisão, conforme sublinha Loïc Wacquant, na “lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado” (WACQUANT, 2018, p.21).

Com fundadas razões, a partir das leituras de Marildo Menegat (2015), pudemos compreender a emergência de um capitalismo regressivo, embasado nos escritos marxianos, “que é a barbárie cotidiana em que vivemos, em permanente progressão” (MENEGAT, 2015, p.9). A consequência imediata desta reconfiguração é o aumento extraordinário da população carcerária nos países capitalistas, sobretudo nos Estados Unidos e em países da América Latina.

Todo esse aporte referencial, lançou luzes em torno do nosso sistema penal em consonância com a atuação da justiça criminal brasileira, que privilegia, uma política criminal de repressão penal; e, também como este sistema penal opera de modo seletivo e enviesado na seleção criminalizante e na vulnerabilização de mulheres condenadas por tráfico de drogas (BORGES, 2018).

Para aprofundar esse tema, foi relevante elaborar um estudo sobre o grande encarceramento no Brasil, a criminalização a partir das legislações de drogas e as implicações da atual Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006a)- para esse estudo nos valem das seguintes referências teóricas: batista, 1988); Scheerer(2009) e Olmo (1990).

Discutimos, também, as situações peculiares de vulnerabilidade das mulheres submetidas ao sistema penal, com base nos estudos Moura (2012); Costa (2008); Barcinski (2009); Soares & Ilgenfrit (2002) e Queiroz (2015).

Para além, debatemos as desvantagens da atual política criminal (de guerra) e o fracasso do discurso irracional das drogas, diante das propostas de reforma no sistema de justiça criminal aplicadas na legislação 11.343/2006, que priorizem abordagens e medidas não privativas da liberdade; privilegiando a concepção da justiça restaurativa, a partir do trabalho de Zehr (2008), com referências de Andrade (2017); Pedrinha (2022) e Carvalho (2022).

Nesse propósito, foi possível debater, no âmbito do Poder Judiciário, qual o seu papel de destaque, uma vez que ele é o agente responsável pela condenação de cada uma dessas mulheres, que compõem a massa de excluídas do sistema produtivo; portanto, procuramos abordar a atividade dos julgadores na individualização da pena, ao aplicar a culpabilidade, segundo o artigo 59 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940). Por fim, discutimos a

aplicação do princípio da culpabilidade e da culpabilidade como elementos importantes como diques de contenção do poder punitivo.

No terceiro capítulo, elaboramos o cruzamento de dados sobre vulnerabilidade dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre 2018-2020.

Para concretização deste estudo, levantamos os dados dos acórdãos em forma de gráficos, que levaram em consideração os seguintes indicadores: cor; faixa etária; situação de emprego; escolaridade; maternidade. Os gráficos apresentaram em porcentagem os dados coletados das categorias selecionadas na seguinte forma: brancas, pretas e pardas; condenadas entre 18 a 25 anos, 26 a 35, entre 36 a 45 anos, 46 a 55 e acima de 55 anos; bem como o estado civil. Além disso, pesquisamos quais delas não conseguiram completar o ensino fundamental, ensino médio e ensino superior. Ainda, foram coletadas as seguintes informações: mulheres sem filhos, com 1 filho, 2 a 3 filhos e acima de 4 filhos. Por fim, investigar-se-á a ocupação das mulheres criminalizadas.

A partir do resultado desses dados, foram analisados os seguintes grupos: i) quais foram absolvidas; ii) quais foram beneficiadas com a pena do tráfico privilegiado, por prisão aberta e penas substitutivas de prisão; iii) quem teve a pena em regime fechado confirmada; qual o padrão social de quem teve a pena majorada; ainda, quais interpuseram recursos para as instâncias superiores

No capítulo 4, descrevemos a análise do conteúdo substancial das sentenças e dos acórdãos, com atenção ao julgamento dos juízes e desembargadores na aplicação de pena e os fatores de vulnerabilidade das situações concretas de cada caso. A evolução do trabalho caminhou para a reflexão de soluções e as formas de redução do poder punitivo.

De posse dos resultados, e após a apresentação das concepções da culpabilidade na dogmática penal, pudemos discutir, por fim, a proposta de Zaffaroni e Nilo Batista (2017), que propõem medidas de regulação para contenção do sistema penal, como a coculpabilidade e a culpabilidade pela vulnerabilidade.

1 O MARCO CONCEITUAL DA VULNERABILIDADE SOCIAL

O racismo é, portanto, um sistema de opressão que nega direitos, e não um simples ato da vontade de um indivíduo. Reconhecer o caráter estrutural do racismo pode ser paralisante. Afinal, como enfrentar um monstro tão grande? (RIBEIRO, 2019, p. 12).

Neste estudo, enfrentamos o desafio de desenvolver um debate, através de um amplo espectro instrumental teórico, sobre a construção do conceito de vulnerabilidade social, que ainda se encontra em construção³. Nesse sentido, a vulnerabilidade assume várias conotações e dimensões - vários cenários e unidades de contextos e estruturas sociais, em discussão no âmbito internacional e de direitos humanos, que foram apresentados ao longo do trabalho.

Após todo esse aporte teórico, procuramos correlacionar o fenômeno da vulnerabilidade e sua aproximação com a desigualdade, exclusão social e racismo; e, ainda, sob a perspectiva da criminologia crítica feminista e interseccional.

1.1 O conceito de vulnerabilidade social

O estudo da vulnerabilidade social apresenta-se como um conceito heterogêneo, requerendo um empenho básico de compreendê-lo pelo entrecruzamento de seus fatores multicausais. Essas abordagens abrangem desde uma má distribuição de renda, a inefetividade de acesso aos direitos – em particular, os sociais – que as políticas públicas não conseguem alcançar ou ultrapassar de modo mesmo que parcial, até a degradação ambiental. A omissão do Estado tem um peso considerável nesse quadro de fatores.

Há estudos sobre o que caracteriza a vulnerabilidade, porém, o seu conceito vem sendo construído no contexto de minorias ou grupos vulneráveis, por se entender que a população considerada vulnerável faz parte de um grupo de menor dominância social. Assim, é possível compreender que ser vulnerável está associado à ideia de precariedade de condições de vida (FIGUEIREDO; NORONHA, 2008) e “que resulta na probabilidade de risco de um indivíduo, grupo familiar ou coletividades de serem lesados, feridos, ou violados, em razão de mudanças ou permanências de situações externas e /ou internas” (BUSSO, 2001, p. 8).

O marco conceitual de vulnerabilidade veio a ser amplamente debatido na produção científica das ciências, nos anos de 1990, embora já na década 1980 este estudo tenha estado relacionado a contribuições voltadas a uma perspectiva da saúde, referindo-se às pessoas que

³ Moser (1998); Kaztman (1999); Vignoli (2001); Busso (2001); Villa (2001); Abramovay (2002), entre outros.

apresentavam fatores associados à epidemia de *Human Immunodeficiency Virus* (HIV)/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), diante da possibilidade de exposição do indivíduo à infecção pelo vírus HIV e do possível adoecimento advindo da AIDS. Assim, a vulnerabilidade foi inserida em discussões da saúde pública, o que a fez avançar para além do conceito epidemiológico de risco, grupo de risco e comportamento de risco (AYRES et al.; 2009).

No conjunto de estudos visando a oferecer subsídios de uma definição analítica teórico-conceitual da vulnerabilidade, podemos apontar o trabalho de Caroline Moser, que procura enfrentar o tema através da relação entre disponibilidade dos recursos materiais e simbólicos dos atores sociais e o acesso à estrutura de oportunidades do meio no qual vivem. A defasagem aí observável se torna um entrave à ascensão social desses mesmos atores (MOSER, 1998, p.14).

O conceito de vulnerabilidade social foi adotado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL – a partir do seminário em que se debateu a vulnerabilidade em situação específica da América Latina, ocorrido em junho de 2001. Para Vignoli, a vulnerabilidade constitui “a falta de acesso às estruturas de oportunidade oferecidas pelo mercado, estado ou sociedade, apontando a carência de um conjunto de atributos necessários para o aproveitamento efetivo da estrutura de oportunidades existentes” (VIGNOLI, 2001, p. 2). Busso (2001, p. 8) afirma que o conceito de vulnerabilidade está ligado a um processo multidimensional “que resulta na probabilidade de risco de um indivíduo, grupo familiar ou coletividades de serem lesados, feridos, ou violados, em virtude de mudanças ou permanência de situações externas e /ou internas” No seu modo de ver,

La vulnerabilidad social de sujetos y colectivos de población se expresa de varias formas, ya sea como fragilidad e indefensión ante cambios originados en el entorno, como desamparo institucional desde el Estado que no contribuye a fortalecer ni cuida sistemáticamente de sus ciudadanos; como debilidad interna para afrontar concretamente los cambios necesarios del individuo u hogar para aprovechar el conjunto de oportunidades que se le presenta; como inseguridad permanente que paraliza, incapacita y desmotiva la posibilidad de pensar estrategias y actuar a futuro para lograr mejores niveles de bienestar. ⁴

⁴ “Reconhece, assim, que a vulnerabilidade social de sujeitos e grupos de populações se expressa de diversas formas, seja na fragilidade e indefensidade frente às mudanças oriundas do meio ambiente; no abandono institucional do Estado que não contribui para fortalecer ou sistematicamente cuidar de seus cidadãos; na fraqueza interna para enfrentar especificamente as mudanças necessárias do indivíduo ou do agregado familiar para aproveitar o conjunto de oportunidades que lhe são apresentadas; na insegurança permanente que paralisa, incapacita e desmotiva a possibilidade de pensar estratégias e através das quais se alcançam melhores níveis de bem-estar” (tradução livre). (BUSSO, 2001, p, 8)

Na elaboração conceitual, o termo vulnerabilidade assume também várias conotações, designando grupos ou indivíduos fragilizados, juridicamente e politicamente, que necessitam de auxílio e proteção para a garantia de seus direitos como cidadãos. Dessa forma, o desenvolvimento do tema demanda diversas unidades de análise – indivíduos, domicílios e comunidades –, além de apontar que se identifiquem cenários e contextos e diversos olhares em direção a vários ângulos, especialmente, a estruturas sociais vulnerabilizantes ou condicionamentos de vulnerabilidade (AYRES et al.; 2008).

As considerações conceituais precedentemente destacadas, que necessitam de aprimoramentos ou ampliação, têm correspondência com a conceituação proposta pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). De acordo com essa entidade, vulnerabilidade social é um resultado negativo da relação entre disponibilidade dos recursos materiais ou simbólicos dos atores – sejam esses indivíduos ou grupos –, e o acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas e culturais que provêm do Estado, do mercado e da sociedade (ABRAMOVAY, 2002, p.13). Tal conceituação também ressalta que a vulnerabilidade social, embora abranja situações de pobreza, não se limita a ela (KATZMAN, 2005, p. 4) ⁵.

As imprecisões ou dificuldades que é possível reconhecer no tratamento dispensado ao conceito de vulnerabilidade social não constituíram impedimento para a elaboração de instrumentos que objetivam mensurá-la. Segundo Schumann (2014, p. 165) é preciso, senão incontornável, pensarmos indicadores gerais que levem em consideração as variações quantitativas e qualitativas da vulnerabilidade capazes de medir a intensidade e o aspecto mais destacado de determinados grupos vulneráveis em exame, a exemplo do trabalho precário e informal. Além disso, esse autor reconhece que existem cerca de duas dezenas de índices de vulnerabilidade, sob as seguintes perspectivas: condição de saúde, condições climáticas, da própria família (enquanto coletivo valorizado como fonte de estabilidade e segurança), do curso da vida, de um território e espaço geográfico específico e socioambiental (SCHUMANN, 2014, p.165).

Cançado, Souza e Cardoso (2014) constataram que algumas instituições brasileiras, como a Fundação Sistemas Estaduais de Análise de Dados e Estatísticas (SEADE, 2000), foram responsáveis pela elaboração do Índice Paulista de Vulnerabilidade Social (IPVS), privilegiando a noção de vulnerabilidade social pela relação ativos/vulnerabilidade/estrutura de oportunidades. Argumentam os autores, com todo o vigor, que essa conexão tem sido acolhida

⁵ Nesse sentido, segundo Katzman, ser pobre é quando estes não se satisfazem de acordo com as necessidades básicas e aqueles também que se encontram abaixo da linha de pobreza.

para a construção de indicadores sociais amplos, que não se limitam a uma dada linha de pobreza específica. Com vistas ao desenvolvimento do referido IPVS, a vulnerabilidade foi pensada como uma noção multidimensional, na medida em que afeta indivíduos, grupos e comunidades em planos distintos de seu bem-estar, de diferentes formas e intensidade.

Mas é necessário aqui mencionar o questionamento proposto por Kaztman (1999). Este comprova que avaliações fundadas unicamente na relação entre ativos a exemplo da qualificação profissional e vulnerabilidade são incompletas, uma vez que as referidas estruturas de oportunidades não se apresentam como uma constante. Defende como alternativa incorporar a noção de mobilidade de estrutura com o objetivo de repensar a dificuldade vivenciada por certos grupos sociais para vencer situações de vulnerabilidade, enquanto disponham de vários ativos. É necessário, portanto, tomar em consideração aspectos qualitativos da oferta de oportunidade (não nos restringindo aos quantitativos), bem como uma perspectiva histórica, dinâmica e estrutural na investigação sobre a vulnerabilidade que se intenta realizar (KATZMAN, 1999).

1.1.1 Minorias

A partir da busca sobre o estudo da vulnerabilidade, é relevante apresentar a discussão da delimitação conceitual de minorias e grupos vulneráveis e a conquista do reconhecimento de seus direitos.

A origem da compreensão desse estudo é atribuída ao âmbito internacional, após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU – datada de 1948 (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948), em que não constou nenhuma menção expressa sobre esse tipo de direitos.

A Organização das Nações Unidas, em diversas oportunidades, procurou identificar universalmente o conceito de minorias por critérios diversos. Em 1950, a Comissão de Direitos Humanos criou a Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas e propôs a seguinte definição:

I - o termo minoria abrange, no âmbito do conjunto populacional, apenas aqueles grupos não dominantes, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, marcadamente distintas daquelas do resto da população; II - tais minorias devem propriamente incluir um número de pessoas suficiente em si mesmo para preservar tais tradições e características; e - III tais minorias devem ser leais ao Estado dos quais sejam nacionais (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1951).

Tal proposta acabou sendo abandonada pela Comissão, que se ateve nos próximos documentos internacionais a recomendar que as minorias fossem tuteladas (WUCHER, 2020).

O principal motivo da dificuldade em se construir um conceito geral e universal reside na diversidade de situações em que as minorias se encontram, ou seja, a multiplicidade de minorias, o que torna cada grupo minoritário único, impossibilitando, *a priori*, a sua comparação (COSTA, 2018).

Posteriormente, em 1966 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabeleceu a proteção das minorias étnicas, linguísticas e religiosas⁶, conferindo-lhes direitos no artigo 27:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (BRASIL, 1992)

Da mesma forma, a Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas de 1992, aprovada pela resolução 47/135 da Assembleia Geral da ONU, de 18 de dezembro de 1992, ao se referir às minorias, não apresenta um conceito⁷, mas apenas especifica modalidades de minorias sem trazer uma definição concreta:

[...] A promoção e proteção dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas contribuem para a estabilidade política e social dos Estados em que vivem.

Assim, o conceito de minorias não alcançou uma classificação universal, inclusive a ONU não instituiu um conceito fechado. Entretanto, Francesco Capotorti, em 1977, membro especial da subcomissão da ONU, apresentou uma definição que ficou sendo a base conceitual internacionalmente:

a group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant

⁶ Esse Pacto foi incorporado no ordenamento brasileiro pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 (BRASIL, 1992).

⁷ Embora sejam feitos esses registros, devemos esclarecer que a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948 e a Convenção da UNESCO para Eliminação da Discriminação na Educação, de 1960 também chegaram a cuidar do tema. Apesar de não citarem diretamente a proteção das minorias ou direitos a grupos minoritários, entende-se que, historicamente, foram eles os mais afetados por ações de extermínio e genocídio. Assim, as referidas Convenções representaram um grande avanço na proteção dessas populações. A partir daí, o grande salto foi dado em 1966 com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em que se estabeleceu a proteção das minorias étnicas, linguísticas e religiosas. A Assembleia Geral das Nações Unidas já em 1992, inspirada nas disposições do artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis adotou a Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, religiosas ou Linguísticas, reafirmou que um dos seus propósitos básicos é o desenvolvimento e o estímulo ao respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos.

position, whose members – being nationals of the state - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language (CAPOTORTI, 1979, p.96).⁸

Destaca Francesco Capotorti (1977) em sua obra *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* a existência de dois tipos de critérios para definir as minorias. Em primeiro, os critérios objetivos, que compreendem: a existência, no interior da população de um Estado, de um grupo de pessoas com características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes e distintas do resto da população; a diferença numérica do grupo minoritário em relação ao resto da população; a posição não dominante desse grupo minoritário; e o critério subjetivo: o desejo das minorias de preservarem os elementos particulares que os caracterizam, a vontade comum de todo o grupo de conservar sua distinta identidade cultural, ancestral, religiosa e idiomática.

Nessa mesma base conceitual, Robério Nunes (ANJOS FILHO, 2020) também ressalta quatro elementos objetivos⁹ (o diferenciador, o quantitativo, o da nacionalidade¹⁰ e o de não-dominância) e um dado subjetivo (solidariedade). Embora haja aceitação quanto a alguns elementos da definição de minoria sugerida por Capotorti, não há uma concordância a respeito do marco conceitual universal, uma vez que as formulações cunhadas padecem de imprecisão, equívocos e inadequações e, portanto, são insuficientes para contemplar as múltiplas e imbricadas facetas dos diversos grupos minoritários.

Inicialmente, devemos chamar a atenção para o fato de que certas minorias são maiorias numéricas, como acontecia na África do Sul no tempo do *apartheid*, em relação à população

⁸ Tradução Livre. “minorias é um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua.”

⁹ Segundo esse autor: [...] “elemento diferenciador diz respeito à presença em todos os membros do grupo de uma determinada característica de natureza estável, que os tornam distintos da população em geral. Anote-se, desde logo, que a noção de estabilidade não deve ser confundida com imutabilidade, ou seja, em algumas situações esse elemento diferenciador, embora estável, poderá sofrer processos de transformação” [...] “Diga-se também que esse elemento sozinho não é suficiente para caracterizar uma coletividade como minoria, pois se assim não fosse todas as pessoas, por serem singulares, únicas, poderiam ser tidas como minorias” [...] “elemento quantitativo afasta, de sua parte, a possibilidade da parcela da população numericamente majoritária ser entendida como uma minoria, pois há a presunção de que não há necessidade de proteção especial nesse caso. Não se trata, entretanto, de uma presunção absoluta, já que “[...] é possível que um grupo numericamente majoritário necessite de medidas protetoras e possa constituir um grupo vulnerável” [...] “O elemento quantitativo tem uma característica peculiar que é a possibilidade de um certo dinamismo, já que maioria e minoria, considerados sob uma perspectiva puramente numérica, podem variar no tempo, alternando as suas posições” [...]

¹⁰ [...] “quase todos os estudos patrocinados pela Organização das Nações Unidas mencionados acima aparece a nacionalidade ou a cidadania” [...] “não-dominância é um elemento importante. Um grupo que se encontra no comando do processo político não necessita, em regra, de uma proteção especial [...] elemento torna necessário que exista uma vontade coletiva entre os membros do grupo no sentido de manter os caracteres que os distinguem do restante da população, ou seja, o elemento diferenciador [...]”.

negra. Nessa perspectiva, o critério objetivo numérico pode ser insuficiente para determinar o conceito de minoria, sendo a exclusão social e a falta de participação nas decisões políticas dos grupos minoritários o melhor critério objetivo de sua delimitação conceitual (WUCHER, 2000).

Dessa forma, sob o aspecto da não dominância, a minoria pode ser enquadrada a uma realidade sociopolítica, aplicada no contexto de exclusão social e grau de participação política. Nesse sentido, minoria se apresenta “em uma situação de distribuição desigual de poder político entre grupos sociais distintos que coexistem dentro de uma mesma unidade política – um país ou uma parte de um país” (BAYLÃO, 2001, p 209-233).

Em relação ao elemento da cidadania, Capotorti sustenta que as minorias são cidadãos de um Estado Nacional em que vivem, de maneira que são excluídos os refugiados, estrangeiros e trabalhadores migrantes, ainda que numericamente inferior. Diz ele:

[...] nos dias de hoje a nacionalidade não é um elemento considerado de relevância para a identificação de *minorias*, pois se reconhece que os Estados têm responsabilidades para com todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição, independentemente de serem ou não seus nacionais (ANJOS FILHO, 2009, p.226-227).

Entretanto, essa proposta conceitual atribuída a Capotorti é criticada por Daniela Lima Barreto (2016, p.92-93), pois, em verdade, segundo ela, há redução de proteção política do Estado a grupos minoritários nacionais, deixando-os desamparados e, assim, mais expostos a terem seus direitos violados. Segundo ela:

A necessidade de definir o que é uma minoria advém exatamente da obrigação de proteger esses grupos e, em última instância, os indivíduos da violação de direitos que lhes obsta tudo, muitas vezes, até a cidadania [...] é um contrassenso, sobretudo quando se pensa em minorias étnicas, pois se sabe que elas existem e se estabelecem dentro de um âmbito nacional, todavia, ao mesmo tempo, podem existir e sobreviver além dessa fronteira territorial ou legal.

Finalmente, o elemento subjetivo do conceito diz respeito à solidariedade e preservação da identidade cultural (religião, tradições e idioma), que revela a manifestação de uma vontade implícita ou explícita de conservar suas próprias características (WUCHER, 2000). Nesse sentido, Daniela Lima Barreto (2016, p. 93) explica esse elemento pelo fato de o indivíduo se reconhecer como parte integrante do grupo, além de “ser reconhecido como parte integrante da comunidade e ainda adotar uma atitude solidária ao grupo e aos demais integrantes na busca da preservação de sua cultura e peculiar forma de vida”.

Nos países ocidentais criou-se uma hierarquia simbólica de referência, cuja imagem predominante aceita é o homem branco ocidental, cristão e heterossexual. A mulher, o negro, o

homossexual, oriental (ou todo aquele que não descenda de europeus), além de todos os que professem outra ou nenhuma crença seriam, assim, considerados minorias. Eles acabam sendo alijados da participação política na sociedade por pertencerem a uma determinada classe, religião ou raça e, em alguns casos, todos esses fatores podem ser considerados. A discriminação por gênero e por orientação sexual perpassa todos os grupos minoritários.

Por essas razões, após todo esse debate, adotamos a definição do sociólogo alemão Wirth, para quem as minorias podem ser entendidas como “Um grupo de pessoas que, por suas características físicas ou culturais, se diferenciam dos outros na sociedade em que vivem para tratamento diferenciado e desigual e, portanto, são considerados como objetos de discriminação coletiva” (WIRTH, 1945, p.34)

1.1.2 Grupos vulneráveis

Os grupos vulneráveis – que constituem em termos numéricos um continente humano expressivo – podem ser conceituados como sendo um conjunto de pessoas ligadas por ocorrências fáticas de caráter provisório, que se mantêm no interesse em permanecer unidas em grupo, apesar de não possuírem identidade, cuja característica principal é a de ter seus direitos violados e, de certa forma, até de serem invisíveis aos olhos da sociedade e do poder público. Entretanto, a particularidade que ressurge fundamental é que “temos um indivíduo singularmente considerado que sequer tem consciência de que é discriminado e de quem têm direitos violados, a exemplo dos idosos, mulheres, crianças, dos afrodescendentes, entre outros.” (BARRETO, 2016, p.94).

Apesar da relevância da distinção entre minoria e grupos vulneráveis, há autores que entendem, a exemplo de Ana Carolina Dias Brandi e Nilton Marcelo de Camargo, “que grupos vulneráveis compõem um gênero, do qual as minorias e os grupos vulneráveis específicos ou singulares são espécies.” (BRANDI; CAMARGO, 2013, p.49).

Também, Elida Séguin (2002, p. 12) procura salientar os atributos fundamentais dos grupos vulneráveis – são destituídos de poder e costumam (à semelhança das minorias) sofrer discriminação e serem vítimas da intolerância, enfrentando uma privação de direitos sem muitas vezes ter essa noção; conforme ela nos esclarece:

Existe certa confusão entre minorias e grupos vulneráveis. As primeiras seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não-dominância no país onde vivem. Os grupos vulneráveis podem se constituir num grande contingente numericamente falando como as mulheres, crianças e idosos. Para alguns são grupos vulneráveis, posto destituídos de poder, mas guardam a cidadania e demais elementos que poderiam transformá-los em minoria.

[...] Outro aspecto interessante de grupos vulneráveis é que com certa frequência eles não têm sequer noção [de] que estão sendo vítimas de discriminação ou [de] que seus direitos estão sendo desrespeitados: eles não sabem sequer que têm direitos.

Relevantes são as considerações de Robério Anjos Filho (2009, p. 229-230) que, apesar de admitir semelhanças entre minorias e grupos vulneráveis, propõe uma categoria genérica de grupos vulneráveis em sentido amplo, que conteria outras, as quais seriam subespécies, havendo uma relação de contingente e conteúdo, respectivamente, que podem ser seccionados nas seguintes subcategorias: minoria e grupo vulnerável em sentido estrito.

A primeira categoria (grupos vulneráveis em sentido amplo) constitui gênero ao qual pertencem, de acordo com o contexto do Estado: “pessoas portadoras de necessidades especiais físicas ou mentais, idosos, mulheres, favelados, crianças, minorias étnicas, religiosas e linguísticas, índios, descendentes de quilombos, ribeirinhos, trabalhadores rurais, sem-terra, dentre outros”. As minorias se enquadram na ideia de grupos vulneráveis em sentido amplo, mas não no conceito em sentido estrito (ANJOS FILHO, 2010, p. 356) ¹¹.

Os grupos vulneráveis, em sentido amplo contemplam as seguintes subespécies: as minorias verificadas pela ocorrência simultânea de quatro elementos objetivos (diferenciador, quantitativo, nacionalidade e não-dominância) e um elemento subjetivo (solidariedade) e outras coletividades; além dos chamados grupos vulneráveis em sentido estrito, que são aqueles destituídos, ainda que parcialmente, dos pressupostos acima citados inerentes aos grupos minoritários (ANJOS FILHO, 2010, p. 230).

Nesse esforço de elucidar os elementos distintivos das subespécies, Robério Nunes destaca:

Minorias e grupos vulneráveis em sentido estrito possuem pontos comuns: a) existe uma vulnerabilidade que torna imprescindível uma proteção especial além dos direitos humanos reconhecidos a todos; b) seus componentes não necessitam ostentar a condição de nacional ou cidadão do Estado no qual se encontram; e c) são grupos que não ocupam posição dominante na sociedade. Para configurar uma minoria ou um grupo vulnerável em sentido estrito a condição de não-dominância deve vir acompanhada da vulnerabilidade. Isso porque do ponto de vista dos direitos humanos nem sempre o grupo não-dominante do processo político necessita de uma proteção especial (ANJOS FILHO, 2010, p. 231).

É importante registrar a natureza do elemento diferenciador da minoria, que exhibe característica de “estável”, porém, não se confunde com “imutabilidade”, em razão dos seus aspectos culturais que são dinâmicos, podendo sofrer modificações com a influência do tempo. Em relação aos grupos vulneráveis em sentido estrito, a natureza do elemento diferenciador

¹¹ Essa definição apresentada pelo autor se fundamenta na E/CN. 4/Sub. 2/1993/34, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em que no parágrafo 31 prevê a existência de “minorias” e “situação minoritária”.

apresenta “traços de estáveis (negros, mulheres, pessoas com deficiência) ou temporários (presidiários ou refugiados)” (ANJOS FILHO, 2009, p.235).

Robério Anjos Filho (2009, p. 233), ainda, chama atenção para a caracterização de um critério quantitativo em relação a grupos vulneráveis em sentido estrito, pois:

Ao contrário das *minorias*, que, como vimos, normalmente se referem a coletividades em número quantitativamente inferior ao restante da população, os *grupos vulneráveis em sentido estrito* não raro são numericamente majoritários na sociedade. É possível que a maioria da população seja objeto de uma vulnerabilidade justificadora de medidas protetoras especiais de direitos humanos. O exemplo mais contundente diz respeito ao regime de *apartheid*, no qual embora a população negra correspondesse a 70% do total ainda assim estava em situação de vulnerabilidade. Além disso, as mulheres podem ser maioria quantitativa em uma sociedade extremamente patriarcal e machista, que as oprime e lhes nega direitos, como a igualdade. Portanto, nesse contexto, uma *maioria* quantitativa que se encontra vulnerável deve ser caracterizada como grupo vulnerável em sentido estrito, não como uma *minoria*.

Finalmente, esse autor ainda estabelece uma importante diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis em sentido estrito, pois:

Ambas são subespécies de *grupos vulneráveis em sentido amplo*, mas *minorias* trata-se de um termo que identifica grupos cujos componentes portam especificidades próprias – os elementos objetivos e subjetivos acima referidos – que os distinguem das demais coletividades vulneráveis. Estas últimas são os *grupos vulneráveis em sentido estrito*, os quais englobam coletividades que precisam de proteção especial, porém não se enquadram nos requisitos das *minorias* por não portarem os elementos de natureza objetiva e subjetiva necessários. A fórmula negativa de definição dos *grupos vulneráveis em sentido estrito* é proposital, e tem o objetivo de conferir a maior abrangência possível à expressão.

Assim, podemos concluir que existem teóricos que sequer propõem a diferenciação entre os vocábulos, tratando-os como sinônimos em razão de ambos sofrerem preconceitos e discriminações, não fazendo distinção entre grupos vulneráveis e minoritários. Não resta dúvida de que há elementos comuns e peculiaridades atribuídos a *grupos vulneráveis* como sendo *minorias*; ou, para justificar direitos usufruídos por *minorias* sob o argumento de que se trata de um *grupo vulnerável*; porém não se pode afirmar que há uma identidade absoluta entre os dois termos (ANJOS FILHO, 2008, p. 220).

Alguns autores, a exemplo de Robério Nunes, fazem essa distinção entre minorias e grupos vulneráveis por entenderem que nem sempre estão presentes os elementos de natureza objetiva e subjetiva das minorias; além disso: “A exigência de atenção especial aos grupos vulneráveis em geral também se justifica para protegê-los de efeitos deletérios do desenvolvimento, aos quais normalmente estão mais expostos” (2008, p. 243). Cançado Trindade (1993, p. 89-112) também já se posicionou sobre a necessidade de proteção especial

a grupos especialmente vulneráveis e desfavorecidos, tais como certas comunidades culturais e linguísticas, mulheres, índios, crianças e idosos.

Nessa ótica, a fim de alcançar um marco conceitual da vulnerabilidade, recorreremos a seu léxico: “Vulnerabilidade. *s. f.* 1. Qualidade ou estado do que é ou se encontra vulnerável. 2. Que pode ser fisicamente ferido. 3. Sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido.” (HOUAISS, 2015).

A vulnerabilidade é uma particularidade que indica um estado de fraqueza que diz respeito tanto ao comportamento das pessoas, como também a objetos, situações, entre outros. (COSTA, 2018)¹², podendo assumir proporções singulares e universais. Ainda, são “aqueles grupos de pessoas que mais facilmente têm seus direitos humanos violados” (GUIMARÃES, 1996, p. 371-372) Entretanto, “nem toda *fragilidade* constituirá necessariamente uma *vulnerabilidade*. Algumas *fragilidades* de grupos humanos podem ser meramente ocasionais ou pontuais, e devem ser combatidas através dos mecanismos comuns de proteção aos direitos humanos, não necessitando de medidas diferenciadas” (ANJOS FILHO, 2009, p. 232)¹³.

Importante acrescentar que as pessoas se tornam vulneráveis devido a um conjunto amplo e complexo de causas, cuja complexidade vai desde a falta de poder econômico a caracteres sociais e limitações físicas (PERONI, 2013, p. 1.056-1.085). Por isso, a vulnerabilidade está ligada a um “fenômeno social multidimensional que se encontra associado à noção de exclusão social, todavia, transborda seus limites” (BARRETO, 2016, p. 106); o que demonstra a necessidade de se circunscrever ao campo da vulnerabilidade uma demanda de proteção especial e tutelas excepcionais a seus receptores (ANJOS FILHO, 2009)¹⁴.

Tal proteção está amparada no princípio da igualdade material segundo a concepção aristotélica de que: “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os

¹² Segundo Guilherme Costa: “a vulnerabilidade, em sua forma geral, pode ser definida por indicar um estado de fraqueza, que pode se referir tanto ao comportamento das pessoas, como objetos, situações, ideias e etc. Ainda, temos que a vulnerabilidade é universal e particular, ou seja, somos todos vulneráveis, mas experimentamos essa vulnerabilidade através de nossos corpos individuais, e cada um experimenta de uma forma única” (COSTA, 2018, p. 28).

¹³ “De outro lado, certas categorias profissionais também não podem ser confundidas com grupos vulneráveis, mesmo que tenham um histórico de luta por seus direitos, como é o caso dos servidores públicos, advogados, juízes, membros do Ministério Público, dentre outros, porque em geral não há a necessidade de proteção especial de direitos humanos, tratando-se de grupos com atuação política na sociedade, protegidos pelos mecanismos tradicionais. Assim, eventuais fragilidades não podem ser confundidas com vulnerabilidade. Aquelas, as fragilidades, se existentes, devem ser protegidas por mecanismos tradicionais, ao passo que a vulnerabilidade implica na necessidade de uma proteção especial. Ou seja: nem toda fragilidade é necessariamente uma vulnerabilidade. Além disso, os grupos citados, de certa forma, não preenchem o elemento de não-dominância” (ANJOS FILHO, 2008, p. 359).

¹⁴ Nessa perspectiva, Robério Nunes desenvolve o tema da tutela de proteção especial no âmbito do grau de vulnerabilidade em relação aos grupos vulneráveis *stricto sensu* e minorias.

desiguais segundo as suas necessidades” (ARISTÓTELES, 1996, p. 193), tendo também em vista a dignidade da pessoa humana, visando a equilibrar no plano jurídico as desigualdades a pessoas e situação de vulnerabilidade¹⁵. Torna-se necessária a adoção de um regramento jurídico peculiar que atenda às demandas específicas desses grupos, conferindo-lhe uma tutela específica e diferenciada, de modo que possam ter reconhecidos seus direitos, em meio a um panorama de violações sistemáticas e continuadas de direitos fundamentais¹⁶ (BARRETO, 2016, p. 98-108).

Em suma, os grupos vulneráveis se mostram como sendo um conjunto de seres humanos, que são possuidores de determinados direitos civis e políticos; porém, a sociedade de uma forma ampla, especialmente a classe que detém o poder econômico-político, limita o exercício desses direitos inerentes a essas pessoas. Logo, os grupos vulneráveis demandam uma tutela especial de seus direitos, posição na qual nos perfilhamos neste trabalho

1.1.3 Aplicando o conceito de vulnerabilidade

De toda essa reflexão se infere que a vulnerabilidade social expressa uma situação na qual é possível reconhecer um déficit de cidadania, em que os seus direitos fundamentais são reiteradamente violados.

Embora grupos minoritários e vulneráveis apresentem semelhanças (como a incidência de vulnerabilidade e o fato de não serem grupos dominantes), possuem elementos distintivos que já foram mencionados neste trabalho, e não podem ser desconsiderados no transcorrer da análise do texto constitucional e no âmbito internacional de direitos humanos diferenciando-os em seus termos conceituais e também no que concerne à disciplina jurídica. Especialmente, essa distinção se faz necessária no que tange à adoção de ações de discriminação positiva em relação a cada um deles, que necessitam de aprimoramento pelo poder público, devendo os grupos vulneráveis ter uma atenção especial, em virtude dos aspectos de não identidade e da luta individualizada que cada um precisará realizar para obter os seus direitos pretendidos.

Nessa ótica, Robério Nunes (2008, p. 256-257) afirma que “enquanto os *grupos*

¹⁵ A igualdade material pretende que os seres humanos sejam igualados no mundo dos fatos, especialmente quanto às oportunidades e aos aspectos socioeconômicos. Ela está ligada à noção de *justiça distributiva* que se desenvolve a partir da primeira metade do século XX, principalmente com o surgimento do Estado de bem-estar social. Essa perspectiva da igualdade material abre caminho para que, em nome da igualdade material, o sistema jurídico admite tratamentos formais distintos, inclusive no âmbito legislativo (ANJOS FILHO, 2008, p. 239).

¹⁶ Podemos distinguir particularmente os direitos fundamentais dos direitos humanos, que são aplicados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado, ao passo que os direitos humanos estão relacionados a documentos de direito internacional, por se referir às posições jurídicas que reconhecem o ser humano independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional (WOLFGANG, 2015. p. 67).

vulneráveis em sentido estrito são vítimas de *desigualdades*, as *minorias* se inserem no contexto de uma relação de *diferença cultural* com o restante da sociedade”. Logo, em relação aos grupos vulneráveis em sentido estrito, a fim de superar o enfoque da *não-discriminação* e *não-exclusão*, devem ser implementadas medidas de discriminação positiva temporária como uma forma de realização da igualdade material¹⁷. Por outro lado, a *diferença cultural* por envolver relações sociais das minorias, necessita ser assegurada, caso seja a vontade delas, especialmente porque diz respeito ao reconhecimento de suas identidades relativas à *não-assimilação* dos grupos culturais minoritários; e, nesse sentido, deve ser preservado o *direito à diferença* e adotada a implementação de *discriminações positivas de natureza permanente* voltadas à sua garantia¹⁸.

Dessa forma, o reconhecimento de que *grupos vulneráveis em sentido estrito* e *minorias* são também titulares de direitos - com peculiaridades próprias voltadas ao respeito às suas particularidades - diferentes daqueles reconhecidos aos membros da sociedade dominante, é condição indispensável para efetivação dos objetivos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Tal conclusão pode ser conferida a partir de documentos internacionais extraídos do âmbito das Nações Unidas (ANJOS FILHO, p. 264).

No âmbito da Constituição Federal de 1988, o artigo 3º apresenta como fundamento de nossa República Federativa a erradicação das desigualdades sociais como base do Estado Democrático de Direito, o que implica reconhecer o tratamento materialmente igual a todas as pessoas no que concerne à dignidade humana, assegurando, ainda, a manutenção das características das minorias, por intermédio do desenvolvimento da tolerância e solidariedade.

Além disso, a Constituição é permeada de outros institutos que reforçam os objetivos gerais da República; em destaque seriam os próprios direitos fundamentais propriamente ditos (artigos 5º e 6º). É necessário, portanto, que o Estado promova uma efetiva proteção não só das

¹⁷ “Tanto o princípio de não-discriminação quanto medidas de discriminação positiva se assentam no princípio de igualdade” (WUCHER, 2000, p. 55). A propósito, Silvio de Almeida (2019, p. 24) define a discriminação positiva “como a possibilidade de atribuição de tratamento diferenciado a grupos historicamente discriminados com o objetivo de corrigir desvantagens causadas pela discriminação negativa – a que causa prejuízos e desvantagens. Políticas de ação afirmativa – que estabelecem tratamento discriminatório a fim de corrigir ou compensar a desigualdade – são exemplos de *discriminação positiva*”.

¹⁸ Nesse caso, as discriminações positivas permanentes funcionam como uma proteção em face de possíveis tentativas de assimilação forçada ou da eventual prática de medidas de intolerância. Gabi Wucher (2000, p. 56-57) entende que as medidas de discriminação positiva possuem uma qualidade diferente quando se trata de minorias, já que esses grupos desejam perpetuar suas diferenças, devendo ser estabelecido o caráter permanente. Ainda, vale fazer um esclarecimento básico: “o objetivo dos direitos e das medidas de discriminação positiva é garantir o desenvolvimento contínuo da identidade cultural, não há como limitar as ações afirmativas no tempo, devendo necessariamente ser reconhecida nas mesmas a natureza permanente [...]. Caso não seja assegurada essa proteção, não será possível a completa realização dos seres humanos que integram a minoria, considerando que a felicidade e a dignidade individual estão diretamente relacionadas à preservação do elemento de *solidariedade* entre eles (ANJOS FILHO, 2008, p. 254).

minorias, bem como dos grupos vulneráveis, levando em conta suas singularidades, com observância às especiais fragilidades deles de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna (BRASIL, 1988).

1.2 Desvelando a vulnerabilidade

1.2.1 Desigualdade social

A vulnerabilidade social tem sido abordada de modo a assimilá-la e não raro equipará-la – sem a necessária precisão – a exclusão social, redundância (BAUMAN, 2018) e precariedade. São configurações de cunho sócio-históricas e semelhantes, que expressam uma problemática comum mais abrangente – a desigualdade social – enfrentada pela teoria crítica da moderna sociedade capitalista, construída por Marx; contudo, tal problemática não deve ser avaliada, em busca de sua ultrapassagem, sob um prisma exclusivamente econômico.

Exclusão e vulnerabilidade (assim como marginalidade) advieram como conceitos complexos distintos capazes de traduzirem uma realidade social abrangente.

O tema sobre exclusão social se revelou prevalente na Europa no decorrer das décadas de 1980 e 1990, que seguiu à instabilidade econômica gerada pela onda neoliberal, essa reação histórica que o capitalismo promoveu a partir de 1970, abalando as bases do frágil Estado de bem-estar social.

Nessa conjuntura bastante próxima de nós, em termos históricos, o que mais se temia era a exclusão; os cidadãos europeus se sentiam menos instigados a combater as pressões sociais que a impedir o alijamento das solidariedades; procuravam, de um modo individualista, menos a dissidência heroica que a filiação regeneradora. Tratava-se de um individualismo negativo, afetado pelo modo e pela desconfiança em relação ao outro. A nova temática militante mostra os traços dessa reviravolta: excluídos sem documentos, sem teto, sem trabalho.

Nesse processo cheio de significado simbólico, é possível desvelar uma mudança extraordinária: as lutas sociais não visam mais reivindicar uma ‘libertação’ e sim denunciar a face perversa de uma exclusão, a injustiça de um exílio. Não é mais um desejo de emancipação que aí se expressa; é um desejo de uma sociedade, de integração social.

Sociólogos influentes como Donzelot (2006) que tentaram, tomando por horizonte os fins da década de 1980 e o começo dos anos 90, decifrar a natureza dessas lutas, foram os primeiros a constatar tal guinada simbólica. É impressionante ver que as desordens registradas nos subúrbios franceses e animadas, sobretudo, pelos desempregados, são quase todas revoltas

contra um poder opressor, mais do que prenúncios de uma revolução que ameace o sistema econômico. O confronto não é o último recurso no quadro de uma relação de força, mas sim a tentativa de penetrar nesse quadro, de ser levado em conta, de encontrar interlocutores, de estabelecer um vínculo social pelo conflito, na falta de qualquer outro meio.

Foi numa conjuntura profundamente marcada pela precarização do mercado e das relações de trabalho que, em fins da década de 1990, alcançou maior visibilidade histórica o conceito de vulnerabilidade social. A sua emergência foi ao encontro da necessidade de focalizar, em toda a sua extensão e riqueza, não apenas questões relacionadas ao desemprego, mas também as novas formas de vulnerabilização social.

Diante da desestruturação do mercado de trabalho, afetando trabalhadores que antes seriam identificados como incluídos, emerge, no âmbito das análises de alcance teórico-conceitual e das pesquisas de campo, a urgência de superação das polarizações de ricos *versus* pobres, incluídos *versus* excluídos. Entende-se que o fenômeno da vulnerabilidade social pode contribuir para a produção de investigações inovadoras, uma vez que abrangem situações enfrentadas por ricos face ao desemprego (não raro apresentando caráter estrutural), à precariedade do trabalho, às condições adversas de pobreza e à carência de proteção social que o direito deveria assegurar.

No modo de ver de Cançado, Souza e Cardoso (2014), a adoção desse conceito também confere caráter dinâmico aos estudos sobre desigualdade social: possibilita reconhecer zonas de vulnerabilidade, que vão desde os setores mais marginalizados e excluídos até setores médios que buscam manter seu padrão de inserção e bem-estar, como forma de proteção às ameaças de precarização do mercado de trabalho. Portanto, conforme Castro e Abramovay (2002), com base numa lógica de mercado e de capital social, vulneráveis seriam aqueles que se encontram fora do sistema.

Sob uma ótica sociológica fundamentada em Beck (1997), surge a concepção de vulnerabilidade social como exposição (de indivíduos ou objetivos) a determinados riscos. No quadro de uma modernidade avançada, advêm novos riscos de natureza imprevisível, que podem ser qualificados como ecológicos, nucleares, químicos ou genéticos. Essa perspectiva sociológica também contempla a noção de que existe uma desigualdade na distribuição dos riscos, que pode ser constatada nos espaços, como é o caso de determinadas áreas urbanas profundamente poluídas, onde a degradação ambiental se mostra irreversível ou passível de constituírem fontes de doenças infectocontagiosas da maior gravidade, ou afetadas pela violência, notadamente a policial.

Corroborando essa posição, Edson Lopes Silva (2007, p. 179) afirma que: “riscos e

vulnerabilidades são invisíveis, são traços de cálculos, traços comparativos, deduções estatísticas, índices, fontes de tutelas informáticas, que se colocam entre as pessoas e suas chances de viver tranquilamente, exigente de grande dose de prevenção”. Portanto, a vulnerabilidade se apresenta “como perigo potencial, situação alarmante, associada a comportamentos e fatores sociais que ameaçam a consolidação da segurança, da democracia que pretende abarcar a totalidade da vida e espera a adesão do cidadão às políticas de Estado, a uma ética fundada na lei e à participação”. No entanto, o autor alerta para o perigo de a “vulnerabilidade atualize estigmas e a seletividade imprescindível para o sistema penal”, pois:

Direitos, inovações neoliberais da penalidade, tutela informática, controle a céu aberto, não contém as desigualdades que não cessam, mas certamente integram populações às armadilhas da governamentalidade que gere o corriqueiro e se torna condição hierárquica, seletiva e maior para a segurança da própria política, que em nome da defesa de direitos, administra os graus de justiça de suas violações como possibilidade de sua própria sobrevivência sob o respaldo da prevenção que opera no confinamento de vida nas periferias.¹⁹

Apesar da respeitável posição do autor que trouxemos, neste debate, nos valemos da defesa do conceito de vulnerabilidade, como feita por Soczek (2018), que reside em articular a ideia de vulnerabilidade, capaz de facilitar a nossa compreensão da condição de existência em uma sociedade de risco (individual e coletivo), e a ideia de novos direitos como construção social que tem por finalidade amenizar a condição de vulnerabilidade e a vulnerabilização da totalidade da sociedade, tomando em consideração o que há de específico na vulnerabilidade destacada de cada grupo social.

¹⁹ Nesse sentido, o autor reproduz o mesmo teor em obra posteriormente publicada sobre o tema (LOPES, 2009, p.125-26).

1.2.2 Racismo e dominação

As origens das desigualdades sociais e do racismo no Brasil estão intrinsecamente ligadas ao conceito de raça oriundo da América, que foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas para assegurar as conquistas dos não europeus. Posteriormente, com a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo, adveio a elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela a elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não europeus.

Historicamente isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas ideias e práticas de relações de superioridade/inferioridade estabelecidas entre dominantes e dominados. Tal legitimação demonstrou ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, pois dele passou a depender outro igualmente universal, no entanto mais antigo: os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e conseqüentemente também seus traços adquiridos, bem como suas descobertas mentais e culturais. Desse modo, a raça se converteu no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial em níveis, lugares e papéis na estrutura de poder da nova sociedade e no modo básico de classificação social universal da população mundial.

Além do processo histórico que se consolidou na ideia de raça, a diferença entre conquistadores e conquistados, ainda podemos apontar uma nova estrutura de controle de exploração do trabalho dos recursos e da produção-apropriação-distribuição de produtos no processo de constituição histórica da América, que foi articulada em torno da relação capital e mercado mundial. Incluíram-se a escravidão, a servidão, a pequena produção mercantil, a reciprocidade e o salário. Conforme afirma Aníbal Quijano (QUIJANO, 2005, p.117), o novo padrão envolvia a articulação entre raça e capitalismo na criação e expansão crescente da rota comercial atlântica.

Nesse contexto, podemos ressaltar a homogeneização, através das concepções racialistas de populações negras inteiras, o que possibilitou uma visão que consolidou um processo de desumanização que se estende também na contemporaneidade (OLIVEIRA; LINS, 2015, p.675). Esse processo em uma perspectiva teórica pode ser denominado de colonialidade do ser (MIGNOLO, 2003, p.688), o qual está ligado tanto à experiência vivida da colonização e seus impactos na linguagem, como também na necessidade de apontar os efeitos dessa colonialidade em diferentes domínios, inclusive na mente dos colonizados (QUIJANO, 2005, p.117-118).

Ao proceder à distinção dos dois conceitos relacionados, porém distintos - colonialismo e colonialidade -, Aníbal Quijano nos esclarece que o colonialismo denota a relação de um povo que está sob o poder político e econômico de outra nação. Tal termo tem seu entendimento limitado ao período específico da colonização histórica, desaparecendo com a independência, ou com a descolonização. Por sua vez, a colonialidade se refere ao vínculo entre o passado e o presente, no qual emerge um padrão de poder resultante da experiência moderna colonial, que se sustenta no conhecimento, na autoridade, no trabalho e nas relações sociais intersubjetivas. Logo, esse conceito não se limita ao período de colonização, mas implica a continuidade das formas perversas coloniais de dominação após o fim da colonização (QUIJANO, 2007, p. 93).

Diferenciando colonialismo e colonialidade, Nelson Maldonado-Torres desenvolve o seguinte argumento, com o qual concordamos:

Colonialismo denota uma relação política e econômica, na qual a soberania de um povo reside no poder de outro povo ou nação e que constitui tal nação num império. Diferente desta ideia, a colonialidade se refere a um padrão de poder que emergiu como resultado do colonialismo moderno, porém, ao invés de estar limitado a uma relação formal de poder entre os povos ou nações, refere-se à forma como o trabalho, o conhecimento, a autoridade e as relações intersubjetivas se articulam entre si através do mercado capitalista mundial e da ideia de raça. Assim, ainda que o colonialismo tenha precedido à colonialidade, esta sobrevive após o fim do colonialismo. A colonialidade se mantém viva nos manuais de aprendizagem, nos critérios para os trabalhos acadêmicos, na cultura, no senso comum, na autoimagem dos povos, nas aspirações dos sujeitos, e em tantos outros aspectos de nossa experiência moderna. Enfim, respiramos a colonialidade na modernidade cotidianamente (MALDONADO-TORRES, 2007, p.131).

No mesmo sentido Luiz Fernandes de Oliveira e Mônica Regina Ferreira Lins (OLIVEIRA; LINS, 2015, p.676) afirmam: “o colonialismo é uma imposição política, militar, jurídica e administrativa”, cabendo esclarecer que o colonialismo “na forma da colonialidade, chega às raízes mais profundas e sobrevive ainda hoje, apesar da descolonização nos séculos XIX e XX”. Por fim, concluem: “O que estes autores nos mostram é que apesar do fim dos colonialismos modernos, a colonialidade sobrevive. Apesar de o colonialismo tradicional ter chegado a seu fim, as estruturas subjetivas, os imaginários e a colonização epistemológica ainda estão presentes.” Colonialidade não é o “passado” da modernidade, mas sua “face epistemológica”. É a isso que se refere à categoria da “colonialidade do poder”, expressão sugerida pelo sociólogo peruano Aníbal Quijano (QUIJANO, 1999).

Para Ellen Meiksins Wood, o racismo moderno, além de se relacionar com o colonialismo, se apresenta como “uma concepção mais viciosamente sistemática de inferioridade intrínseca e natural, que surgiu no final do século XVII ou início do século XVIII,

e culminou no século XIX, quando adquiriu reforço pseudocientífico de teorias biológicas de raça”; e, assim, “continuou a servir como apoio ideológico para opressão colonial mesmo depois da abolição da escravidão” (WOOD, 2003, p. 230).

O principal debate a ser desenvolvido sobre o tema diz respeito à negação de um *status* humano para minorias, como os indígenas, africanos e para os grupos vulneráveis. Além disso, merece reflexão sobre o tema da colonialidade do ser na história da modernidade pós-colonial que, segundo Walsh (2005, p. 24) se insere, neste contexto, vários elementos relacionados com a liberdade do ser e a história do indivíduo que é subalternizado por uma violência epistêmica. A propósito, Frantz Fanon (FANON, 1961, p. 263) questiona: “Como é uma negação sistemática do outro, uma decisão furiosa de privar o outro de qualquer atributo de humanidade, o colonialismo leva o povo dominado a perguntar-se constantemente: Quem sou eu na realidade?”²⁰.

Como inferem Luiz Fernando de Oliveira e Mônica Regina Ferreira Lins (2015), “a violência epistêmica se constrói em torno do conceito de raça, no qual novas categorias foram criadas como branco, negro, índio, mestiço etc. e relaciona sujeitos numa classificação social de forma vertical.” Ainda, concluem com base em outros autores, como Maldonado-Torres e Dussel, respectivamente que “essa ideia de seres não europeus, como inferiores, produziu formas de desumanização”. Além disso, verificou-se “a negação que o europeu faz do outro colonizado, a forma como desconhece a alteridade e o modo como relega o diferente, o converte em um não-ser. Esta, portanto, foi a experiência vivida na colonialidade.” (OLIVEIRA; LINS, 2015, p.676).

Ainda, Oliveira e Ferreira Lins, apoiados nos estudos de Fanon e Maldonado-Torres, chamam a atenção para o fenômeno da invisibilidade pelas experiências vividas pela colonialidade do ser, persistente do racismo estrutural, como enfatizado logo no título provocativo do trabalho de Oliveira e Lins: “‘Que criança feia’. Por que a mãe dela está feliz? Ela nunca vai ficar branca: reflexões teóricas sobre crianças e relações raciais”.

Cabe transcrever aqui o referencial de racismo comentado por esses pesquisadores brasileiros: “O racismo é a discriminação social que tem por base um conjunto de julgamentos pré-concebidos que avaliam as pessoas de acordo com suas características físicas, em especial a cor da pele. Baseada na preconceituosa ideia de superioridade de certas etnias;” de forma que

²⁰ Ele ainda conclui: O mundo colonial é um mundo maniqueu. Não basta ao colono limitar fisicamente, quer dizer, com a ajuda da sua polícia e dos seus soldados, o espaço do colonizado. Como para ilustrar o caráter totalitário da exploração colonial, o colono faz do colonizado uma espécie de quintessência do mal (FANON, 1961, p. 263).

tal discriminação “está impregnada na sociedade brasileira e acontece nas mais diversas situações” (OLIVEIRA; LINS, 2015, p.672)

Ao desenvolver este estudo, acolhemos a definição de Silvio de Almeida (2019, p. 22) quando aponta: “o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminaram em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencam”. Além disso, ressalta que “o racismo - que se materializa como discriminação racial – é definido por seu caráter *sistêmico*” (ALMEIDA, 2019, p. 24).

O autor conclui que a discriminação racial é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos radicalmente identificados, distinguindo do preconceito social, “que é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias”. Ainda, vale distinguir a discriminação direta, que requer “a existência da intenção de discriminar”, e a indireta, esta como “um processo em que a situação específica de grupos minoritários é ignorada” (ALMEIDA, 2019, p. 22-24).

Especialmente, no Brasil - no passado e na contemporaneidade – se reúne todo um processo colonizador e escravocrata. Entretanto, o racismo não é um resquício da escravidão, mas sim um fenômeno que encontra fundamentos nas contradições da sociedade capitalista e na modernidade.²¹ Silvio de Almeida (2019), em sua obra *Racismo estrutural*, oferece um importante estudo para compreensão e análise do racismo para além dos casos isolados ou interpessoais. Para o autor o debate do racismo é sempre estrutural, pois ele se apresenta como decorrência da própria estrutura social; ou seja, do modo com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares de uma sociedade (ALMEIDA, 2019, p. 35).

A evidente desigualdade existente, ainda hoje, entre brancos e negros impacta no acesso à educação, no mercado de trabalho, na fruição de direitos, constatando-se a percepção de salários inferiores pela população negra; além do ínfimo acesso a cargos institucionais de

²¹ Como nos mostra Silvio de Almeida (2016, p. 24): “Se é possível dizer que o marxismo permite uma compreensão científica da questão racial, também se pode afirmar que a análise do fenômeno racial abre as portas para que o marxismo cumpra sua vocação de tornar inteligíveis as relações sociais históricas em suas determinações mais concretas. Os conceitos de classe, Estado, imperialismo, ideologia e acumulação primitiva, superexploração, crise e tantos outros ganham concretude histórica e inteligibilidade quando informados pelas determinações raciais. Nesse sentido, é importante dizer quão essencial o estudo das relações raciais é para a compreensão das especificidades de cada formação social capitalista, especialmente nos países da América, do Caribe, da África e da Ásia”. Ao estudarmos o papel da raça e gênero nas relações sociais na sociedade capitalista, entendemos, por exemplo, que o racismo está ligado à classe, e esta não se apresenta como um conceito abstrato e vazio, mas como uma categoria dinâmica que contém frações e contradições em seu interior. O capitalismo não pode ser apreendido em sua totalidade sem levar em conta o racismo como uma de suas dimensões, sobretudo em sociedades multiétnicas como o Brasil.

direção e poder na sociedade. Os anos de escravidão negra no Brasil deixaram uma forte herança, ainda mais difícil de ser enfrentada diante do mito da democracia racial, da ideia de que o brasileiro, por ser um povo miscigenado e distinto, não é racista. Ao contrário, o racismo, de tão arraigado, se tornou natural, acobertado nas relações hierarquizadas entre brancos e negros (COELHO, 2018) ²².

Finalmente, Silvio de Almeida, em *Racismo estrutural* (2019), aprofunda a concepção institucional de racismo que foi desenvolvida nos estudos das relações raciais. Segundo ele, o racismo institucional é resultante dos efeitos causados pelos modos de funcionamento das instituições ao concederem privilégios a determinados grupos de acordo com a cor da pele. Para o autor, as instituições regulamentam as normas que devem conduzir as práticas dos sujeitos, amoldando seus comportamentos, seus modos de pensar, suas concepções e preferências.

Assim, as instituições são a materialização das determinações formais na vida social, que emanam das relações de poder, determinando “o grupo a exercer o domínio sobre a organização política e econômica da sociedade” [...] “O domínio se dá com o estabelecimento de parâmetro discriminatório baseado na raça, que serve para manter a hegemonia do grupo racial no poder” [...] “o domínio de homens brancos em instituições públicas – o legislativo, o judiciário, o ministério público...”. As relações de poder como elemento constitutivo das relações raciais, nesse caso, não significam o poder de um indivíduo sobre outro, mas de um grupo sobre outro, sob “um controle direto ou indireto de determinados grupos sobre o aparato institucional”. (ALMEIDA, 2019, p. 28-29)

²² As estatísticas são gritantes e comprovam o racismo estrutural no país. Embora mais de metade da população brasileira seja negra, dos 10% mais pobres da população, 72% são negros. O racismo de origem, a cor da pele influencia a vida dos negros em todos os seus aspectos, seja nas condições de moradia e saúde, educação nas relações com o Estado, especialmente no âmbito do poder judiciário. Nas favelas, 66% dos domicílios são chefiados por mulheres negras. Também no sistema carcerário, 61% dos presos são negros; por sua vez, dos jovens que são vítimas de homicídios, 80% são negros. E as estatísticas continuam com taxas de analfabetismo; negros percebem, em média, 55% da renda dos brancos em geral (COELHO, 2018).

1.2.3 Necropolítica no Brasil contemporâneo

Na mesma linha de argumentação, para tratar do racismo como sistema de dominação²³, partiremos da definição apresentada por Mbembe (2006, p. 22-23). Inicialmente, ele define:

El racismo es, en términos foucaultianos, ante todo una tecnología que pretende permitir el ejercicio del biopoder, ‘el viejo derecho soberano de matar’. En la economía del biopoder, la función del racismo consiste en regular la distribución de la muerte y en hacer posibles las funciones mortíferas del Estado. Es, según afirma, ‘la condición de aceptabilidad de la matanza’.²⁴

O racismo – enquanto mecanismo de um sistema político de dominação – é sustentado em duas ideias que se complementam: a primeira, que existem diferentes raças humanas; e a segunda, que existem raças humanas inferiores a outras. Essa concepção se ampara, desde o início, em uma espécie de nacionalismo exagerado, segundo Hannah Arendt (2013), e ganha proporções maiores a partir da intensificação do comércio entre europeus e africanos no período das grandes navegações, com as conquistas de terras além do Atlântico. O racismo agora passa a ter como critério a cor da pele, e o africano ganha dois status: o de negro e o de raça inferior.

Portanto, o critério racial nasce para subjugar pessoas enquanto não pessoas, como forma de opressão. Nesse sentido, Franz Fanon (2008) afirma que quem criou o negro foi o racismo, pois chama atenção, em sua obra *Pele negra, máscara branca*, que a raça não é um critério genético ou físico, mas uma construção de dominação político-social (FANNON, 2008). Tal sistema configura a negação da humanidade ou uma humanidade castrada permeado na concepção econômica, que por séculos associou o corpo negro colonizado como mercadoria (MBEMBE, 2014).

Classificado dessa forma, o seu corpo (a força de trabalho) foi utilizado como combustível para o desenvolvimento do capitalismo. Um corpo que poderia ser usado e descartado assim que se tornasse inútil para ser explorado. Mesmo após o sistema econômico escravagista ter sido extinto, as estratégias de eliminação do corpo negro não cessaram.

Ao ser concebido como um ser inferior, despossuído de razão e alma, na concepção dos europeus, o negro escravizado foi utilizado no processo, que se tornou o combustível para o desenvolvimento do capitalismo dentro da estrutura colonial. Tirar-lhes a vida e a dignidade

²³ De maneira ainda mais branda e por muito tempo imperceptível, essa forma de racismo tende a ser ainda mais perigosa por ser de difícil percepção. Trata-se de um conjunto de práticas, hábitos, situações e falas embutido em nossos costumes e que promove, direta ou indiretamente, a segregação ou o preconceito racial.

²⁴ “O racismo é, em termos foucaultianos, antes de tudo uma tecnologia que visa permitir o exercício do biopoder, “o antigo direito soberano de matar”. Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição da morte e possibilitar as funções mortais do Estado. É, diz ele, ‘a condição de aceitabilidade do massacre’” (tradução livre).

era uma das estratégias para colonizá-los em terras distantes e depois na sua própria terra. Milhões de negros foram assassinados, outros tantos mutilados; eram corpos que, se não produzissem riquezas para os seus senhores, sucumbiam aos sofrimentos e torturas até a morte. Essa constitui uma das marcas do ideário racista da sociedade capitalista.

Agora, como ameaça de extinção biológica, os sistemas políticos contemporâneos, atualizando técnicas coloniais, executam esse mesmo corpo em forma de necropolítica.

Dessa maneira, o filósofo e cientista político Achille Mbembe (MBEMBE, 2014) afirma que o negro foi inventado como um jazigo, ou melhor, um símbolo de morte e destituído de qualquer humanidade. São seres cooptados pelo capitalismo para o trabalho braçal, pois, segundo a teoria racista, aguentam mais dor. Tal teoria ainda persiste intensamente na atualidade presente. Como bem especificou Denilson Araújo de Oliveira, basta verificar as práticas racistas de médicos ao prescreverem às negras menos anestesia na hora do parto do que às mulheres brancas, porque, no seu modo de ver, as negras aguentam mais dor do que as mulheres brancas (OLIVEIRA, 2019). O racismo, como sintetizou Simone de Beauvoir (BEAUVOIR, 1967), precisa produzir a indignidade para justificar o extermínio dos negros e de seus patrimônios, mesmo não havendo crime e assassinos.

O filósofo camaronês Achille Mbembe, no ensaio *Necropolítica* (2016) e *Crítica da razão negra* (2014), que se apoia nos estudos de biopolítica de Michel Foucault e Giorgio Agamben, desenvolvem as discussões sobre a letalidade que atinge a raça negra.

A fim de analisar as tensões raciais no contexto brasileiro, Oliveira (OLIVEIRA, 2019, p.3) estuda o racismo de extermínio na cidade do Rio de Janeiro, em *Gestão racista e necropolítica do espaço urbano: apontamento teórico e político sobre o genocídio da juventude negra na cidade do Rio de Janeiro*. Nesse estudo, o autor relaciona as causas que concorreram para o acirramento dos conflitos raciais, a intolerância religiosa com destruição de terreiros, o racismo ambiental, eventos de discriminação racial em espaços públicos e privados, linchamentos e políticas de embranquecimento da paisagem/território, entre outras. Também investiga a inscrição espacial do projeto de dominação racial e do capital nos espaços urbanos.²⁵

Oliveira procura esclarecer como o racismo se inscreve espacialmente, ao criar campos, isto é: “territórios ‘fora/dentro’ da ordem jurídico-política”, permitindo materializar o estado de

²⁵ Oliveira, inspirado nos ensinamentos de Foucault, argumenta que no espaço público reorganizou-se “o sistema pelourinho como instrumento de dominação racial e do espetáculo público da morte como *governamentalidade espacial* que vigia, pune e elimina vidas descartáveis (FOUCAULT, 2005.)”. São vidas nuas, diria Agamben. Daí complementa sua base de investigação, invocando a concepção de “Necropolítica” construída por Mbembe, quando alega: “A necropolítica foi forjada no projeto colonial ao produzir vidas radicalmente descartáveis (MBEMBE, 2014,)” (OLIVEIRA, 2019 p. 3).

exceção focalizado por Agamben, na forma histórica e de controle da espacialidade negra. “Logo o medo branco da onda negra transforma-se numa arma para quem gera e se utiliza como pretexto para ações arbitrárias e antidemocráticas sob o discurso da lei e da ordem” (OLIVEIRA, 2019, p. 4-5).

A temática desenvolvida por Mbembe (2014) e Agamben (2007) também foi ampliada por Oliveira (2019) para o contexto das cidades brasileiras, em uma perspectiva examinada no capitalismo neoliberal, em que podemos constatar um processo de estigmatização, que serve para fundamentar a constituição da figura do inimigo público a ser combatido (JAKOBS; MELIA, 2018, p.16), a quem é negada qualquer condição moral e humana, desconstruindo-o enquanto sujeito de direitos.

Uma das maiores contribuições de Agamben no âmbito das suas reflexões na contemporaneidade se encontra na análise da relação instaurada entre o poder soberano e o *Homo sacer*. Nesta relação, este é transformado em um objeto de violência que excede a esfera do direito, estabelecendo, assim, a condição violenta do Estado (AGAMBEN, 2007).

O pensamento de Giorgio Agamben nos leva a compreender como as experiências políticas contemporâneas vêm contribuindo para a inclusão da violência no âmbito do Estado e na sua prática, em que se constata a construção de um discurso deformado na esfera política através do exercício despótico do Estado. Conjuntura perversa em que parcelas da população pobre, negra, minorias e grupos vulneráveis são os principais alvos do sistema penal a acolher práticas de exceção – circunstância na qual a violência é legitimada pelo direito -; e, nesse sentido, são lhes retirados os direitos fundamentais, sobretudo, não se aplicando o princípio da dignidade humana ²⁶.

Embora a nossa proposta neste trabalho não seja aprofundar essas categorias desenvolvidas pelo filósofo Giorgio Agamben, é importante destacar a perspectiva introduzida pelo autor acerca do *homo sacer* para compreensão da vulnerabilidade da pessoa privada de liberdade, em meio a um cenário carcerário seletivo caracterizado por fissuras estruturais, gerador de violações sistemáticas dos direitos fundamentais dos presos. Nesse sentido, a figura

²⁶ Esse caminho de superlotação carcerária, que é atualmente adotado no Brasil, vem sendo duramente criticado pela Comissão das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal; esta lançou no mês de maio de 2018 um relatório sobre os principais desafios da justiça criminal no mundo. Entre os destaques, estão: o encarceramento em massa, a seletividade da justiça criminal, a situação da mulher no cárcere e as políticas de combate às drogas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Ressalte-se que tal relatório, denominado *Global Prison Trends 2018*, criticou a presença maciça de minorias étnicas nas prisões do mundo. Segundo o documento, essa tendência mundial reflete e aprofunda a exclusão socioeconômica desses grupos. Além de ser a maioria nos presídios, integrantes de minorias étnicas, também “têm a maior probabilidade de serem presos processados e permanecerem encarcerados por períodos mais longos do que os demais setores da população num número significativo de países” (HANNAH; KITTAYARAK, 2018).

do *homo sacer* pode ser compreendida como um ser “sem direitos”, desqualificado, abandonado, “insacrificavelmente matável” resultante da operacionalização de uma “biopolítica da vida nua” (AGAMBEN, 2007).

Assim, podemos compreender que a partir da violência com a criminalização de grupos vulneráveis ou marginalizados, que são objetos de julgamento pelo sistema de justiça criminal brasileira, como as mulheres condenadas por tráfico de drogas, acaba por reduzi-las à figura de *Homo sacer* (AGAMBEN 2007), pois se observa claramente que a realidade carcerária brasileira, ao segregar a liberdade humana, configura um quadro sistêmico de torturas e outras formas de maus-tratos, podendo comparar as prisões brasileiras pela superlotação e por suas condições aviltantes impostas aos detentos à figura de *campo* (SOARES, p. 285, 2018).

1.2.4 Enfrentando a desigualdade social

A discussão precedente em torno da desigualdade social merece ser ampliada. Existe uma verdadeira impossibilidade de concretização dos direitos entre os indivíduos, quando ocorre o cerceamento da igualdade em relação à vulnerabilidade que afeta diferentes grupos de pessoas. Nesse contexto, faz-se necessário que a igualdade seja obtida por força de reivindicações e conquistas, “[...] especialmente porque a desigualdade tem potencial de prejudicar toda a sociedade” (ROTHENBURG, 2008, p.78-79).

A igualdade é um conceito relacional porque pressupõe sempre uma comparação, ou seja, o estabelecimento de condições e relação entre seres humanos. Por isso, ela deve ser precedida do seguinte questionamento: igualdade entre quem? e igualdade em que?”, ou melhor, a quem se presta essa igualdade? ²⁷ (ROTHENBURG, 2008, p.78-80), pois se repete à exaustão, desde Aristóteles, que se devem “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Esse questionamento é dirigido a uma finalidade: a justiça por meio de equivalência. A igualdade jurídica é um tema que se propõe a ser desenvolvido pela teoria do direito e da justiça, pretensamente fundamentado na distribuição de bens na sociedade (DWORKIN, 2005).

No âmbito jurídico, a igualdade pode ser conferida em dois planos fundamentais – o formal e o material –, como um dos eixos centrais à ordem constitucional brasileira

²⁷ Cf, ainda ROTHENBURG, 2008: A igualdade significa evitar discriminações injustificáveis, bem como promover um tratamento desigual para quem esteja numa situação diferenciada, que se assenta no “princípio geral de igualdade decorre não apenas um dever de tratamento igual, mas também um dever de tratamento desigual (injusta)”. [...] “Essa lógica é traduzida por Alexy (ALEXY, 1993, p. 397) na seguinte máxima complementar: “Se há uma razão suficiente para impor um tratamento desigual, então um tratamento desigual impõe-se”.” (p. 82.)

(BARRETO, 2020). A Carta de 1988 não se restringiu apenas à igualdade formal, pois teria buscado também emprestar a máxima concreção a esse postulado, de maneira a assegurar também a igualdade material de acordo com as diferenças que circundam os grupos sociais.

Na realidade, importa sublinhar a existência de três dimensões da concepção contemporânea de igualdade que se revela no contexto formal, material, além da igualdade como reconhecimento, conceito esse defendido por filósofos políticos e jurídicos, atentos às debilidades da visão liberal da concepção de igualdade, a exemplo de Nancy Fraser, para quem o desafio é uma teoria *crítica* do reconhecimento que identifique e assuma a defesa também daquelas versões da política cultural da diferença que possam ser combinadas coerentemente com a política social da igualdade (FRASER, 2008, p. 11-12). O seu posicionamento encontra paralelo com a argumentação construída por Boaventura de Sousa Santos (2003a), igualmente empenhado em pensar de maneira interconexa identidade e diferença.

Fraser afirma que justiça deve ser bidimensional, exigindo *tanto* redistribuição *quanto* reconhecimento, propondo-se a analisar a relação entre ambos; isso significaria conceituar *reconhecimento cultural e igualdade social* de forma que ambos se sustentem – ao invés de se oporem (haja vista que existem concepções diferentes sobre o tema)²⁸; sob pena de, ao reduzir as injustiças ao campo econômico, ou ao circunscrevê-las no campo da valorização cultural, tratá-las de maneira parcial e incompleta. Além disso, ela demonstra a importância dos meios através dos quais a privação econômica e o desrespeito cultural se entrelaçam e se sustentam concomitantemente, e, nesse sentido, para a autora, justiça exige também que se esclareçam os *dilemas políticos* que surgem quando tentamos combater as injustiças incompatíveis ao mesmo tempo (FRASER, 2002, p. 12).

Essa é a forma de construir, através de exigências de reconhecimento e redistribuição, “uma igualdade que reconheça diferenças e uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades” (SANTOS, 2003a, p.43). Seguindo essa premissa Boaventura Santos elabora o referencial de “imperativo transcultural”, que expressa a sua concepção multicultural dos direitos humanos, pois: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza;

²⁸Cabe esclarecer que para Fraser: “a igualdade material vincula-se a um *caráter bidimensional da Justiça*, o qual exige *redistribuição e reconhecimento*. Essa bidimensionalidade tem sido objeto de intensas discussões nos últimos tempos. Alguns autores, tais como Axel Honneth, entendem que o reconhecimento tem prevalência sobre a redistribuição, enquanto outros, como Nancy Fraser, adotam uma perspectiva *dualista*, na qual redistribuição e reconhecimento constituem duas dimensões da justiça igualmente importantes e mutuamente irredutíveis”. (Robério Nunes, 2008, p. 241). É a partir desse ponto que a citada autora constrói sua visão bidimensional da justiça social. Para acabar com a injustiça é preciso uma política de reconhecimento, mas não se pode tratá-la como política identitária. É preciso enfrentar a subordinação e tornar o sujeito capaz de participar na vida social como os outros membros. Dessa forma, o que estaria em jogo não seriam as características de grupos ou indivíduos, mas a possibilidade ou não de participação igualitária na vida social (FRASER, 2007).

temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2003b, p. 458).

A partir disso, Fraser desenvolve seu ideal de justiça. É na possibilidade igualitária de participação, independente das particularidades, que a autora aponta o elemento propiciador da justiça e capaz de levar em conta tanto a redistribuição quanto o reconhecimento, pois o que estaria em jogo não seriam as características de grupos ou indivíduos, mas a possibilidade ou não de participação igualitária na vida social (FRASER, 2007).

Em suma, com base neste estudo é que podemos definir a justiça social como um conjunto de mecanismos, que assegura distribuição e reconhecimento, tendo-se em mente que as fontes de desigualdade podem ser resultado tanto de acesso desigual a bens e serviços quanto do não reconhecimento das identidades de grupo que pessoas apresentam (FRASER, 2002, p. 11-12)²⁹.

A aplicação do princípio da igualdade que pretendemos adotar neste estudo deve considerar a posição relativa dos grupos excluídos ou marginalizados, como as mulheres condenadas por tráfico de drogas as quais são objeto de julgamentos pelo sistema de justiça criminal de uma sociedade profundamente desigual; e que não se esgota na premissa de que a lei trate a todos como iguais, mas exige que essa isonomia seja refletida, material e concretamente, nas relações sociais, nas oportunidades, na fruição de direitos e na dignidade de cada ser humano, como parte constituinte dessa sociedade. Nesse sentido, Rothenburg (2008, p. 82) afirma:

O combate à discriminação, como dimensão “negativa” (de viés repressor) da igualdade, pode assumir formulações mais específicas, com vistas à proteção de determinadas pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade. Assim, para além da igualdade formal, normas jurídicas de proibição podem traduzir o anseio por igualdade material.

Vale ressaltar que os novos avanços no âmbito do direito e das capacidades de ações como as políticas públicas, muito embora insuficientes, representam uma resposta ao tema do racismo estrutural na sociedade brasileira que precisa ser enfrentado, bem como uma tomada de posição quanto ao dever de reparação histórica a pessoas que carregam como legado o peso e o custo social do estigma moral, social e econômico da escravidão no Brasil.

²⁹ Ao analisarmos o pensamento de Nancy Fraser, a partir das conclusões que autora nos apresenta, iremos constatar que as reflexões acerca daquilo que ela entende por justiça social estão separadas em duas frentes: por uma perspectiva, temos a busca pela redistribuição, que almeja uma distribuição mais igualitária dos recursos e bens que possuímos enquanto grupo social e, por outro lado, percebemos as políticas de reconhecimento, tais como aquelas inerentes às minorias étnicas, raciais, sexuais ou de gênero (FRASER, 2002).

Por essas razões, veio a ser acolhida, no país, a política de ações afirmativas, que são medidas especiais e podem temporárias assumidas pelo setor público e/ou privado, por iniciativa própria ou por força de lei, garantindo a igualdade de tratamento e oportunidade, a fim de compensar a desigualdade historicamente acumulada, em virtude da discriminação por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Entende-se por ações afirmativas o conjunto de medidas especiais voltadas a grupos discriminados e vitimados pela exclusão social conforme ocorreu no passado ou no presente.

A política de ação afirmativa adotada³⁰ que visa, teoricamente, a suplantar a desigualdade material harmoniza-se com princípios e valores consagrados em nossa Carta Magna, especialmente com a garantia constitucional da isonomia (artigo 5º, caput) e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sobretudo com relação à construção de uma sociedade solidária, fraterna e pluralista, afastando as desigualdades sociais, e assegurando a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e outras formas de discriminação (artigos 1º, V, e 3º da Constituição Federal) (BRASIL, 1988) ³¹.

Importante destacar o pensamento de Fraser (2008), segundo o qual os remédios afirmativos que tratam desse tipo de injustiça estão associados historicamente ao Estado de bem-estar liberal, buscando-se, através deles, a compensação da má distribuição terminal; e, nesse sentido, permanecendo intacta a maior parte da estrutura econômico-política subjacente.

³⁰ O alcance da igualdade material demanda do Estado tanto políticas de cunho universalista, como ações afirmativas, que atingem determinados grupos e lhes atribuem certas vantagens, por um tempo limitado, visando a permitir a superação de desigualdades históricas. A adoção de tais políticas integraria o próprio cerne da democracia que, devido ao seu desenvolvimento histórico e conceitual, alberga a isonomia como possibilidade de crescimento do indivíduo.

³¹ Muitas ações afirmativas já foram implementadas no Brasil pelo poder público, que podemos citar: aumento da participação dos grupos discriminados em determinadas áreas de emprego ou no acesso à educação por meio de cotas; concessão de bolsas de estudo; entre outros. O primeiro país a adotar efetivamente a política de ações afirmativas ou *affirmative actions* foram os Estados Unidos da América, inicialmente para solucionar a marginalização social e econômica com recorte racial. Essas medidas foram estendidas às mulheres e a minorias, como aos índios e às pessoas com deficiência. No Brasil, as primeiras políticas públicas voltadas a não discriminação, se caracterizavam por tratar-se de medidas de cunho assistencialista contra a pobreza. Posteriormente, passou-se a obrigar a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o que se pode considerar como a primeira efetiva ação governamental voltada para a inclusão de minorias. Apesar de essa inclusão ter sido conferida em decorrência da promulgação da Carta Magna de 1988 (art. 37, inciso VIII), tais mudanças ocorreram por força dos tratados e convenções dos quais o Brasil era signatário. No campo educacional, as ações afirmativas passaram a vigorar, inicialmente, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, com a aprovação da lei estadual 3.524/00, de 28/12/ 2000, que garante a reserva de 50% das vagas, nas universidades estaduais do Rio de Janeiro, para estudantes das redes públicas municipais e estadual de ensino. A Lei Estadual 3.708/01, de 9 de novembro de 2001, instituiu o sistema de cotas para estudantes denominados negros ou pardos, com percentual de 40% das vagas das universidades estaduais do Rio de Janeiro. A referida lei, ainda, estabelece que 20% das vagas são reservadas para estudantes de escolas públicas, 20% para negros e indígenas, e 5% para pessoas com deficiência e filhos de policiais civis, militares, bombeiros ou inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. Finalmente, o Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288, de 20 de julho de 2010, assinala a importância desses avanços. A fim de ampliar o combate à intolerância e discriminação étnica, foi criado o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, que consiste em formular programas ou políticas para a implementação da população negra no mercado de trabalho.

Por isso, ela defende a necessidade da promoção de remédios transformativos que se associam ao socialismo, buscando compensar a distribuição historicamente injusta, através da transformação da estrutura econômico-política existente. Os remédios de redistribuição transformativos tendem a minimizar a diferenciação de classe, reduzindo a desigualdade social sem a criação de classes estigmatizadas de pessoas vulneráveis.

1. 3 Caminhos da criminologia feminista negra

Como procuramos elucidar, a expressão cunhada por vulnerabilidade alcançou o debate internacional não só em relação aos direitos humanos, bem como no que diz respeito ao processo de efetivação/universalização e de reconhecimento dos direitos a determinados indivíduos em situação de fragilidade, especialmente no que tange à dignidade humana. De todo o estudo feito até aqui, podemos destacar que a condição de vulnerabilidade está atrelada à identificação de práticas discriminatórias, desigualdades e exclusão social e racismo estrutural em relação a minorias ou grupos vulneráveis (CAYRES, G. R. M.; CIDADE, R.).

Diante desse espectro, as mulheres de um modo amplo sofrem discriminação, especialmente às que pertençam a grupos vulneráveis, podendo em muitas situações ser consideradas particularmente como marginalizadas. Em outros casos, além de terem acesso restrito ou negado aos direitos e serviços, enfrentam outras limitações. A elas, muitas vezes, são negados ou limitados o direito de cidadania independentemente da sua inclusão social, raça ou crença, entre outros. Ainda mesmo àquelas não enquadradas em grupos estigmatizados, podem ser diferenciadas negativamente, com represálias motivadas por questões culturais.

Nesse sentido, o enquadramento das mulheres condenadas por tráfico em situação de cárcere está inserido no grupo de vulnerável, devendo ser observado tal debate no âmbito da redução da desigualdade e dos direitos fundamentais deste grupo. Ao exercer concretamente a punibilidade, o Estado tem cerceado não somente a liberdade do cidadão/cidadã das mulheres condenadas por tráfico de entorpecentes, mas também outros direitos fundamentais que não estão abrangidos pela decisão condenatória, tais como a: honra; privacidade; intimidade; liberdade sexual; saúde; educação; assistência jurídica; alimentação; higiene pessoal. Estes são elementos que parecem invisíveis ao Estado, pois o que se vivencia é um sistema longe de servir de instrumento para ressocialização dos presos (AVILA, 2017).

Portanto, para melhor abordagem do tema, será preciso ir além dos muros da segregação e das penitenciárias para tratar da seletividade penal a que estão submetidas as mulheres encarceradas. É certo que o fenômeno da vulnerabilidade também adentrou aos muros da

criminologia por meio da sua vertente crítica, que se encontra comprometida com a situação de fragilidade dessas mulheres, quando se busca compreender a construção dos processos sociais e históricos para a criminalização de determinada parcela das mulheres, que estão inseridas no sistema de justiça criminal.

1.3.1 O paradigma da criminologia crítica feminista

Segundo Lola Aniyar Castro (2010) não existe uma criminologia, mas muitas criminologias, dependendo da abordagem feita sobre o conceito crime, criminoso, vítima, controle penal e sistema de justiça criminal.

Desde o início do século XX, as ciências penais se dividiram, e cada uma seguiu um curso epistemológico. Enquanto o direito penal, de modo geral, desenvolveu-se como conhecimento dogmático-jurídico (a-histórico) sobre o crime e a pena, a criminologia tradicional preocupava-se com as causas do crime, com a pessoa do criminoso e com os fatores sociais que levavam ao crime. Era uma visão limitada, que enxergava no criminoso e em seu meio social as causas da criminalidade.

A partir da década de 1960, a criminologia abandonou o paradigma causal-explicativo do crime para questionar o aparato do controle social penal, convertendo o sistema punitivo em seu objeto de estudo. Houve uma virada epistemológica, que marca a mudança dos saberes criminológicos, ao deslocar o foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para os processos de criminalização e o sistema de reação social ao desvio. A partir dela surge, portanto, uma nova abordagem no estudo do fenômeno criminal. Não se trata mais de investigar as causas da criminalidade para combatê-la, mas, sobretudo, investigar o próprio sistema penal, seus mecanismos de controle e de seleção das condutas e dos indivíduos rotulados como “criminosos”. A Criminologia passou, então, passou a questionar o processo de etiquetamento social, seguindo a teoria do rotulacionismo (*labeling approach*) ou do enfoque da reação social.

O novo paradigma criminológico – *labeling approach* – criticou as ideias de prevenção, finalidade e ressocialização atribuídas à aplicação da pena de prisão pelo sistema de justiça criminal. Para além, analisou o efeito atribuído ao rótulo de criminoso a alguém; os processos de definição do desvio como qualidades negativas impostas – em uma relação de poder –; a atuação seletiva e estigmatizante das agências de controle social com grande poder de criar e aplicar a lei, revelando que o comportamento desviante não é característico de uma minoria; mas, predominante em toda a sociedade (BARATTA, 1999, p. 89, 101). Ao invés de perguntar: quem é criminoso e como se torna desviante, passa a questionar “Quem é definido como

desviante?”, “Que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “Em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?”, “Quem define quem?” (BARATTA, 1999, p. 88).

Entretanto, como aponta Vera Malaguti Batista (2011), o labeling approach não conseguiu aprofundar suficientemente o funcionamento do sistema penal na sua infundável tarefa de seleção e estigmatização.

A criminologia crítica marca essa mudança paradigmática dos saberes criminológicos, que deslocou o foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal, os processos de criminalização e o sistema de reação social ao desvio. A partir dela há, portanto, um novo enfoque no estudo do fenômeno criminal. Não se trata mais de investigar as causas da criminalidade para combatê-la, mas, sobretudo, investigar o próprio sistema penal, seus mecanismos de controle e de seleção das condutas e dos indivíduos rotulados como “criminosos”. Embora seja constituída por pensamentos heterogêneos, ela se fundamenta em um elemento comum, utilizando-se de instrumentos do marxismo, com base na “construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização” (BARATTA, 1999, p. 159).

Em síntese, a criminologia crítica transfere o enfoque antes direcionado ao autor e das causas do desvio, respectivamente, para as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na base do desvio; além de apontar os mecanismos institucionais que constroem os processos de criminalização de acordo com os interesses dominantes em determinado contexto socioeconômico, sem perder de vista o modo como agem suas agências criminalizantes.

1.3.2 A construção da criminologia crítica feminista

Segundo Baratta (1999), é a partir da consolidação da criminologia crítica, atrelada ao paradigma de gênero, que se torna possível compreender a posição da mulher no sistema de justiça criminal. Os estudos da criminologia feminista efetuaram um giro epistemológico, trazendo um novo olhar sobre a criminalidade feminina, ao denunciar o seu silenciamento em torno da mulher como autora de atos infracionais.

A reflexão sobre a dificuldade da inclusão de gênero está contemplada em nossa discussão, diante das principais matrizes teóricas que moldaram a criminologia crítica, destacando a necessidade de se incorporar uma compreensão geral de como se fundamentam as concepções baseadas na dominação masculina. Essa abordagem pode desvelar o quanto se expressa do fenômeno da invisibilidade das mulheres na sociedade capitalista brasileira,

revelando que as raízes da seletividade do sistema de justiça criminal estão ligadas não somente à reprodução das desigualdades do capitalismo, no cárcere, mas, sobretudo, na reprodução da ordem patriarcal do próprio sistema de justiça criminal.

É importante ressaltar que, apesar das relações de gênero terem sofrido alterações com os processos de emancipação feminina, os privilégios experimentados por homens é uma realidade bastante presente, sendo impossível não admitir a manutenção da estrutura patriarcal na sociedade brasileira. É comum afirmar que a posição da mulher esteja atrelada, de alguma maneira, à dominação masculina. Desta forma, quando falamos em poder masculino, nos referimos à forma ampla como este se reproduz na sociedade capitalista e patriarcal, não apenas no que diz respeito às relações econômicas.

A criminologia feminista tem contestado o preconceito e a discriminação das teorias que ainda reforçam estereótipos sobre a inferioridade biológica da mulher e que servem para manter este estado; seja na vertente clássica (positivista) ou crítica. O estudo da criminalização feminista, na esfera do paradigma de gênero, tem abordado as causas de opressão sofridas pelas mulheres no contexto global de dominação patriarcal, capitalista e racista. Esses sistemas de opressão estão sendo potencializados em um contexto de políticas neoliberais, de forma que as mulheres estão submetidas duplamente à situação de dominação e exploração (SILVA, 2017).

O diálogo entre feminismo e criminologia crítica no Brasil é aprofundado por Vera Regina Pereira de Andrade (2005) em *A soberania patriarcal. O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, no qual a autora realiza verdadeira análise criminológica desde a perspectiva de gênero, denunciando o androcentrismo na criminologia no âmbito da América Latina e a ausência de mulheres como sujeitos ou objetos da disciplina.

As críticas feministas ao direito identificam problemas que vão desde a existência de normas que discriminam a mulher até a aplicação destas normas de maneira discriminatória. Assim, os discursos feministas atentaram no sentido de que o direito sempre obedeceu a uma lógica andrógina e que as diferenças de gênero foram e são ignoradas na elaboração, aplicação e execução das leis. Além disto, a mulher aparece no sistema penal muito mais como vítima do que autora de delitos e que, portanto, leis que reconheçam tal fragilidade – tal como a lei Maria da Penha no Brasil –, seriam importantes marcos na esfera da justiça criminal e na consecução de políticas públicas relacionadas à violência de gênero (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Entretanto, Zaffaroni (2000, p.19) vem alertando para o fato de que o discurso feminista tem caído nas armadilhas do poder punitivo ao exigir maiores penas e reformas de leis penais e processuais penais, como forma de luta para diminuir a desigualdade material entre homens

e mulheres. Ele argumenta que o direito penal seria incapaz de promover tal igualdade, pois o sistema punitivo é em si mesmo gerador de desigualdades, ao operar através de mecanismos seletivos, tanto em relação à escolha das condutas puníveis – criminalização primária –, quanto em relação às agências judiciais de controle aos mais vulneráveis – criminalização secundária – (BARATTA, 1999)³².

A criminologia crítica muito investigou sobre os processos de imunização na esfera pública em que homens de classe social mais abastada se beneficiam de privilégios concedidos pelo sistema de justiça criminal, que atua seletivamente sobre aqueles que estão fora do mercado produtivo. Este sistema atua ao mesmo tempo, na esfera privada, preservando os homens, em decorrência do poder patriarcal que detêm, fazendo com que a mulher experimente um vazio de tutela penal. Pode-se dizer, portanto, que o sistema penal legitima o poder patriarcal quando se abstém de tutelar a esfera privada e a violência de homens contra mulheres (BARATTA, 1999).

Como afirma Andrade (1997. p. 48), todo este processo faz com que as mulheres se auto concedem eternamente como vítimas “ao sair dos braços violentos do homem (seja marido, chefe ou estranhos) para cair nos braços do Estado, institucionalizado no sistema penal, se nesta corrida do controle social informal ao controle formal, as fêmeas reencontram a mesma resposta discriminatória em outra linguagem.”

1.3.3. A interseccionalidade de gênero, raça/etnia e classe

Os debates sobre interseccionalidade surgiram a partir das lutas e teorizações dos movimentos feministas negros – Black feminist – nos Estados Unidos e no Reino Unido entre os anos 1970 e 1980.

Embora o termo interseccionalidade seja um conceito sociológico preocupado com as interações e marcadores sociais nas vidas das minorias, ele nos permite compreender melhor as desigualdades e a sobreposição de opressões e discriminações existentes em nossa sociedade. Além disso, a interseccionalidade pode ser considerada como uma ferramenta analítica importante para compreender os processos de criminalização que levam a determinadas

³² É importante registrar a atuação seletiva do sistema penal, que se revela pelo processo de criminalização primária - representada pela elaboração das normas; ou seja, quando o poder legislativo e o Estado definem quais são os bens jurídicos mais importantes e que devem ser protegidos pela lei penal. A partir de então, surge o processo de criminalização secundária, que se refere à aplicação da lei penal com a atuação das instâncias oficiais, tais como Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário (BARATTA, 1997).

populações a serem selecionadas pelo sistema penal em uma perspectiva interseccional sobre as relações sociais de raça, sexo e classe.

A partir de 1989, o termo foi sistematizado por Kimberlé Crenshaw, feminista e professora estadunidense, pesquisadora especializada em questões de raça e gênero, que se dedicou a discutir a interação e superposição de identidades raciais e sexuais subjacentes à discriminação social.

Posteriormente, em 1991, a autora ampliou o tema na publicação: *Mapeando as margens: interseccionalidades políticas de identidade e violência contra mulheres de cor*, em que abordou especialmente a marginalização estrutural das mulheres negras a partir da definição elaborada de interseccionalidade. Desde então o termo estabeleceu o paradigma teórico e metodológico das discussões acadêmicas, a fim de demarcar no campo político e jurídico as ingerências que permeiam as condições estruturais e institucionais do racismo, sexismo e das violências aplicados às mulheres negras (CRENSHAW, 1991).

Segundo Crenshaw, o conceito de interseccionalidade: “busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação”. Mais especificamente, trata “da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras” (2002, p. 177). Para ela, é através desse termo que se explica como os eixos de poder relacionados à raça, etnia, gênero e classe estruturam os campos sociais, econômicos e políticos em que vivemos.

A professora estadunidense esclarece que esses eixos embora sejam distintos e excludentes eles podem se interligar, criando complexas intersecções, em que dois ou mais eixos acabam se cruzando. Tal afirmação é retratada pela autora, a partir de um caso emblemático julgado pelo Tribunal, no ano de 1976, em que Emma DeGraffenreid e várias mulheres negras processaram a General Motor, porque a empresa segregava a força de trabalho por gênero e raça. Os homens negros trabalhavam na linha de montagem e a mulheres brancas na categoria de secretariado. Entretanto, as mulheres negras eram discriminadas não apenas em sua identidade de gênero e racial, mas, sobretudo, excluídas do contexto político-legal (posição de classe), pois precisavam combinar duas causas diferentes – racismo e sexismo – para serem atendidas em suas demandas no Tribunal.

Por outro lado, a tradição acadêmica do feminismo negro norte-americano inclui grandes pensadoras que aprofundaram a teoria da interseccionalidade. Angela Davis (1981; 2016), em sua obra clássica *Mulheres, raça e classe* não apenas desenvolveu a base da teoria, mas também chama atenção para os efeitos do capitalismo, o racismo e sexismo na constituição

do feminismo negro, ao destacar que, embora as mulheres brancas sejam trabalhadoras e antiescravocratas, continuam ligadas ao racismo. O livro debate não apenas o racismo, os efeitos da escravidão e a forma pela qual a mulher negra foi desumanizada; para além, Davis nos põe a refletir sobre a importância de se considerar a intersecção de raça, classe e gênero na construção do pensamento feminista (DAVIS, 2016).

Podemos citar outros nomes mundialmente conhecidos, que estudaram sobre o tema: Audre Lorde (2019), Bell Hooks (2018), Patricia Hill Collins (2021), Avtar Brah (1996). No Brasil, a produção acadêmica originária debatida encontra-se bem estruturada por nomes, tais como Sueli Carneiro (1985), Luiza Barros (1995), além de Lélia Gonzalez (1988), Beatriz Nascimento (1989) e Conceição Evaristo (2020).

Vilma Piedade aborda a questão sob a ótica do significado de *Dororidade*. A dor que é provocada em todas as mulheres pelo machismo; que é agravado pelo racismo contra as mulheres pretas, O “Racismo que vem da criação Branca para manutenção do Poder...E o machismo é Racista. Aí entra a Raça. E entra Gênero. Entra Classe. Sai sororidade e entra dororidade.” (PIEDADE, 2020, p. 46)

Carla Akotirene (2019 p. 16) ampliou o diálogo teórico do pensamento interseccional, em seus estudos, para pautas do feminismo negro, concomitantemente, “entre/com as encruzilhadas, digo, avenidas identitárias do racismo, cisheteropatriarcado e capitalismo.” A autora retoma o pensamento interseccional proposto por Crenshaw, Angela Davis, Patricia Hill Collins, Lelia Gonzalez, que permite a compreensão da centralidade política das pautas identitárias em virtude do cruzamento do capitalismo e do sexismo que pode gerar vulnerabilidades nas mulheres negras.

No livro *O que é encarceramento em massa?*, a pesquisadora Juliana Borges aprofunda o tema do racismo e da seletividade penal no sistema de justiça criminal. Para a autora: “Além da privação de liberdade, ser encarcerado significa a negação de uma série de direitos e uma situação de aprofundamento de vulnerabilidades (Borges 2018, 16)

A partir disso, Juliana Borges, ainda, ressalta a importância de repensar a categoria gênero nas pautas de discussões, pois “na grande parte dos estudos e ativismo em torno da pauta do sistema criminal, pouca é a atenção dada ao debate de gênero” (Borges, 2018, p. 89). Ainda, acrescenta: “As mulheres, por sua vez, são o segmento que mais tem sentido estes impactos” (Borges 2018, 98). Portanto, é preciso reconhecer o controle social em curso em relação às mulheres, para conquista de uma sociedade justa e solidária, na qual o Estado brasileiro possa atuar, especialmente, a fim de promover o direito à plena inclusão e participação social dos grupos vulneráveis.

Apontam as autoras Angela Davis (2016), Michelle Alexander (2018) e Juliana Borges (2018) que, diante da complexidade do tema, englobando questões de gênero, raça, e classe de maneira interseccional no mesmo discurso, existe uma dificuldade de articulação entre os poderes públicos que viabilizem mecanismos de transformações, tais como as ações afirmativas. Tal abordagem é fundamental quando se reflete em torno da seletividade penal na Justiça criminal e os desafios para a adoção de políticas públicas eficazes aplicadas às mulheres, que se encontram condenadas pelo sistema de justiça criminal.

2 AS CONTRADIÇÕES DO CAPITALISMO NA CONFIGURAÇÃO DO ESTADO PENAL

É Marx quem cria a Crítica, uma ciência nova. Marx não se contentou em descrever o sistema capitalista de produção: perfurando a superfície econômica do sistema, verifica que detrás dela se encontra uma essência anti-humana e anti-social.
(Castro, 2005, p. 58)

Neste estudo, a partir da crítica marxista sobre o Estado capitalista, procuramos abordar a questão criminal e sua aproximação com a instauração do Estado Penal, especialmente no Brasil contemporâneo; além das suas implicações após a atual Lei de Drogas (11.343/2006), correlacionado com as situações de vulnerabilidades das mulheres condenadas por tráfico de drogas.

O estudo evoluiu para uma crítica ao modelo ideológico do direito penal e aos impactos da justiça criminal, visando estabelecer os parâmetros para soluções de contenção do poder punitivo.

2.1 Crítica do estado capitalista

Os textos de Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895), desde a publicação dos seus primeiros artigos de 1842 até uma das suas últimas reflexões que incluem a *Crítica do Programa de Gotha*, em 1875, nos asseguram minucioso acervo sobre a construção de uma teoria crítica do Estado³³, muito embora esses autores não tenham nos legados um tratado sistemático de teoria política, a exemplo de John Locke; ou à maneira de Hegel, que construiu um sistema filosófico todo organizado sobre o tema.

Nesse sentido, podemos apontar em nosso estudo a principal compreensão alcançada por Marx, quando afirma: o Estado capitalista é fruto da base material de produção que condiciona o processo de vida social, político e jurídico, e “tem suas raízes nas condições materiais de vida, em sua totalidade, nas relações da sociedade civil”³⁴.

³³ Norberto Bobbio, em seu artigo “Existe uma doutrina marxista do Estado?”, defende a posição de que no pensamento marxista não existe uma teoria política e apresenta como fundamentação para esta omissão o fato de que os pensadores marxistas priorizaram o estudo do tema relacionado com a concepção de que, uma vez conquistado o poder, o Estado se tornaria um fenômeno de transição (BOBBIO, 1979, p. 14). Entretanto, consideramos que Marx não nos legou uma teoria explicitamente política como o fez em sua análise da economia política. Ele acreditava que a economia política era fundamental para a compreensão da sociedade civil e que o Estado tinha sua origem nas condições materiais da vida. Todavia, podemos admitir que uma teoria política estivesse presente em seus trabalhos, porquanto a política era essencial para a práxis transformadora de Marx em seu materialismo histórico (vide, a propósito) (CARNOY, 1988, p.65-89).

³⁴ Entende-se por “relações de produção” as formas como os homens em sociedade se reúnem para, através do

Por outro lado, este Estado se caracteriza por ser um instrumento de dominação de classes na sociedade capitalista, não estando acima dos conflitos dessas, mas intimamente envolvido neles (CARNOY, 1988). É assim que Marx e Engels, no *Manifesto do Partido Comunista*, se referem ao Estado: “Um comitê para gerir os negócios da burguesia” (MARX; ENGELS, 2008, p.10); e como forma através da qual os indivíduos da classe dominante fazem valer seus interesses comuns (ENGELS; MARX, 2007).

Além disso, afirma Marx: o Estado capitalista se apresenta como máquina de violência e despotismo de classe através de seus braços armados “com seus órgãos onipresentes: o exército permanente, a polícia, a burocracia, o clero e seus magistrados” para conservação dos interesses da burguesia, a fim de manter a sua relação de exploração com o proletariado (MARX, 2011, p. 184)³⁵.

Ao contrário do que admitem os pensadores contratualistas, a teoria marxista não concebe o Estado tendo por função proteger os interesses individuais na obtenção do bem comum da sociedade; e nem como defendia Hegel, o Estado ético-racional, inesgotável, sem história, superior à sociedade civil. O marxismo analisa o Estado relacionado à realidade e como reflexo da sociedade civil e, portanto, decorrente de um antagonismo de classe, segundo a sua dialética histórica (MARX; ENGELS, 2008)³⁶.

Em *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado* (ENGELS, 1964), Engels ampliou no campo teórico marxista o estudo entre as relações das condições materiais da sociedade, sua estrutura social e o Estado, defendendo que este tem suas origens na necessidade de controlar os conflitos sociais dos diferentes interesses econômicos existentes, e que tal controle é realizado pela classe que detém o poder economicamente na sociedade civil.³⁷ Dessa forma, o Estado passa a ser uma resposta à necessidade de mediar o conflito de

trabalho, alterar a natureza e produzir e reproduzir as condições materiais da sua própria existência. “O modo de produção da vida material condiciona, de forma geral, o processo de vida social, político e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina sua forma de ser, mas, ao contrário, é sua forma de ser social que determina sua consciência.” (MARX, 1973. p. 28).

³⁵ Com base nessas reflexões, para elaboração deste nosso estudo, priorizamos as seguintes obras fundamentais do campo marxista: *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*; *Manifesto do Partido Comunista*; *A Origem da Família, do Estado e da Propriedade Privada*; *Guerra Civil em França*; *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*; *A Ideologia Alemã*; *Prefácio à Contribuição à crítica da economia política*; *Crítica ao Programa de Gotha*; *O Capital*.

³⁶ O que pode ser identificado na seguinte passagem que abre sua obra *Manifesto comunista* (MARX; ENGELS, 2008, p.7): “A história de todas as sociedades até hoje existentes é a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre de corporação e companheiro, numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das duas classes em conflito.”

³⁷ O Estado para Marx deve ser explicado a partir de sua base real, isto é, da sociedade civil. Para ele, o Estado não passa de uma forma de atuação da sociedade civil. O Estado não é um conjunto de relações autônomas e determinantes da estrutura social; ao contrário, é um produto da sociedade civil e de sua ação. Como dizia Marx no *Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política* de 1859, o segredo do Estado e das relações políticas

classes para manter a “ordem” de determinada forma social existente; ou, mais precisamente, de determinada forma de dominação de uma classe sobre a outra. Nesse sentido:

O Estado não é, pois, de forma alguma, um poder imposto à sociedade de fora para dentro; tampouco é “a realização da ideia moral” ou “a imagem e realidade da razão”, como afirma Hegel. E antes, um produto da sociedade num determinado estágio de desenvolvimento; é a revelação de que essa sociedade se envolveu numa irremediável contradição consigo mesma e que está dividida em antagonismos irreconciliáveis que não consegue exorcizar. No entanto, a fim de que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos conflitantes não se consumam e não afundem a sociedade numa luta infrutífera, um poder, aparentemente acima da sociedade, tem-se tornado necessário para moderar o conflito e mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, surgido da sociedade, mas colocado acima dela e cada vez mais se alienando dela, é o Estado [...] (ENGELS, 1981, p.195-196).

Portanto, a partir da instauração do Estado moderno – que é indissociável da instauração da propriedade privada e da conseqüente quebra de todos os laços comunitários – tudo o que diz respeito à comunidade (interesses comuns) deixa de ser atribuição dos próprios membros da sociedade e passa a ser atribuição do poder estatal centralizado.

Na obra *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*, Marx (2011a) nos fornece uma das raras e preciosas observações, revelando que o Estado moderno sempre esteve ligado aos interesses da ordem do capital e da burguesia, ainda que tal fato não implique necessariamente a sua dominação política direta (República parlamentar). O Estado bonapartista ao assumir o poder (Segundo Império) tem por objetivo garantir a sobrevivência e perpetuação da ordem do capital, mesmo excluindo a burguesia do poder político, se permite que ela exerça a sua dominação enquanto classe com a escravização do trabalho realizado pelo proletariado³⁸.

Por outro lado, seguindo a tradição do campo teórico marxista, a construção social do Estado capitalista pode ser explicada como um edifício: a base (inferior) - que é chamada de infraestrutura - comporta a base econômica, as relações de produção; e a outra (superior) corresponde à superestrutura³⁹, que permite a existência de dois outros níveis, o jurídico-

e jurídicas em geral deve ser buscado na sociedade civil, que constitui sua base real; e o segredo da sociedade civil, por sua vez, deve ser buscado na economia política. Assim, é a análise da forma de produção da vida material de cada época que explica tanto a sua forma social quanto a sua conseqüente forma política. A base do Estado moderno é identificada por Marx na sociedade civil no seu sentido mais estrito, ou seja, na sociedade burguesa, que tem como base a propriedade privada moderna, completamente emancipada da comunidade (ENGELS; MARX, 2007, p.52-53).

³⁸Nesse sentido, em sua obra **O de 18 Brumário**, referindo-se à burguesia, Marx afirma: “Foi a sensação de debilidade que os fez recuar diante das condições puras do seu próprio domínio de classe e ansiar por retornar às formas mais incompletas, mais subdesenvolvidas e, por isso mesmo, menos perigosas de tal domínio”. (MARX, 2011, p. 62).

³⁹ O termo superestrutura corresponde à tradução da expressão alemã *Überbau*, que designa a “metáfora arquitetônica” empregada por Marx no prefácio de 1859 à **Crítica da economia política**: “A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência” (MARX,

político, compreendendo não apenas ao Estado e ao Direito, mas também à ideologia moral, familiar, religiosa, etc. Nesse sentido, o Estado se utiliza da sua coerção para garantir a ordem do capital, da base econômica da infraestrutura (área da religião, moral, educação, cultura), exercendo o controle social por meio dos sistemas jurídicos.

A função da superestrutura é manter as bases materiais de produção e a realização do controle social efetivado através de regulamentações, sanções e coerções impostas pelo sistema político e pela força persuasiva da superestrutura ideológica. Portanto, essa superestrutura na realidade é usada como uma forma de dominação, contribuindo para alienação do ser humano, afastando a sua capacidade crítica; e, por outro lado, servindo como instrumento dos interesses daqueles que detêm o poder, os donos dos meios de produção, bem como as necessidades da classe dominante.

O atributo mais sagrado do Estado capitalista é o caráter inviolável da propriedade privada. Nesse sentido, a propriedade privada pode ser apontada como elemento fundamental que permeia toda a organização da sociedade, tais como Estado e o direito, além das categorias principais discutidas pelo marxismo. O centro da questão para ele não é que uns sejam proprietários de mais bens que outros; e sim quem detém a propriedade dos meios de produção da vida material, ou seja, daquilo que produz riqueza para gerar valor (fábricas, empresas, latifúndios etc.); e os trabalhadores, por não terem a propriedade desses meios de produção, se veem obrigados a vender a sua força de trabalho.

Nesse sentido, Marx (2005, p. 116) salienta, em sua crítica, que “a mais alta construção política é, aqui, a construção da propriedade privada”. A mais alta disposição política é a disposição da propriedade privada. Além disso, ele argumenta que a constituição e propriedade privada e o Estado tornam-se inseparáveis, pois este é o “próprio poder da propriedade privada”.

Especialmente, na análise de *O Capital*, no Livro I do Capítulo XXIV em *A assim chamada acumulação primitiva*, Marx (2013) chama atenção para um ponto fundamental que é a gênese do desenvolvimento e da consolidação das condições do modo de produção da vida material na transição do feudalismo para o capitalismo no Estado moderno; ainda, nesse capítulo, ele demonstra como historicamente, com a violência da expulsão do trabalhador da terra, se engendra a constituição da propriedade privada no modo de produção capitalista, daquilo que produz riqueza para gerar valor.

Assim, a propriedade privada traça suas fronteiras entre as classes sociais e o capitalismo promove a desigualdade social, sendo que as determinações jurídicas, tais como as leis, o direito

e o judiciário se prestam a garantir não apenas a propriedade privada de quem detém os meios de produção e a ordem do capital, como também a manutenção da desigualdade social, através da exploração do trabalho assalariado, especialmente, por meio de um processo de apropriação do trabalho excedente (mais-valor), que é expropriado do proletariado pelos donos dos meios de produção⁴⁰.

Finalmente, tanto Marx e Engels não desenvolveram propriamente uma concepção de direito e sim uma teoria econômica, com reflexos na filosofia política, contudo, que exerceu profunda influência no pensamento jurídico a partir do século XIX até os dias atuais. A partir das suas contribuições, podemos inferir que a base material das relações de produção e da formação social do capitalismo são as mesmas relações do direito, que reflete a racionalização desse sistema.

Em sua crítica ao Estado capitalista, o marxismo desenvolveu o estudo de ideologia⁴¹, que tem reflexos no direito, especialmente para o direito penal. Como consequência, podemos dizer que o papel do direito penal se oculta na reprodução das condições sociais de desigualdade e do racismo, de maneira a contribuir para a dominação de classe. Ou seja, o direito penal em sua manifestação concreta não só atua de forma arbitrária, na medida em que incide sobre parcela específica da sociedade, como reproduz relações de classe e raciais.

O conceito marxista de ideologia não é matéria de uma única obra, mas ainda de leituras que remanescem de várias de suas obras: *Manuscritos econômicos e filosóficos* (2022), *A Ideologia alemã* (1984), e ainda da *Crítica da filosofia do direito de Hegel* (2010) em que via o direito pura ideologia. O tema será objeto em outras obras ao longo do seu estudo sobre o materialismo histórico - *Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política*, de 1859 (1977); *Contribuição à Crítica da Economia Política* (2008); *O Capital* (2013).

Foi nos escritos de 1845-1846 que Marx e Engels, na obra *A ideologia alemã* (1984), apresentaram uma crítica dirigida aos “ideólogos alemães”, ou seja, aos principais discípulos e

⁴⁰ Este termo mais-valor foi traduzido como mais-valia. Segundo Marx, o conceito mais-valor é empregado para definir a diferença entre o valor final da mercadoria produzida, a soma do valor dos meios de produção e do valor do trabalho que foi realizado. Ele é considerado a base de exploração do sistema capitalista sobre o trabalhador, pois este não recebe por essa diferença que é resultado da sua força de trabalho (MARX, 2013).

⁴¹ A palavra ideologia pode ser definida etimologicamente como a ciência ou o estudo das ideias. Foi nesse sentido que o termo surgiu pela primeira vez em 1801, logo após a Revolução Francesa; o pensador e discípulo dos enciclopedistas Antoine Destutt de Tracy, um iluminista liberal, escreveu um livro intitulado *Eléments d'idéologie*. Tal conceito de ideologia aí desenvolvido veio a constituir a expressão de uma luta – ideológica – entre o liberalismo contestador e os representantes da velha ordem. Posteriormente, Napoleão Bonaparte discursou contra De Tracy e os ideólogos, acusando-os de “metafísicos”, e de fazerem “abstração da realidade, que vivem em um mundo especulativo” e, ainda, responsabilizando-os de todas as desgraças que pairavam sobre o povo francês. É nesse contexto que o estudo da ideologia recebe um significado abertamente negativo e que passa a adotar um tom claramente desqualificador.

herdeiros do legado filosófico de Georg W. F. Hegel e de uma tradição idealista, que contrariava completamente as bases de sua própria visão materialista dialética e histórica. O texto não traz uma definição formal do conceito, que não aparece, na verdade, em nenhum outro escrito, pois Marx não empreendeu um tratamento sistemático ou dogmático da ideologia. Para os autores a ideologia exhibe um conteúdo *crítico-negativo*, que indica uma falsa representação, um conhecimento invertido da realidade que tem por consequência a justificação de relações de dominação e poder ⁴². Este estudo se tornou indispensável para a compreensão das estruturas de poder e dominação, ainda, da formação dos processos ideológicos, sobretudo no direito penal contemporâneo.

Posteriormente, na obra *18 de Brumário de Luís Bonaparte*, Marx (2011a) aprofundou o tema da ideologia, apresentando uma análise particular sobre a visão de mundo das classes sociais e como superestrutura ideológica. É neste texto que a categoria de ideologia é enfrentada metodologicamente no campo científico e dialético (LÖWVY, 2010). Porém, quem sistematizam ou formulam teoricamente essa visão social de mundo; ou quem manifestam a ideologia: “são os representantes políticos, literatos, escritores, os líderes políticos etc.; são eles que formulam sistematicamente essa visão de mundo, ou ideologia, em função dos interesses da classe.” [...] “as ideologias, a superestrutura, não configuram ideias isoladas, mas um conjunto orgânico. São, sobretudo, ‘uma maneira de pensar’”. (LÖWVY, 2010, p. 105).

Segundo nos esclarece Löwy (2010, p. 32): “Em Marx, a ideologia aparece sempre ligada a um elemento vinculado às classes sociais”. A ideia fundamental, partindo da própria teoria marxista, é de que essas ideologias, ou visões sociais de mundo correspondem aos interesses, posições, aspirações, tensões, das contradições sociais do modo de produção capitalista, sempre que as ideias impliquem em uma representação distorcida dessas contradições materiais, seja ignorando-as ou mesmo as representando de maneira equivocada. O conceito de ideologia relaciona-se a ideias que distorcem ou ocultam as contradições sociais no interesse da classe dominante.

Assim, para o marxismo, a ideologia representa uma maneira de pensar, incorporando ao conceito a visão de mundo da classe pequeno-burguesa, de modo que por não pode haver

⁴² Leandro Konder no seu livro *A questão da ideologia* (2002), embora não desenvolva um estudo detalhado da concepção de ideologia em Marx, oferece uma visão rica e coerente da sua obra. Mostra os pontos de questionamento de Marx frente à visão hegeliana, os seus elementos originais em relação ao pensamento da época e discute os aspectos centrais da ideologia. Cabe destacar que Konder procura mostrar que a ideologia em Marx não deve ser entendida como falsa consciência e como inversão. Segundo o autor, a primeira ideia vulgariza a concepção marxista, pois implica em limitar a distorção ideológica por parte dos ideólogos, reduzindo a ideologia a uma formulação: [...] “grosseira, tosca, bisonha ou canhestra de uma determinada classe ou de um determinado grupo.” (p. 43).

ideologia que sirva aos interesses das classes exploradas. É um processo imposto pela classe dominante (burguesa) para solidificar e manter a alienação das demais classes — sobretudo, o proletariado — quanto ao modo de produção capitalista e sua formação social.

Finalmente, o eixo temático da ideologia como ocultamento das contradições sociais e consequente instrumento de manutenção da sociedade capitalista se apresenta na obra de Marx em permanente evolução, ao que não nos deteremos neste trabalho. Porém, é importante ressaltar que se trata de um conceito extremamente importante para a análise do direito; principalmente do direito penal, em que as contradições são abordadas, muitas vezes, pelo pensamento dogmático; contudo, sem uma perspectiva crítica do materialismo histórico, que possibilite “a superação das contradições sociais do fenômeno analisado” (CACICEDO, 2019).

2.2 A instauração do estado penal

Como já dito, partimos da premissa de que o Estado moderno surgiu da necessidade de se manter o poder político e econômico da classe burguesa. Esse processo se deu não apenas com mecanismos e técnicas para garantir a execução de contratos mercantis e a livre circulação de mercadoria, mas também para disciplinar e adequar os trabalhadores à nova realidade produtiva e social, sendo o poder punitivo um dos principais instrumentos.

Como já dito, no Livro I, capítulo XXIV, do *Capital*, Marx (2013) demonstra essa correlação ao tratar dos camponeses expulsos de suas terras. Naquele momento histórico de passagem do feudalismo para o capitalismo, eles poderiam aceitar vender suas forças de trabalho para o proprietário da terra, que passa a explorar o trabalho alheio, em troca de salário; ou optar pelo trabalho informal, vadiagem, mendicância ou, ainda, por cometer delitos considerados de menor reprovabilidade social, tal qual o furto famélico.

Nessa conjuntura surgiram as prisões modernas, que passaram a se destinar ao controle dos chamados ociosos, ladrões e criminosos de baixa periculosidade. Nesse sentido, Marx contextualiza a situação de penúria dos trabalhadores rurais:

A constante emigração para as cidades, a constante transformação dos trabalhadores rurais em “supranumerários” por meio da concentração de arrendamentos, a transformação de lavouras em pastagens, a maquinaria etc. e o constante desalojamento da população rural pela destruição dos cottages andam de mãos dadas [...]

A ininterrupta transformação dos trabalhadores rurais em “supranumerários”, apesar de seu número decrescente e da massa crescente de seu produto, é o berço de seu pauperismo. Seu pauperismo eventual é um dos motivos que se invocam para seu desalojamento e a fonte principal de sua matéria habitacional, que quebra sua última capacidade de resistência e os converte em meros escravos dos senhores fundiários e

dos arrendatários, de modo que o mínimo de salário se consolida, para eles, como uma lei natural (MARX, 2013, p. 192-193).

Enquanto no Estado absolutista o direito penal era utilizado como forma de repressão e símbolo do poder absoluto do monarca, expresso por meio da aplicação de penas cruéis, com a finalidade de manter sua segurança e proteção; no capitalismo o direito penal se configura de modo a manter o corpo do condenado enquanto fonte produtiva, com a diminuição ou até abolição das penas capitais.

Dessa forma, através do direito penal, o Estado passa a atuar no sentido de legitimar a ordem burguesa e exercer o controle social, tornando objetivo principal das prisões a absorção e controle dos trabalhadores do campo recém expulsos do feudo e imersos na miséria do ritmo e rotina das fábricas, para garantir uma produção necessária à extração de mais-valia.

Mais do que garantir os interesses da burguesia, desde a origem do capitalismo, o sistema penal desempenha o papel fundamental de consolidar desigualdades, por assumir esse viés ideológico ao lado das chamadas instituições acessórias das fábricas – como as escolas, família e fundamentalmente as *instituições totais* (GOFFMAN, 1999) com seus manicômios e presídios. O sistema produtivo e o sistema penal seguem a lógica de consolidação do sistema capitalista e constituem, em verdade, duas faces de uma mesma moeda.

Esse panorama demonstra como o controle estatal adquire uma especialidade no capitalismo em relação às demais sociedades, pois é a produção e o capital que assumem a função determinante do controle social. Nele o direito penal se torna um instrumento de dominação das classes subalternas, reprimindo condutas que atentem contra os interesses da classe dominante e contendo os indivíduos que vivem à margem da sociedade de consumo, como apontado por Evgeny Pachukanis –, ainda que não sejam dados créditos devidos, reverbera em toda teoria crítica contemporânea, mesmo tendo transcorrido quase um século desde a publicação de sua obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*.

Pachukanis (1989, p. 202), que participou de uma comissão de estudo para modificação do Código Penal soviético, ao desenvolver a teoria sobre o *princípio da retribuição equivalente*, já demonstrava que o sistema produtivo capitalista e o seu sistema repressivo compartilham uma lógica comum. Tanto o meio típico de formalização e compreensão dos negócios, o contrato, como o modelo típico de punição, a prisão encontram-se profundamente ligados: “à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato, mensurável pelo tempo”. Segundo ele, “para que a ideia da possibilidade de reparar o delito” através de um quantum de “liberdade tenha podido nascer, foi necessário que todas as formas concretas da riqueza social

tivessem sido reduzidas a mais abstrata e simples das formas, ao trabalho humano medido pelo tempo” (PACHUKANIS, 1989, p.205)⁴³.

Essa reflexão permitiu o desenvolvimento de um campo de pesquisa dedicado a compreender as relações entre a forma jurídica da pena, o regime disciplinar do cárcere e a consolidação do modo de produção capitalista, a partir do estudo materialista e dialético do poder punitivo. George Rusche e Otto Kirchheimer (2004), bem como Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006), em estudos dedicados a compreender o desenvolvimento do sistema punitivo entre os séculos XVI e XIX, demonstram como ele acompanha de forma instrumental o florescer das sociedades capitalistas na Europa.

Segundo Vera Malaguti Batista (2001), o surgimento da criminologia crítica remonta à publicação de *Punição e Estrutura Social*, nos anos de 1970, RUSCHE; KIRCHHEIM (2004) - embora tal obra tenha sido escrita entre 1938 e 1939 por Georg Rusche -. Posteriormente, a partir da atualização por Otto Kirchheimer – é que se desenvolveu amplamente um novo pensamento fundado “na relação histórica entre as condições sociais, a estrutura do mercado de trabalho, os movimentos da mão-de-obra e a execução penal, inscrevendo as construções do estereótipo nas condições objetivas, estruturais e funcionais da lógica de acumulação do capital, historicizando a realidade comportamental.” (BATISTA, 2011, p. 91). Este seria o ponto de partida da criminologia crítica para a superação do paradigma etiológico

Dessa forma, para todos esses autores, a forma jurídica da equidade contratual (noção de equivalências) possibilita assimetria das relações de exploração (mais-valia), através do elo coercitivo do sujeito cuja liberdade é a necessidade de se vender. Assim, a pena criminal como princípio formal de retribuição equivalente representaria o momento jurídico que, em verdade, oculta a subordinação das instituições prisionais, como aparelho disciplinar para produzir sujeitos dóceis e úteis “mediante o exercício de coação educativa total sobre o condenado” (SANTOS,. 1981, p. 55-56), configurando o cárcere como fábrica de proletários⁴⁴. Ao mesmo tempo, o salário como retribuição equivalente do trabalho, na relação jurídica entre sujeitos “livres” e “iguais” no mercado, encobre a dependência substancial e a desigualdade real do

⁴³ (§30) O jurista soviético que participou de uma Comissão de estudo para modificação do Código Penal à época, além de criticar o postulado da retribuição equivalente, também se insurge contra a própria prática judiciária e o princípio da dosimetria na aplicação da pena, não admitindo a pena de prisão como medida repressiva fundamental. Nesse Projeto do Código Penal, o juiz teria condições para aplicar a pena dentro de um elenco de medidas amplo, inclusive de natureza socioeducativa, ao invés da privação da liberdade, tendo sempre como princípio norteador o critério da culpabilidade do agente (PACHUKANIS, 1989, p.205).

⁴⁴ Em **Punição e estrutura social** está presente a questão do adestramento de uma massa humana para torná-la socialmente útil (para o trabalho), mas essa discussão se submete por completo à preeminência de uma esfera econômica separada da política, priorizando-se a atuação do cárcere enquanto regulador do mercado de trabalho (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

processo de produção, em que a expropriação de mais-valia significa retribuição desigual e a subordinação do trabalhador ao proprietário dos meios de produção. Nas palavras de Márcio Bilharinho Naves:

[...] Se continuarmos a tomar o direito penal como matéria de análise, podemos perceber que a diferença entre o direito pré-burguês e o direito burguês reside em que só neste se consagra a ideia de que a pena possa estar relacionada com a privação de certa quantidade de tempo. Ora, só em uma sociedade na qual o trabalho humano medido pelo tempo é a forma social dominante, onde, portanto, domina o trabalho abstrato, é que esta ideia pode triunfar. É nesse momento que surgem as prisões e, não por acaso, a sua constituição se dá sob o modelo da fábrica, ambas sendo postas em funcionamento sob o controle do cronômetro (NAVES, 2008, p. 60).

Tais valores da economia política ligados ao disciplinamento do trabalho, especialmente dirigidos em relação ao exército industrial de reserva⁴⁵, estão imersos no fundamento da pena de prisão (BATISTA, 2011, p. 81), pelo princípio do direito penal da culpabilidade e da pena como retributividade, e que tem uma alternância de sua centralidade, conforme o momento histórico no desenvolvimento do capitalismo. Por essas razões, Vera Malaguti Batista (2011, p. 19) sintetiza: “O Capital precisou sempre de um grande projeto de assujeitamento coletivo, de corpo e alma. A culpa e a culpabilidade, propostas pela Igreja Católica e pelo Estado, constituíram-se nos alicerces fundamentais da subjetividade e das práticas da pena”.

Nesse sentido, Vera Regina Pereira de Andrade resume:

A emergência da pena de prisão e do moderno sistema penal somente pode ser compreendida no marco das transformações sociais, econômicas e políticas concretas que presidem à consolidação da sociedade capitalista, pois expressa suas exigências de dominação classista, antes que a exigência de humanização da pena. O processo de industrialização e o impacto racionalizador do mercado, a necessidade de regular a força de trabalho, o medo do proletariado nascente, a necessidade de substituir autoridade tradicional e os conceitos pré-modernos; todos estes fatores, em diversificadas combinações, faziam da violência física aberta um castigo penal anacrônico e ineficaz. Era necessário um novo sistema de dominação e disciplina para socializar a produção e criar uma força de trabalho submissa e perfeitamente regulada. Assim, não apenas a prisão, mas todo o sistema penal forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente. (ANDRADE, 1997a, p. 191)

Esses estudos confirmam que o direito penal, as instituições e órgãos jurídicos – o Poder Judiciário em especial – são produtos do modo de produção capitalista e, por isso, privilegiam

⁴⁵ Segundo Marx, no capítulo XXIII de sua obra **Capital** “[...] população trabalhadora excedente é um produto necessário da acumulação ou do desenvolvimento da riqueza com base capitalista, essa superpopulação se converte, em contrapartida, em alavanca da acumulação capitalista, e até mesmo numa condição de existência do modo de produção capitalista. Ela constitui um exército industrial de reserva disponível, que pertence ao capital de maneira tão absoluta como se ele o tivesse criado por sua própria conta. Ela fornece a suas necessidades variáveis de valorização o material humano sempre pronto para ser explorado, independentemente dos limites do verdadeiro aumento populacional” (MARX, 2013, p. 707).

a estrutura econômica social na qual estes se encontram inseridos. Portanto, o direito penal e suas agências não podem ser considerados uma área neutra do saber, pois sua lógica e aplicação reafirmam a estrutura de política social, econômica e penal vigente.

Seguindo essa linha de aproximação da análise conjuntural Loïc Wacquant (2018) demonstra como ao longo do século XX o poder punitivo se manteve um instrumento dos Estados a serviço do capital.

Com a denominada crise 1929 e com as grandes guerras mundiais do século passado, as principais economias do mundo se viram forçadas a assumir medidas de maior regulação estatal e intervenção econômica, visando assegurar a produção de riquezas, mediante políticas direcionadas à ampliação e prestação de serviços sociais, como previdência social, educação, habitação, entre outros, a fim de conter as desigualdades sociais, no que ficou conhecido como *Welfare State*⁴⁶. Observando a experiência dos Estados Unidos, o autor observa que essa fase histórica teve seu ponto de virada a partir da década de 1970, com o surgimento de políticas de contenção de gastos e intervenções estatais e com a pressão das classes dominantes por transformações, dando início ao neoliberalismo.

Entre as décadas de 1980 e 2000, nos Estados Unidos, o neoliberalismo passa a ser a ideologia dominante, consagrando a remoção e o desmantelamento dos direitos sociais como a saúde, educação, emprego e o fortalecimento do Estado penal para manter aprisionados aqueles que vivem à margem da sociedade de consumo e não se adequam à lei do mercado⁴⁷. Com a diminuição das políticas de seguridade social mínimas, houve, assim, o deslocamento do *Welfare State* para práticas repressoras e de encarceramento em massa, o que veio a caracterizar, assim, a emergência do Estado penal.

Para o autor, a dicotomia entre Estado Social e Estado Penal é apenas aparente, existindo na verdade uma relação de complementaridade e concomitância em relação às estratégias políticas de gestão da miséria que são geradas pela expansão do capitalismo. Isso porque, juntas, elas estabelecem um governo no seio do qual a prisão assume posição central de controle dos grupos pertencentes à classe trabalhadora e inferiores por meio da tutela judiciária.

⁴⁶As origens do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social) remetem ao final do século XIX, sendo o governo de Bismarck, na Alemanha, um dos primeiros a utilizá-lo. O *Welfare State* surge como resposta do capital para apaziguar a luta de classes, fortemente marcada pelo processo revolucionário europeu. Após a Segunda Guerra Mundial, essa política se tornou hegemônica, tendo como base a política de seguridade social. Cabe registrar que essas políticas sociais são, contraditoriamente, conquistas da luta operária e uma saída do capital para conter a ameaça comunista (BERHING; BOSCHETTI, 2006).

⁴⁷ Em tempos neoliberais há a exacerbação de um “Estado darwinista que transforma a competição em fetiche e celebra a irresponsabilidade individual (cuja contrapartida é a irresponsabilidade social), recolhendo-se às suas funções soberanas de ‘lei e ordem’” (WACQUANT, 2008, p. 96-97).

Dessa forma, não tendo possibilidade de conter os efeitos da crise econômica e da questão social, o Estado promove o aumento exacerbado de um disciplinamento através da culpabilização do indivíduo por meio do aparelho policial, jurídico e das prisões como espaços essenciais. Ao mesmo tempo em que existe a organização de serviços sociais como instrumento de controle, há a política de contenção repressiva dos pobres e negros, ambas necessárias para a manutenção do Estado de Direito burguês estadunidense. Segundo afirma Wacquant (2018, p. 40):

Eles respondem, cada um à sua maneira, de um lado, pelo abandono do contrato social fordista e do compromisso keynesiano em meados da década de 1970, e, por outro lado, à crise do gueto como instrumento de confinamento sócio-espacial dos negros, que se seguiu à revolução dos direitos civis e à onda de motins urbanos dos anos de 1960. Juntos, eles encerram as populações marginais das metrópoles numa *rede cárcer-assistencial*, que visa a torná-los “úteis” pela via do trabalho desqualificado ou colocá-los fora do alcance no coração devastado dos “cinturões negros” ou nas penitenciárias que se tornaram os satélites distantes destes últimos.

Nessa quadra histórica, a penalização se tornou uma técnica sofisticada para manter a invisibilidade dos problemas sociais enfrentados pelo Estado na crise do capital, transformando a prisão, conforme sublinha Loïc Wacquant, na “lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado” (WACQUANT, 2018, p.21).

No mesmo sentido, aponta Vera Malaguti Batista: “a pobreza não é mais exército de reserva de mão-de-obra, tornou-se uma pobreza sem destino, precisando ser isolada, neutralizada e destituída de poder” (BATISTA, 2009).

Enquanto a questão criminal encobre a compreensão da conflitividade social, o neoliberalismo se constrói à custa de uma gigantesca “indústria de controle do crime” que, segundo Vera Malaguti Batista, produz subjetividades e assujeitamentos ao direcionar o poder punitivo aos pobres, olhados cada vez mais como inimigos e “jogados para fora dos afetos e gastos do Leviatã patriarcal” (BATISTA, 2011, p.5):.

Assim, proliferam os discursos acerca das subjetividades antissociais, resultando em aumento da seletividade penal, estigmatização e criminalização da pobreza. Tal processo é explicado como “adesão subjetiva à barbárie”, em que a mídia, através de um “populismo criminológico”, incendeia o pânico moral e incentiva a crescente demanda coletiva por castigo e punição, para o extermínio dos inimigos; a fim de validar o discurso e as práticas legitimadoras da pena de prisão (BATISTA, 2011).

Marildo Menegat (2018) atualiza a concepção marxista, retomando a discussão sobre o tempo e trabalho humano na sociedade neoliberal. Segundo ele, a partir da Terceira Revolução

Tecnocientífica, iniciada na década de 1970, generaliza-se a microeletrônica como modo de produção, o que permite produzir mais-valor da nova composição orgânica do capital Segundo Menegat, isso se deve à redução de custos pela substituição do trabalho humano pelas novas tecnologias adotadas.

A partir disso, se constata um tipo de desemprego estrutural, já que a produção não precisa mais de braços humanos, com o aumento vertiginoso dos empregos precários e sazonais. A consequência imediata e paralela dessa reconfiguração é o aumento extraordinário da população carcerária nos países capitalistas, sobretudo nos Estados Unidos e em países da América Latina como o Brasil.

Seguindo as reflexões de Marildo Menegat (2019), podemos compreender que houve a emergência de um capitalismo regressivo, entretanto, que não corresponde apenas a uma expressão pontual do neoliberalismo, mas sim um fenômeno peculiar que aponta para o ultraliberalismo no Brasil, também verificado nos Estados Unidos.

Essa constatação lança luzes sobre o nosso sistema penal em consonância com a atuação da justiça criminal, que privilegia como é possível conferir em nosso país, em franca dissonância com o Estado Democrático de Direito contemporâneo, uma política criminal de repressão penal no Brasil contemporâneo.

Como esclarece Nilo Batista (1990a, p. 34) a política criminal se apresenta como o conjunto de princípios e recomendações que visem à reforma ou mudança da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. O seu conceito está intrinsecamente ligado à ciência política; logo, ele abrange a política de segurança pública, a política do judiciário e a política do penitenciário.

O sistema carcerário brasileiro funciona como aparelho reprodutor das desigualdades nas relações sociais, reforçando os rótulos criminógenos dos marginalizados, com objetivo de contribuir para a manutenção das desigualdades estruturais da sociedade capitalista. A repressão penal constitui, através do cárcere, um mecanismo hábil na reconfiguração dos proletários do sistema capitalista, contribuindo para o aumento ou a redução de pessoas excluídas do mercado formal de trabalho ou desempregadas.

Essa política criminal demonstra suas ressignificações no âmbito do sistema de justiça criminal e das instituições prisionais de modo que continuam (re)produzindo as desigualdades sociais da sociedade capitalista, como um discurso de relações de classes e de poder para legitimar a hegemonia do capital, em que a pena de prisão adquire valor de uso e valor de troca – tal como observou Marx no *Capital* (2003) em relação à mercadoria -, sendo medidas pelo tempo prisão como equivalente.

A trajetória até aqui exposta de desenvolvimento do capitalismo *pari passu* e sua influência no sistema punitivo expressam um ponto de partida que torna fundamental para o debate e a compreensão da pesquisa em tela. O direito penal e o sistema punitivo como um todo não operam de modo neutro; ao contrário, eles estão ligados, em sua essência, na reafirmação da dinâmica produtiva da economia capitalista, que é estruturalmente um sistema desigual e violento.

Assim, buscaremos compreender também como o sistema penal opera de modo seletivo e enviesado na seleção criminalizante e na vulnerabilização de mulheres, especialmente das condenadas por tráfico de drogas. Nesse processo, o poder judiciário tem papel de destaque, uma vez que ele é o agente responsável pela condenação de cada um dos indivíduos que compõem a massa de excluídos do sistema produtivo, sendo válido questionar como concretamente se dá esse processo e como o judiciário lida, responde, trabalha ou se apropria das vulnerabilidades que colocam as pessoas nessa posição.

2.3 O grande encarceramento no Brasil

Como já dito, o surgimento dos Estados capitalistas e do poder punitivo estão entrelaçados, sendo o sistema punitivo um mecanismo de produção da realidade, útil à acumulação de capital e reforço das desigualdades.

No Brasil o sistema punitivo sempre esteve a serviço do escravismo durante o período imperial, pré-republicano; e após, com a abolição, passou a sustentar os interesses das mesmas elites até então escravistas e a criminalizar as populações antes escravizadas. Nesse processo, desde o início, a repressão às drogas teve um papel importante. Assim, já em 1830, o primeiro édito repressivo visava coibir o uso do chamado “pito de pango” (maconha). Editada pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro⁴⁸, a Lei não deixava dúvidas quanto à sua instrumentalidade no controle social das populações negras: enquanto impunha pena de três dias de cadeia aos usuários, entre eles tipicamente muitos escravos, aos vendedores, geralmente comerciantes brancos, era aplicada tão somente a pena de multa.

A lei municipal foi, no entanto, um entre outros atos esparsos no conjunto normativo do Império sem ter encontrado norma correspondente no Código Criminal de então. É apenas em 1890 que a proibição alça o Código Penal da República, que dispunha sobre a proibição de

⁴⁸ “Art. 60: É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia.” (BRASIL, 1830).

substâncias tidas como venenosas e que, por não serem determinadas, careciam de norma complementar. Em 1912 ocorreu a Conferência Internacional do Ópio em Haia, subscrita pelo Brasil através dos Decretos nº 2.861 de 1914 e 11.481 de 1915, que levou à criminalização do ópio, da morfina e da cocaína. A história dos tratados internacionais evidencia que por trás de suas normas, encontram-se interesses de ordem econômica, política, moral etc. (VALOIS, 2017, p.34).

Dados históricos sobre o proibicionismo das drogas esclarecem, segundo Sebastian Scheerer, a atuação dos Estados Unidos de combate ao ópio nas Filipinas, ocupada no final do século XIX e início do século XX, que resultou no Acordo do Ópio, promovido em Haia, em 1912, considerado como matriz de todas as leis contra entorpecentes no mundo inteiro. A partir daí, amplia-se, em nível mundial, o número de substâncias controladas, incluindo a cocaína, a heroína e a maconha. Nesse sentido, Sebastian Scheerer denomina o gigantesco sistema de economia dirigida em termos de produção e comercialização, geradora de um não menor gigantesco mercado negro (SCHEERER, 2009).

Mais tarde, sucedeu o Decreto nº 20.930 de 1932 (BRASIL, 1932), que foi alterado pelo Decreto nº 24.548 de 1934 (BRASIL, 1934), e revogado o Decreto-Lei nº 891 de 1938 (BRASIL 1938), que conduziria ao artigo 281 do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940). Esta alternância de decretos na década de 1930, segundo Nilo Batista, confirma a influência, sofrida pelo Brasil, das sucessivas tendências das Convenções Internacionais, como a de Haia (1912) e as de Genebra (1925, 1931 e 1936), ressaltando a internacionalização do controle como a principal característica permanente do modelo sanitarista. As drogas estavam nas prateleiras, sob os auspícios dos boticários e farmacêuticos. As autoridades sanitárias aderiram às técnicas higienistas, tendo como instrumento as barreiras alfandegárias, concretizando-se a concepção sanitária de controle das drogas (BATISTA, p. 1998).

Como explica, ainda, Luísa Saad na dissertação intitulada “Fumo de Negro”: a criminalização da maconha no pós-abolição e a legislação repressiva sanitarista anunciavam claramente a seguinte mensagem de que: “os negros, suas práticas culturais, suas tradições e qualquer elemento trazido pelos africanos representavam um obstáculo” (SAAD, 2006, p. 123). Dessa forma, pouco a pouco se consolidava o modelo sanitarista, que prevaleceu por quase meio século e que (re)legitimou a repressão das populações negras e marginalizadas.

Nesse período, a partir da transição do capitalismo as taxas de negros libertos, desempregados, de mendigos e dos considerados incapazes, como anormais, dificultava a parte produtiva dos meios de produção da sociedade. (CRUZ, 2018). Assim, como esclarece Nilo Batista (2016, p. 64): “no discurso deste novo sistema penal, a inferioridade jurídica do

escravismo será substituída por uma inferioridade biológica’, ou seja, enquanto naquela era possível reconhecer-se uma mera decisão de poder, nesta, existia a necessidade de uma demonstração científica.”

A partir de então, se desenhava um sistema médico-policial, que tornava a toxicomania uma doença de notificação compulsória. Os usuários, dependentes e experimentadores inicialmente não eram criminalizados. Todavia, estavam submetidos a rigoroso tratamento, que passava pela internação obrigatória (por representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público, regulada, nos casos urgentes, em mero laudo de exame, com caráter sumário) ou facultativa (por controle familiar até o quarto grau, com projeções patrimoniais, pelo acautelamento dos bens). O hospital que recebesse toxicômanos deveria informar o fato à Autoridade Sanitária, que comunicaria à Polícia e ao Ministério Público. A saída dos internos atrelava-se ao atestado médico de cura, referente à alta concedida pela Autoridade Sanitária, que notificava a Polícia, para efetivar a vigilância. A alta do paciente assimilava-se a um alvará de soltura e consistia em decisão judicial. O eixo médico-farmacêutico impregnou o modelo legal e imprimiu um caráter científico com a insurgência de um viés moralista.

A ruptura com esse modelo ocorreu, segundo Nilo Batista, em 1964, com a adoção de uma política criminal bélica, implantada na conjuntura da guerra fria. Esse modelo encontrou respaldo com a modulação da doutrina de Segurança Nacional voltada para combater a figura do inimigo interno (BATISTA, 1998), colocando os comunistas nessa categoria, e, mais a deslocando para uma nova classe de inimigos internos: os traficantes de drogas. É em tal contexto que se conformou a política criminal de sobreposição dos discursos médico-jurídico e bélico (BATISTA, 1998), levando a edição das diferentes legislações repressivas que culminaram na atual Lei 11.340 de 2006 (BRASIL, 2006a).

A partir do final dos anos de 1980, o narcotráfico começa a ingressar no âmbito da globalização e torna-se um aspecto inovador da política internacional, segundo a ONU, movimentando bilhões de dólares no mercado mundial. Segundo MOURA, (2005.p. 45) “as empresas de tráfico de drogas ilícitas devem ser consideradas um negócio como outro qualquer, com a diferença de que, por serem subterrâneas, ou ilegais, permitem que os preços oscilem e os lucros sejam astronômicos, fato este, sem dúvida, necessário para o capital.”

Nos tempos atuais, assistimos à funcionalidade do sistema de drogas, onde a economia neoliberal impulsiona o mercado de drogas, e no qual a construção do mito da droga é pulverizada pela mídia, conforme os interesses dos países capitalistas centrais. Desse modo, constata-se, ao se examinar o contexto mundial, que os conflitos sociais se transformam em conflitos criminais. Conforme argumenta Rosa Del Olmo (1990); os países do sul do planeta,

pobres, são os fornecedores de drogas, identificados com os traficantes, criminosos, os quais devem ser rigorosamente apenados. Já os países do norte do planeta, ricos, são consumidores de drogas, compreendidos como vítimas, dependentes e doentes.

Segundo Vera Malaguti Batista, o sistema capitalista produz uma visão esquizofrênica das drogas. Isso porque, por um lado, estimula a produção e circulação dela; e do outro constrói um arsenal jurídico e ideológico de demonização e criminalização desta mercadoria. Assim, a política de guerra às drogas dos EUA, recepcionada por vários países da América Latina, que originou a “criação do mito da droga enseja um processo de repressão ao tráfico que na verdade atende os objetivos de regulação econômica”. (BATISTA, 2003, p. 83-84).

Assim, esse processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, no Brasil, aprofundando seu caráter genocida dessa guerra irracional contra as drogas, em que o ponto nodal é uma política criminal de enfrentamento e de extermínio dos vulneráveis: a população negra e pobre que costumam ser o principal alvo e cuja violência policial é sempre legitimada (ZAFFARONI, 2003).

Vera Malaguti Batista esclarece, ainda, que o Rio de Janeiro não produzia cocaína na década de 1970. A partir desta década foi observado um aumento progressivo do seu consumo. A comercialização da droga exigia mão de obra; logo, os jovens pobres das comunidades e periferias foram recrutados como exército de reserva. As delegacias, os juizados de menores, unidades de atendimentos a jovens registraram uma elevação dos números de infrações praticadas por eles, relacionadas a consumo, posse, ou venda de cocaína. Para os jovens consumidores de classe média, aplicava-se o “estereótipo médico”. Para os jovens pobres da periferia, aplicava-se o “estereótipo criminal”, como a seguir detalha: “Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores.” (BATISTA, 2003, p.134)

A adoção em nosso país de uma política proibicionista de guerra às drogas conforma em sua estrutura não só o caráter imperialista, capitalista colonial, mas, sobretudo, escravocrata e racista; acolhendo a doutrina marxiana, que em suas reflexões já advertia para o anticolonialismo e antirracismo, pois: “[o] trabalho não pode se emancipar na pele branca onde na pele negra ele é marcado a ferro” (MARX, 2013, p. 372).

Além do mais, quem compõe a parte vulnerável do tráfico como trabalhadores superexplorados, precarizados, são negros, jovens, pauperizados e periféricos, que se apresenta para eles como caminho viável de ascensão social, diante das inexistentes opções do mercado formal e informal de trabalho e da omissão estatal de assegurar as garantias constitucionais, tais como: saúde, educação, moradia. Como sinalizam Oliveira e Ribeiro (2018, p. 5): “Não é a

guerra às drogas que inventa o racismo no Brasil, no entanto, sua ideologia organiza ações estatais de grande impacto com um amplo consentimento social que permite que as vidas negras sigam valendo tão pouco” (OLIVEIRA, N; RIBEIRO, E, 2018).

2.3.1 O aprisionamento de mulheres

As prisões brasileiras ocupam um lugar especial, segundo revela o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), da Câmara dos Deputados sobre as condições do sistema carcerário, constituída em 2009. Este relatório aponta as graves violações aos direitos fundamentais dos encarcerados, além de “uma realidade cruel, desumana, animalésca, ilegal, em que presos são tratados como lixo humano” (BRASIL, 2009, pp. 193-205), mostrando a degradação sistêmica do ambiente prisional⁴⁹.

Especialmente, em relação às cadeias femininas a CPI observou: nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. “Tampouco absorventes são distribuídos, e quando são a quantidade é muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e o usam como absorvente” (BRASIL, 2009, p. 204).

No Brasil, o aprisionamento feminino sempre foi, e continua sendo, muito precário, pois, além de enfrentarem situações adversas em suas trajetórias pessoais, são também renegadas à ausência de diligência inclusive nos espaços institucionais, como as prisões, ambientes nos quais sua “natural inferioridade” é apenas reafirmada. A maior parte dos estabelecimentos penais que abrigam as mulheres detidas constitui espaços mistos onde convivem homens e mulheres na mesma unidade, porém em ambientes distintos, divididos no interior destes estabelecimentos.

Nestes casos, os homens são retirados de um pavilhão e este passa a acolher impropriamente as prisioneiras, portanto, não possuem nenhuma especificidade voltada ao sexo feminino, como, por exemplo, maternidade, recursos na área de saúde, acesso a exames ginecológicos, materiais de higiene pessoal, creche, dentre outros. O que vemos é a improvisação de espaços, nos quais as mulheres são apêndices e onde potencializam a centralidade do masculino e a submissão do feminino (COLARES & CHIES, 2010).

⁴⁹ Segundo constatou a CPI: “em muitos estabelecimentos penais, tensão, medo, repressão, torturas e violência – ambiente que, em certa medida, atinge e se estende aos parentes, em especial, quando das visitas nas unidades prisionais. A realidade encontrada pela CPI, em suas diligências nos mais variados estabelecimentos penais, é de confronto com a legislação nacional e internacional, de agressão aos direitos humanos e de completa barbárie.” (BRASIL, 2009, p. 204).

Todas as práticas prisionais oferecidas à mulher presidiária são ainda mais perversas do que a dos homens na mesma situação. Podemos destacar para além de as instituições prisionais terem sido projetadas não para acolherem mulheres, o ritual de encarceramento e as dificuldades impostas às mulheres reclusas com as humilhações nas revistas “quando mulheres são obrigadas a se despir, a se agachar em cima de espelhos, tossir, pular, na frente de funcionário público, tudo sob o pretexto de se averiguar a existência de drogas nas partes íntimas dessas pessoas.” (...). Tal violência atinge “todas as parentas de presos. Uma verdadeira violência sexual!” (VALOIS, 2020).

A gravidez durante o cárcere se mostra traumática. As mulheres não dispõem de auxílio adequado durante o período da gestação, assim como não usufruem de uma estrutura apropriada após o parto, pelo contrário, seus filhos nascem presos, como elas. A partir disso, percebe-se, portanto, que o sistema prisional brasileiro é estruturado com base em um entendimento machista e patriarcal, o qual negligência às necessidades específicas da mulher encarcerada, aprofundando ainda mais sua exclusão e opressão frente à sociedade.

O aprisionamento feminino possui ainda uma especificidade fundamental: as mulheres são, geralmente, as responsáveis por seus filhos seja aqueles que geraram durante o período pré-cárcere, seja aqueles que nasceram atrás das grades. Nesses casos, o encarceramento feminino gera uma situação devastadora de desestruturação familiar, uma vez que os filhos não mais estarão sob a sua tutela; assim, têm de transitar entre casas de familiares e abrigos de adoção.

A par dessas questões, há vários fatores que incidem nas análises de pesquisas quanto à justificativa de as mulheres terem aderido à atividade da traficância. Uma delas, é porque esta atividade, muitas vezes, pode ser exercida no âmbito doméstico, o que implica a possibilidade de cuidar dos filhos ao mesmo tempo em que trabalha (MOURA,2012); considerando a baixa escolaridade delas para conseguir um emprego lícito, que possa garantir sobrevivência e as condições de vida para elas e seus filhos.

Outros estudos atribuem a participação da mulher no tráfico especialmente centrada nas razões afetivas, em muitos casos, porque tenta dar provas de seu afeto pelo companheiro, tio ou irmão. Ou, ainda, “na qualidade de usuárias de drogas, envolvem-se com os traficantes com o intuito de ter acesso às drogas e esse envolvimento, que primeiramente toma uma dimensão mercadológica, torna-se facilmente um relacionamento afetivo.” (COSTA 2008, p. 26).

Existem também pesquisas apontando como a questão de gênero no tráfico é marcada pela submissão e pelos limites impostos ao gênero. Nesse sentido, como avaliou em sua investigação, Mariana Barcinski: “Apesar do caráter transgressivo da atividade na qual as

participantes estiveram envolvidas, suas experiências passadas como criminosas foram marcadas por uma constante submissão aos homens na atividade.” Além disso, embora as entrevistadas tenham se sentido superior a outras mulheres, que não tiveram envolvimento com o tráfico de drogas, o poder afirmado foi frequentemente experimentado dentro dos limites de gênero que caracterizam as experiências de mulheres ‘normais’ da favela”. (BARCINSKI, 2009, p. 1852).

Dessa forma, ao desempenharem um papel de subordinação na estrutura do tráfico, tal circunstância pode revelar-se enquanto um elemento facilitador de sua prisão - e que pode ser compreendido como reflexo do aumento do encarceramento feminino - já que as mulheres não dispõem das mesmas condições de negociar sua liberdade com os policiais tais como os líderes do tráfico (SOARES & ILGENFRIT, 2002, p. 58).

O sistema penal reproduz parte de uma estrutura social fundada nas crenças e nos valores patriarcais e classistas, que incidem de forma a solidificar as relações desiguais entre os gêneros, pois trata a mulher de forma discriminatória, como se ela jamais devesse fazer parte deste mundo majoritariamente planejado para homens.

Dessa forma, a mulher encarcerada é vista pela sociedade como duplamente culpada, por ter infringido a lei e porque rompe com os papéis convencionais de gênero. Portanto, a mulher que comete um crime, independentemente da circunstância, se apropria de uma posição ativa e torna-se protagonista desse cenário, que rompe com o seu lugar social; ela tem como resposta não apenas o aprisionamento jurídico, mas a violência multifacetada que se direciona ao seu gênero, marcada tanto pelo abandono e pela negligência do Estado (QUEIROZ, 2015).

Finalmente, podemos apontar outro castigo que a elas se impõem: o afastamento de familiares e, principalmente, o abandono do companheiro quando ingressam no sistema penal. Para Dráuzio Varella (2017), essa é uma das principais diferenças que podemos destacar nos dias de visitas na cadeia feminina.

2.3.2 As implicações da legislação de drogas

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o tráfico de drogas é um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, e a atual Lei de Drogas (11.343/06) apresenta, como um dos seus objetivos, a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito, que revogou as duas anteriores legislações brasileiras – a Lei nº 6.368, de 1976 (BRASIL, 1976) – cuja pena era de 3 anos a 5 anos – e a Lei nº 10.409, de 2002 (BRASIL, 2002), A nova legislação aumentou a pena do tráfico de drogas que passou a ser de 5 a 15 anos de reclusão.

O atual diploma legal em matéria de drogas, na realidade, não apresenta qualquer alteração substancial em relação às legislações anteriores por ela revogadas, pois seguem as mesmas diretrizes proibicionistas das Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário. Dessa forma, criminaliza os produtores, distribuidores e consumidores das substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, que, em razão da proibição, são qualificadas de drogas ilícitas.

A Lei 11.343/2006 em seu § 4º do artigo 33 prevê a figura do tráfico privilegiado quando as penas: “poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. (BRASIL, 2006a).

Ocorre que, muitas vezes os réus, sequer possuem anotações em suas folhas de antecedentes criminais, mas são processados, além do tráfico também por associação criminosa⁵⁰ - que sempre agrava a pena aplicada ou de uma suposta organização criminosa. Nesses casos, as acusações costumam estar baseadas apenas em depoimentos e transcrições subjetivas da autoridade policial do auto de prisão em flagrante, entretanto tais circunstâncias, na verdade, dizem respeito apenas a uma simples coautoria⁵¹. Assim, impede-se a aplicação da diminuição da pena, por força do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006a), para efeito da determinação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do artigo 44 do Código Penal (BRASIL, 1940).

A mencionada legislação adota uma política criminal diversa para o usuário, estabelecendo um tratamento de reinserção social, associado à família, enquadrado em um planejamento terapêutico individualizado, multidisciplinar com intercessão dos serviços de saúde. Segundo consta do seu artigo 28⁵² (BRASIL, 2006a) não há mais previsão de pena

⁵⁰ Artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006a).

⁵¹ Artigo 29 do Código Penal (BRASIL, 1940)

⁵² Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem,

privativa de liberdade para os usuários, apenas uma sanção de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo máximo de cinco meses, incluindo advertência e medida educativa (admoestação verbal e multa, em que esta última variará de 40 a 100 dias multa). Portanto, a Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006a) não apresenta qualquer mudança significativa em relação às outras anteriores: ela não procedeu à descriminalização do consumo ou da posse para uso pessoal.⁵³

A legislação em vigor optou pelo modelo de descarcerização (SAMPAIO,2007) do consumidor ocasional, visando retirar os jovens consumidores da classe média da mira policial. Entretanto, a Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006a) confere um poder discricionário à polícia para que esta, ao interceptar o jovem pobre comercializando pequenas quantidades de drogas ilícitas, o enquadre como traficante e abra caminho para que o judiciário imponha-lhe a pena mínima de cinco anos de prisão. Por isso, a atual legislação duplicou as cifras de encarceramento de adolescentes e jovens inseridos no tráfico ilegal de drogas. A desigualdade de classe funciona como critério legitimador da violência perpetrada pelo o Estado, que é consentida pela sociedade, contra os setores vulneráveis do ponto de vista econômico, étnico e de gênero. Observe-se que o critério utilizado para determinar a tipificação do tráfico (artigo 33)⁵⁴ ou do consumo próprio (artigo 28) permite todo tipo de arbitrariedades, sobretudo, porque

preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. BRASIL (2006a).

⁵³ Ressalte-se, por outro lado, que a ameaça da pena é que caracteriza a criminalização. Como especifica a própria Constituição Federal, não são apenas as privativas da liberdade que são consideradas como pena, mas também as restritivas da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa, as suspensões e interdições de direitos. Dessa forma, de acordo com a anterior, Lei nº 6.368/76 (BRASIL, 1976), que previa penas de detenção de seis meses a dois anos, a criminalização da posse para uso pessoal já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, sendo aplicável a Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995) dos Juizados Especiais Criminais, que prevê a imposição antecipada e negociada de penas não privativas da liberdade. Logo, os consumidores das drogas qualificadas de ilícitas já não iriam mais para a prisão (BRASIL, 2006a).

⁵⁴ 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.

essa análise está propensa à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atenderá, além da quantidade da droga, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como para a conduta e os antecedentes criminais. Desse modo, certos indivíduos estarão sempre mais propensos a serem eleitos como autores do crime de tráfico, em função de sua condição social, inserida em substratos mais baixos da população, portanto, são mais vulneráveis à captura seletiva da polícia e dos magistrados, (ZACCONE, 2007) pois, segundo o artigo 28, § 2º, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006a), para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

As condutas descritas no artigo 28 também estão presentes no artigo 33, que tipifica o tráfico de drogas, contudo, impõe-se a sua diferenciação. A diferença reside fundamentalmente no aspecto subjetivo, na finalidade da conduta. A finalidade das condutas descritas no artigo 28 (dolo) é o porte para consumo pessoal. Todavia, no artigo 33, a conduta de tráfico indica o dolo específico, a finalidade de comercializar.

Para boa parte da dogmática penal e da jurisprudência, o elemento subjetivo que caracteriza este crime é o dolo genérico (CARVALHO, 2013). Esta distinção é marcada por uma problemática no momento da distinção entre usuários e traficantes, levando ao cárcere muitos usuários inocentes. Embora o dispositivo seja destinado ao juiz, sabe-se que o exercício inicial da criminalização passa pelo crivo policial. As guias normativas definem, pois, os critérios de interpretação dos agentes policiais e, posteriormente, judiciais. Logicamente, conforme se apresenta em sua estrutura o primeiro filtro sempre será do policial, pois é quem avaliará se o sujeito, ao portar a droga (artigo 28), o conduz com intuito de consumo pessoal ou para o tráfico (artigo 33) (BRASIL, 2006a).

Ressalte-se não ser necessária base criminológica em perspectiva crítica para perceber que os referidos dispositivos legais, ao invés de definirem precisamente critérios de imputação, proliferam determinadas imagens e representações sociais de quem são, onde vivem e onde circulam os *traficantes* e os *consumidores*. Os estereótipos do “elemento suspeito” ou da

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006a).

“atitude suspeita” acabam por definir os mecanismos de interpretação que, no exercício do poder de polícia, determinarão oportunamente o grupo social a ser atingido com as midiáticas operações policiais.

Os dispositivos apresentam cinco *condutas objetivas* idênticas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo), contudo, impõem consequências jurídicas radicalmente diversas. O enquadramento no artigo 28 da Lei de Drogas submete o infrator às penas restritivas de direito (admoestação verbal, prestação de serviços e medida educativa). a imputação do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 impõe regime carcerário com pena privativa de liberdade variável entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos (BRASIL, 2006a).

Além de ampliar as hipóteses de criminalização da conduta de tráfico de drogas – fato que se constata também em outros dispositivos penais - artigos 34, 35, 36, 37, 38, 39 –, a Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006a) prevê o aumento das penas dos artigos 33 a 37, de um sexto a dois terços, quando ocorrerem determinadas circunstâncias. Dentre elas, quando: ficar evidenciado “a transnacionalidade do delito” (I); “a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais” (...) (III); “o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo” (...) (IV); “caracterizado o tráfico entre Estados da Federação” (...) (VI); “o agente financiar ou custear a prática do crime” (VII). Diante destas hipóteses, as penas aplicadas normalmente ultrapassam a pena mínima de 05 anos de reclusão, aumentando consequentemente o tempo de permanência nas prisões.

O texto legislativo não deixou de criminalizar a conduta do porte para consumo pessoal (artigo 28)⁵⁵, pois prevê como pena a prestação de serviços à comunidade, além de fixar medida educativa semelhante a castigo, imposta pelo juiz criminal. Ademais, a presente legislação traz

⁵⁵ A atual lei de drogas assemelha-se a outras de diferentes países. Em regra, são regulamentadas por leis especiais penais, que se referem a um conjunto de normas excepcionais. Trata-se, portanto, essencialmente de um regime de exceção ao direito penal, que, na maioria das vezes, prejudica as garantias processuais penais. Além do mais, as normas penais sobre as drogas se caracterizam por tipos penais abertos, normas penais incompletas que dependem de complemento valorativo, feito pelo intérprete da norma, frequentemente, a autoridade policial ou o magistrado. As normas são criadas com o propósito de regulamentar genericamente quase todas as condutas associadas às drogas ilegais. A ausência de parâmetros objetivos abre espaço para conclusões que violam o princípio da legalidade. Assim, a mesma conduta pode corresponder à hipótese de incidência de mais de um tipo penal (tráfico de drogas, crime de bando ou quadrilha, organização criminosa etc), dando espaço para discricionariedades abusivas que refletem nas arbitrariedades do sistema de justiça criminal. As penas são altíssimas e desproporcionais em relação ao bem jurídico violado, podendo ser comparadas ao crime de homicídio. No caso, trata-se de bem jurídico abstrato, como saúde pública, o qual é difícil de ser apreciado no que se refere a sua lesividade. Embora a lei de drogas tenha sido formulada com o intuito de conferir um tratamento mais enérgico aos grandes traficantes e aos cartéis internacionais, a parcela significativa da população prisional é constituída por pequenos comerciantes de drogas, e a pena de prisão é aplicada com muito mais frequência aos varejistas de drogas e usuários. Finalmente, aumentou-se a pena das agravantes, o que proporcionou a expansão do poder punitivo e o grande encarceramento. Em termos processuais, o procedimento por ser especial ocasionou violações e injustiças inadmissíveis.

a figura duvidosa do usuário traficante, quando este divide gratuitamente o consumo do seu entorpecente com terceiro, ou na hipótese de o usuário cultivar o plantio de maconha para seu consumo próprio; além de não especificar o legislador uma quantidade quando se tratar de usuário ou traficante. Também, caberá, nesses casos, à polícia exercer a repressão penal sobre o usuário, decidindo sobre a capitulação inicial, permanecendo, assim, os problemas gerados pela corrupção, extorsão e truculência, inerentes à instituição.

É fundamental a revisão do atual texto legal quanto às drogas, para que o legislador venha estabelecer um critério objetivo de quantidade, a fim de que se possa servir de parâmetro do caráter em cada espécie de drogas de quem conduz consigo a droga. Outros países assim o fizeram, variando numa escala de 20g de maconha até 200g da mesma droga (CONSULTOR JURÍDICO, 2005) Sobre o tema, foi apresentado um anteprojeto em 2019 ao Congresso Nacional com propostas de atualização da atual lei de drogas⁵⁶, em que fixa um critério quantitativo limitado a dez doses, a ser definida para cada tipo de droga, como no caso da maconha e cocaína, a fim de separar o usuário do traficante de drogas. O texto aprimora a proteção dos usuários e inclui a descriminalização do uso privado e pessoal de pequenas quantidades de drogas.

Outra questão a ser considerada é a dos pequenos traficantes, como no caso das mulheres que transportam drogas para seus maridos ou filhos presos que, muitas vezes, são ameaçados na prisão. Para enfrentar essa problemática, o referido projeto divide o crime de tráfico em grupos distintos com penas diferentes e, assim, abre-se a oportunidade de aplicação de outras medidas, como a vedação de frequentar o local, ao invés de submetê-la à condenação ao cárcere ou a penas restritivas de direitos.

Ao longo de mais de trinta anos, pudemos observar o fracasso da “guerra às drogas”, especialmente no Brasil, essa escalada bélica é introduzida no período mais duro do regime militar, denominado por Nilo Batista (1997) “política criminal com derramamento de sangue”. As consequências da política proibicionista de drogas são extremamente nocivas, pois a clandestinidade do seu uso, bem como a distribuição de determinadas substâncias não consegue evitá-los.

Os debates, até então existentes sobre as alternativas, giram em torno da descriminalização, da legalização e da redução de danos. As pesquisas e as críticas qualificadas

⁵⁶ Foi criada em agosto de 2018, uma comissão teve como presidente o ministro Ribeiro Dantas e como vice-presidente o ministro Rogerio Schietti Cruz, ambos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e como relator o desembargador federal Ney Bello, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). Os três participaram da entrega do anteprojeto.

no mundo inteiro indicam essas possibilidades como caminhos mais apropriados à complexidade da questão das drogas. No entanto, no Brasil, os avanços legislativos e jurídicos ainda são tímidos. Ainda se discute a descriminalização dos usuários de drogas. O tema das drogas continua sendo um tema marcado pela desinformação e pelo preconceito.

O fracasso da política criminal de drogas é consenso entre os especialistas do assunto (BOITEUX, 2014; CARVALHO; 2013; VALOIS, 2020). Trata-se de uma política ineficiente que prioriza o combate aos microtraficantes e não afeta o mercado bilionário das drogas. Neste cenário, as políticas e os mecanismos legais e institucionais de controle das drogas apresentam-se como uma das matérias mais relevantes na atualidade. A elevação do consumo de drogas, a violência associada ao tráfico, a superlotação nas prisões, a ineficácia do controle penal e as consequências trágicas nas histórias pessoais e familiares de alguns dependentes de drogas são assuntos rotineiros nos meios acadêmico, jurídico e político.

Em mais de um século de proibição ao mercado de drogas, não houve diminuição em relação à oferta, nem tampouco quanto à demanda. A marca registrada do modelo atual de venda de drogas é de total descontrole. Na maioria das vezes, o acesso a alguma substância, considerada proibida, é mais facilmente disponibilizado por qualquer pessoa do que um psicofármaco tarja preta cuja aquisição exige receita médica. Por isso, o caminho mais sensato e razoável é a legalização das drogas, que não significa o descontrole. Ao contrário, legalizar significa controlar com maior eficácia, buscando regimes de controle e de circulação específicos, para substâncias particulares, como já se faz com o álcool, cigarro e os psicofármacos, que também são considerados drogas.

Na contramão do proibicionismo norteamericanos, das Convenções e dos Tratados internacionais de drogas da ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2023), alguns países europeus têm adotado políticas de redução de danos desde a década de 1980, a exemplo da Holanda. Há uma tendência mundial para legalização, descriminalização, despenalização da produção do comércio de drogas e do seu consumo, desde a Holanda, Alemanha, Inglaterra, Portugal, República Tcheca e, em vários outros países, como no Uruguai, Canadá e em oito estados norte-americanos, nos quais outrora as drogas eram combatidas através de uma política criminal bélica, mas que mudaram sua legislação penal, adotando a concepção de redução de riscos ou de uma política alternativa a declarada guerra às drogas.⁵⁷

⁵⁷ Essa política está baseada em *Relatório da Organização dos Estados Americanos (OEA) – Cenários para o problema das drogas nas Américas 2013-2025* (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2012). Tais relatórios apontam ainda para a necessidade de uma mudança de perspectiva em relação às políticas de drogas. Em vez de se concentrar principalmente na eliminação da produção e do tráfico de drogas, ou na mudança do marco jurídico e regulamentar vigente, os líderes nacionais e locais reconhecem coletivamente que as políticas devem ser

No Brasil, em termos legislativos, este tema vem ganhando espaço com as discussões em torno do marco regulatório da *Cannabis* no país. O Projeto de Lei nº 399/2015 (BRASIL, 2015) busca legalizar o cultivo da planta para fins exclusivamente medicinais, veterinários, científicos e industriais. Todavia, sua proposição fortalece outro debate: a legalização da maconha, de maneira ampla, em todo território nacional.

2.3.3 O paradigma restaurativo aplicado nos crimes de drogas

O fracasso das políticas de drogas proibicionistas vem, há muito tempo, estimulando debates. Partes destas proposições e iniciativas refletem argumentações equivocadas, moralistas e preconceituosas sobre as drogas. A visão dominante sobre as drogas ilícitas tende a associá-la à desordem, à violência e à criminalidade.

A insatisfação com as políticas criminais de drogas e com a atuação do sistema de justiça criminal é acompanhada por propostas políticas que caminham em várias direções, por vezes opostas. Uma parte destas proposições defende o recrudescimento penal e a outra parte defende a eliminação ou redução do controle. Esta última corrente, com apoio de estudiosos propõe a reforma no sistema de justiça criminal aplicada da legislação de drogas, que priorizem abordagens e medidas não privativas da liberdade.

Diferente das práticas de controle e da política proibicionista das drogas da ONU, diversos países iniciaram processos de implementação de políticas de drogas para redução de danos, de descriminalização e despenalização, que têm produzidos resultados positivos – a exemplo da Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos e alguns países europeus -, cujas taxas de encarceramento crescem progressivamente. São países que vêm difundindo o uso da justiça restaurativa como uma alternativa para afetar significativamente a punição e o encarceramento.

Os debates, até então existentes sobre as alternativas, giram em torno da descriminalização, da legalização e da redução de danos. É a partir das principais análises críticas do abolicionismo penal - que apontam a restrição do conceito de crime e a substituição do sistema punitivo com a busca de soluções mais adequadas afastada dos códigos e da pena de prisão - amparada nas obras de Louk Hulsman (2004) e Nils Christie (2020) sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal tradicional⁵⁸, que podemos apontar proposições

direcionadas para os seres humanos – e não para as drogas –, melhorando as condições sociais, culturais e econômicas das comunidades, fortalecendo-as, atendendo as suas necessidades

⁵⁸ Existem diferentes perspectivas abolicionistas desde a variante estruturalista de Michel Foucault, a concepção fenomenológica do criminólogo holandês Louk Hulsman e historicista de Nils Christie, além da orientação marxista, do sociólogo norueguês Thomas Mathiesen. Outros autores importantes da perspectiva teórica abolicionista são Sebastian Scheerer (Alemanha), e Heinz Steinert (Áustria), (Zaffaroni, 1991, p. 98) (ANDRADE,

(diretas e indiretas) para a estruturação de um modelo crítico de justiça criminal aplicada no âmbito da lei de drogas; e, dessa forma, possibilite a construção de soluções concreta para reduzir a rede de controle penal, visando construir um novo modelo de resolução de conflitos aplicado na Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006a) para a redução do encarceramento.

A justiça restaurativa ganhou contornos normativos no âmbito das resoluções do Conselho Nacional de Justiça: a Resolução nº 125 de 2010 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010) e a Resolução nº 225 de 2016 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). A primeira institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse e confere especial ênfase aos mecanismos de solução extrajudicial de litígios, como a conciliação e a mediação. A segunda, diz respeito à implementação da justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, que se fundamenta especialmente nas recomendações da Organização das Nações Unidas, no direito de acesso à justiça para lidar com a complexidade dos conflitos em todo território nacional.

No Brasil, já existe previsão de aplicação da justiça restaurativa e suas condutas dependem de regulação pelo Poder Legislativo e do órgão judicial. Por exemplo, nos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) (BRASIL, 1995); Juizados da Violência Doméstica contra a Mulher ou da Paz Doméstica (Lei 11.340/06) (BRASIL, 2006b) os programas incluem os crimes contra a liberdade pessoal ou individual, em que são cominadas medidas protetivas às lesões corporais intrafamiliares; Juízos da Infância e Juventude (Lei nº 12.594/12) (BRASIL, 2012), que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, cujos programas incluem as condutas equiparadas a lesões corporais, uso de drogas, ameaças, contravenções penais e crimes contra a honra; e, finalmente, no Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), (BRASIL, 2019) em que prevê as hipóteses acordo de não persecução criminal, previsto no art. 28-A do CPP (BRASIL, 1941).

Dentro das limitadas brechas normativas, o modelo restaurativo na justiça brasileira ocupa os espaços possíveis como mecanismo de sua atenuação da pena, mas não como alternativa à punição. Para alcançar tal objetivo, os programas deveriam incluir também os crimes considerados mais graves que impulsionam o grande encarceramento. Na Austrália e no Reino Unido a justiça restaurativa é utilizada, predominantemente, nos casos da justiça juvenil e nos delitos menos graves (CARVALHO, 2022).

O principal protagonista da concepção restaurativa, Howard Zehr, propõe que o crime envolve violações a serem sanadas, e que o objetivo da justiça restaurativa é a restauração. Por

isso, ele sustenta a substituição do espaço de conflito - Estado versus ofensor em que o papel da vítima na relação é secundário - pela composição de um mecanismo de consenso dialógico que, respectivamente: “envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam a reparação, reconciliação e segurança” (ZEHR, 2008b, p.185). Com base neste autor, sintetiza Roberta Pedrinha: “Portanto, o ‘quem’ e o ‘como’ são importantes. Ou seja, as pessoas (vítima, ofensor e comunidade) e o modo como se constrói o envolvimento de interconexão no paradigma restaurativo (respeito por todos, focalizando danos e necessidades, abordando as obrigações, por práticas inclusivas e cooperativas)”.

Mais dois aspectos relevantes devem ser acrescentados para a expansão da justiça restaurativa: a abordagem de dano social, os valores ligados a direitos humanos e de justiça social, que inclui trabalho, a ausência a exposição de perigo e trabalho (ELLIOTT, 2018). Nesse sentido, Elizabeth Elliott especifica que os “danos sociais podem ser definidos como casos nos quais as pessoas sofrem danos pelo não atendimento de suas necessidades, especificamente as necessidades essenciais para o bem-estar humano e não as meras vontades ou desejos” (ELLIOTT, 2018, p.121).

Uma abordagem disciplinar em torno da noção de dano social, para a justiça restaurativa, permite que ela possa abranger um conjunto de danos que afetam as pessoas ao longo do seu ciclo de vida. Os danos sociais abarcam os danos físicos, culturais, econômicos e emocionais/psicológicos. Nesse sentido, Robson Carvalho com base teórica em Paddy Hillyard e Steve Tombs afirma que: “os danos concentrados em determinadas áreas geográficas seriam contemplados também”. A ‘comunidade prejudicada’, diz respeito às coletividades prejudicadas, financeiramente ou fisicamente, por algum meio, e se referem aos tipos de danos aos humanos” (CARVALHO (2022, p. 235).

Os referidos autores elaboram uma reflexão em uma perspectiva crítica sobre os debates da noção de crime desenvolvidos pela criminologia, através dos quais o critério de dano social poderia implicar uma evolução histórica em todo o pensamento criminológico em quase um século de história. (CARVALHO, 2022, p.239). Para além, seguindo a linha abolicionista consideram “a grande maioria dos eventos definidos como crimes são muito menores” com relação a “uma pontuação alta em uma escala de privações pessoais.” A inclusão de “um grande número de eventos insignificantes não é simplesmente uma função da definição de crime no direito penal”. Em muitos casos - tanto no Brasil como em outros países - indicam que tais crimes não causam ou dano para as vítimas, além de que vários crimes não atingem vítimas,

“enquanto muitos atos que causam sérios danos não são sequer considerados crimes”. (CARVALHO, 2022, p. 233)

Finalmente, argumenta Robson Augusto Mata de Carvalho: compreender no campo das políticas públicas e da justiça restaurativa a perspectiva de dano social ao invés do âmbito penal atenderia muito melhor as expectativas de bem estar e necessidades das pessoas, pois “alguns indivíduos são mais punidos do que outros e os processos de seletividade secundária determinam e desempenham uma função complementar” (CARVALHO, 2022, p. 233). Especialmente, em relação aos “sujeitos criminalizados” e que são vulnerabilizados pelo sistema de justiça criminal, como aqueles enquadrados nos crimes de drogas, que são considerados sem violência “com a imposição de danos às pessoas que já experimentam e sofrem todas as formas de danos.” (CARVALHO, 2022, p. 238).

2.4 O impacto da justiça criminal

2.4.1 O mito da igualdade jurídica no direito penal

Tanto para a criminologia positivista quanto para os ordenamentos jurídicos contemporâneos, a pena representa um instrumento da defesa social (BARATTA, 1997).⁵⁹ As funções declaradas, tais como retribuição - natureza expiatório ou compensatório - e prevenção (geral e especial)⁶⁰ constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena. Disso resultou um abismo teórico entre o direito penal e a criminologia. Segundo Baratta (1997, p. 45), “o atraso da ciência jurídica em face do pensamento criminológico contemporâneo mais avançado é tal que, de fato, obriga a pensar que o mesmo não pode ser hoje recuperado através de uma crítica imanente, ou de uma autocrítica situada no interior da ciência jurídica”.

⁵⁹ A ideologia da defesa social constituiu um discurso punitivo contemporâneo à revolução burguesa, “e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do setor penal”. Essa ideologia que foi construída desde a Escola Clássica - e desenvolvida pela Escola Positiva - veio a se estabelecer não apenas na ideologia dominante na ciência penal, na criminologia e nos representantes do sistema penal, mas também no saber comum dos indivíduos sociais sobre a criminalidade e a pena. (BARATTA, 1997, p. 41-42).

⁶⁰ A prevenção especial é prevista no sentido de evitar futuros criminosos. A prevenção especial negativa se fundamenta na neutralização do condenado, de forma que a privação de liberdade representa segurança social. A prevenção especial positiva se fundamenta na correção do condenado.

Por essas razões, o autor elabora uma crítica implacável ao direito penal e a seu sistema de mecanismos seletivos de controle social (BARATTA, 1997), distinguindo os momentos dos processos de criminalização (primária e secundária).

Em sua atuação o Poder Legislativo cria reformas e as legislações penais, seleciona quais os bens serão juridicamente tutelados pelo direito penal, e as condutas que serão definidas como crime pela edição de leis incriminadoras, independente da danosidade social destas condutas; dirigindo a criminalização primária para o controle penal dos indesejáveis (as camadas sociais desfavorecidas) como objetos a serem descartados pelo sistema prisional. Por sua vez, a criminalização secundária é exercida pelas agências executivas (polícia e justiça), ao aplicarem o comando normativo abstrato, acentuando ainda mais a seletividade penal⁶¹.

O Poder Executivo promove essa política criminal de grande encarceramento, por meio da força policial e de planos de segurança pública; traçam os estereótipos daqueles que são vistos como os perigosos pela classe dominante, impondo a seletividade do sistema penal brasileiro (SAUL; GUIMARÃES, 2018, p. 65-89).

A seletividade do sistema punitivo penal torna-se muito mais visível por meio da criminalização secundária, especialmente contra os vulneráveis que apresentam menor aprimoramento educacional; ou componentes de setores menos privilegiados da coletividade; enfim, pessoas consideradas sem valor de uso, às quais são infligidos preconceitos e discriminação, e contra quem se estabelece um estereótipo público, que a sociedade capitalista denomina de “delinquente”, disseminando no imaginário coletivo uma ideologia de que a criminalidade está vinculada às camadas de maior hipossuficiência econômica da coletividade.

Podemos, assim, verificar três premissas básicas, que são resultados da análise teórica e de uma série de pesquisas empíricas sobre as formas de criminalização, especialmente a secundária, as quais constituem a base da ideologia da defesa social adotada pelo sistema de justiça criminal brasileira; e, nesse sentido, segundo Baratta (1997, p. 162), explicam o “mito do direito penal como direito igualitário”:

⁶¹ Wacquant (2003) critica o sistema judicial brasileiro, ressaltando que este não atua como órgão que não promove garantias e direitos constitucionais em matéria criminal, contribuindo ainda mais para o crescimento da população prisional. Acrescenta, ainda, o fato de que permeia nas instituições jurídicas do país, em sua atuação, forte conteúdo autoritário, remanescente de períodos ditatoriais. Por outro lado, o autor resalta que a atuação dos órgãos de segurança pública, ao invés de reduzir a violência, contribui para sua produção e reprodução, com fortes elementos de violência institucional, a exemplo de práticas de tortura. Finalmente, o sistema punitivo (suas polícias, seus tribunais e suas prisões) seria composto, assim, por estruturas estatais voltadas a desordens decorrentes da desregulação da economia, da precarização do trabalho e do crescimento da pobreza relativa e absoluta, constituindo o que o autor chama de uma *ditadura contra pobres*.

- “a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso são independentes da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade”.

Tais proposições demonstram “que o direito penal não é menos desigual do que outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência” (BARATA, 1997, p. 162).

2.4.2 A individualização de pena na justiça criminal

A partir das teorias desenvolvidas no âmbito da dogmática penal, entrou em vigor a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que introduziu a nova parte geral do Código Penal de 1940, apresentando modificações significativas, quanto à individualização da pena, sobretudo, no que diz respeito às circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, em que prevê o caminho a ser percorrido pelo o magistrado para determinar a pena-base e o regime de cumprimento desta. O juiz deverá utilizar as informações constantes nos autos do processo como base e fundamento para o quantum aplicado. Por outro lado, o artigo 68 do Código Penal estabelece o método trifásico de cálculo da pena. Assim, após estabelecida a pena-base, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e, por fim, as causas de diminuição e de aumento (BRASIL, 1940)⁶²,

Importante destacar que as variações na segunda e terceira fases do cálculo não são uma faculdade do magistrado, mas uma imposição legislativa, pois existem critérios objetivos definidos no texto legal; uma vez preenchidos os requisitos, torna-se imperativa sua aplicação, tanto para aumento de pena quanto para sua diminuição.

Esse processo de individualização da pena na justiça criminal está atrelado a um prévio juízo de culpabilidade como limitador de sua medida. Logo, a reprovação empregada na legislação penal (artigo 59 do Código Penal) indica o sentido de que a pena aplicada deva ser proporcional ao dano ou perigo do bem jurídico protegido. Entretanto, o conceito de reprovação expresso em nossa legislação penal tem despertado nos julgadores “o olhar reprovador sobre os acusados” (BATISTA; NASCIMENTO, 2011, p. 175), transformando a individualização da

⁶² “Compete ao Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...”

pena, nas decisões judiciais, num processo de execração com invocações moralistas voltadas para a conduta de vida do autor, ao invés de reprovar o fato do injusto por ele praticado (Ibidem, p. 176).

O Código Penal acolheu, também, um sistema no qual a aplicação da pena deva desempenhar um sentido intimidatório em relação à prática do delito; ao mesmo tempo em que, teoricamente, vise à reinserção social do delinquente, dirigindo-lhe a resposta pela conduta ilícita cometida, na medida de sua culpabilidade⁶³. Por outro lado, ampliou o espírito ressocializador que o antigo diploma legal (BRASIL, 1940)⁶⁴ – preso às concepções de sua época – já vinha procurando assimilar, possibilitando ao juiz a aplicação de penas restritivas de direitos (alternativas), em substituição à pena privativa de liberdade, pela aferição do grau de culpabilidade.⁶⁵

O legislador introduziu, explicitamente, o princípio que impõe ao magistrado a estrita observância do dever de examinar a culpabilidade como fator central na determinação da sanção penal⁶⁶. Por outro lado, prevê, no artigo 59 do Código Penal, circunstâncias complementares a serem observadas – antecedentes; conduta social; personalidade do agente, etc. (BRASIL, 1940).

Contudo, o certo é que nenhuma das concepções sobre a culpabilidade contém um parâmetro objetivo para fornecer ao julgador uma quantificação concreta. Logo, ele acaba

⁶³ O Código Penal em relação à aplicação da pena adotou as teorias unitárias, também conhecidas como mistas ou ecléticas, que buscam convergir às ideias trazidas pela teoria absoluta (retribuição jurídica) com os fundamentos da teoria relativa (prevenção geral e especial positiva e negativa). O ponto fundamental desta teoria é o de que a pena somente será considerada legítima, na exata medida em que for justa e útil. Por conseguinte, a pena, ainda que justa, não será legítima, se for desnecessária (inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa. No Estado Democrático de Direito, a pena deve funcionar como um princípio limitativo; ou seja, o fato criminoso deve ser utilizado como fundamento limitador da pena, já que ela deve ser proporcional à extensão do injusto e o grau de culpabilidade do autor. Assim, não pode a pena ultrapassar os limites do fato efetivamente praticado pelo autor.

⁶⁴ A redação do dispositivo originário do artigo 42 do Código Penal de 1940 (criado pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940): “Compete ao Juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau de culpa, aos motivos, às circunstâncias do crime: I – determinar a pena aplicável dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentro dos limites, a quantidade da pena aplicável”. (BRASIL, 1940)

⁶⁵ Nesse sentido, com a promulgação da lei nº 9.714/98 (BRASIL, 1998), houve uma extensão da possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos de reclusão, desde que o condenado preenchesse os requisitos, *necessidade e suficiência*, impostos pelo legislador. Na verdade, as ditas penas alternativas – definidas inicialmente, pela Reforma Penal como restritivas de direitos –, têm um caráter substitutivo, pois só podem ser aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade concretizada na sentença (art. 44 do Código Penal) (BRASIL, 1940). Além do mais, a expressão utilizada, *restritiva de direitos*, não foi bem empregada pelo legislador, sendo preferível ter ficado referida como pena restritiva da liberdade, compreendendo, assim, a prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade.

⁶⁶ Destaque-se que esse princípio reitor em matéria de determinação de pena encontra-se também regulado no concurso de pessoas, quando impõe: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. A ratificação do princípio da culpabilidade na dosimetria da pena está no parágrafo segundo do citado art. 29; no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, bem como nos dispositivos que tratam das condições para a concessão do *sursis* e do livramento condicional.

correndo o risco de examinar essa culpabilidade com base em suas perspectivas pessoais com relação ao fato ou delito, considerando os valores mal transmitidos socialmente e que são convertidos num critério subjetivo ou preconcebido, em desfavor do acusado, ao empregar expressões contendo juízos morais acerca de sua conduta ou profecias ideologizadas de sua reputação social, tais como personalidades distorcidas e voltadas para o crime ou condutas socialmente reprováveis.

Por outro lado, em sua análise, o juiz não pode separar o momento de configuração de delito e da individualização da pena, “porque deixa de lado todas as exigências delimitadoras do poder de punir e abre as portas para um infinito *bis in idem*” (TAVARES, 2011, p. 128). Dessa forma, ao individualizar “a pena, não pode invocar novamente os mesmos elementos do juízo de culpabilidade pelos quais fundamentou o delito”, porquanto esses elementos já teriam sido considerados como medida de reprovação no momento da condenação. (TAVARES, 2011, p. 128).

Ainda, como adverte Juarez Tavares (2011, p. 128), no momento da fixação da pena: “O que o julgador pode e deve fazer – e isso depende do critério de individualização que adote - é verificar, se há em favor do réu, outro motivo que implique uma redução da reprimenda, visando aos critérios da necessidade e suficiência”. Portanto, “uma vez delimitada no máximo pela culpabilidade, a pena só pode ser diminuída; os demais elementos do artigo 59 são critérios complementares, que devem ser considerados em favor do réu, e não contra ele” (TAVARES, 2011, p. 129).

Por essas razões, procuraremos perscrutar se o processo de graduação do juízo de culpabilidade de quem vem a ser condenado pode ser compreendido em uma perspectiva crítica da dogmática penal e da criminologia radical, na qual o julgador deveria considerar o princípio da vulnerabilidade como um elemento concreto para aplicar na culpabilidade na individualização da pena na decisão pela justiça criminal, a fim de atenuar a pena ou excluir a responsabilidade penal do condenado.

2.5 Diques de redução do poder punitivo

Como já dito, o direito penal constitui elemento fundamental da repressão capitalista exercida pela dominação estatal, que se materializa através dos mecanismos do sistema penal e da pena de prisão. Além disso, ele serve necessariamente aos interesses da classe dominante, de modo que por definição só pode atender a interesses de preservação das desigualdades e das

relações de exploração. O pressuposto do seu mecanismo de atuação principal é o racismo, a exemplo do que ocorre com as mulheres negras encarceradas pelo delito de drogas.

Embora se admita que o direito penal seja uma manifestação dos interesses de classe, a luta por uma práxis transformadora na elaboração do direito penal nos permite pensar na construção de um sistema de normas, que possam proporcionar um horizonte de menor desigualdade. Por estas razões, neste caminho, deve-se buscar “uma política criminal, cujo conteúdo seja exclusivamente de contenção do poder punitivo numa perspectiva de redução de danos e dores provocados pela intervenção penal.” (CACICEDO, 2019, p. 206)

2.5.1 A delimitação do conceito de culpabilidade

Neste estudo, em particular, o esforço principal é compreender a culpabilidade situada em uma zona de elementos que compõem tanto a teoria do delito quanto na aplicação da pena; e, nesse sentido, implica delimitá-la não apenas - tais como a doutrina tradicional - como uma censura pessoal aplicada ao autor pela realização de um injusto em circunstâncias em que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico⁶⁷; portanto, se exige como pressuposto necessário a inevitabilidade do fato, considerado concretamente (PRADO, 2015. p. 341).

A culpabilidade é um dos conceitos mais difíceis de apreensão, não apenas na teoria do delito, mas principalmente nas ciências humanas; a discussão sobre seu conteúdo envolve questões éticas, teológicas, sociológicas, filosóficas e jurídicas, estando longe de haver um consenso sobre o seu alcance e sua delimitação.

No âmbito jurídico-penal, a culpabilidade representa formalmente um juízo de imputação, pelo qual se estabelecem critérios para atribuir a pena ao indivíduo determinado, servindo na teoria do delito de legitimação e justificativa para imposição da pena; por outro lado, a culpabilidade é aplicada como circunstância judicial na graduação da sanção criminal. Entretanto, é como princípio constitucional que a culpabilidade desempenha sua função principal: o de limite ao poder punitivo.

Foram desenvolvidas várias concepções, que ampliam o conceito de culpabilidade no âmbito da teoria do delito, e se apresentam divididas, resumidamente, em três momentos

⁶⁷ O principal teórico da teoria finalista ou normativa pura da culpabilidade, Hans Welzel, tinha a preocupação com o conceito atribuído para culpabilidade como juízo de censura ao agente. Censurável, na lição desse autor, implica o principal aspecto: a conduta negativa do agente perante a ordem jurídica e não no âmbito da tipicidade ou da antijuridicidade. É a avaliação que o juiz faz da conduta do acusado; por essa razão se emprega a expressão que tal juízo está na cabeça do juiz (WELZEL, 1964. p. 80).

básicos: o positivismo, o neokantismo e o finalismo (TAVARES, 2011, p. 125-127). Em primeiro, a teoria científica chamada concepção psicológica da culpabilidade proposta por Listz-Beling procurou sedimentar sua base no fundamento empírico-causal, cujo juízo era apenas de constatação. Tal teoria estabelecia pertencer à culpabilidade toda a parte subjetiva do crime (dolo e culpa), enquanto a parte objetiva caberia ao injusto, possibilitando a ligação do agente ao ato criminoso, apresentando a imputabilidade, o dolo e culpa como representação.

Em seguida, Frank (2004) reformulou o conceito de culpabilidade, inaugurando a concepção normativa, tendo ainda como seus representantes Goldschmidt (2002), Freudenthal (2003) e Mezger (2010). Desse modo, a culpabilidade passa a ter entre seus elementos empíricos (dolo e culpa) um juízo de valor sobre a conduta ao introduzir o conceito normativo de reprovabilidade imposta ao autor pelo fato cometido: a exigibilidade de conduta conforme o ordenamento jurídico; e, nesse sentido, o autor deve agir de forma a não cometer a conduta ilícita criminosa, procurando evitar o injusto perpetrado.

Posteriormente, com a teoria normativa pura, a culpabilidade passa a ser somente um juízo normativo, tendo sido retirados os elementos psicológicos (dolo e culpa), que passam a ser examinados na tipicidade, excluindo qualquer juízo com base empírica; entre seus representantes, podemos citar: Graf zu Dohna (2018) e Hanz Welzel. Inicialmente, a culpabilidade “é compreendida como puro juízo de reprovação, por não haver este se omitido da ação antijurídica, ainda quando podia fazê-lo”. Entretanto, segundo Juarez Tavares (1980, p. 73): a partir de Weber estabeleceu-se na teoria finalista a base da culpabilidade, o poder de agir do agente. “Culpável é aquele que *poderia ou pôde realizar* uma ação diversa, mas, ainda assim, atuou antijuridicamente”. A culpabilidade não é mais uma reprovação pessoal contra o autor, uma vez que ele não omitiu o comportamento antijurídico, embora tenha podido omiti-lo, reprovando-se, assim, “a configuração da vontade manifestada no fato antijurídico”. (TAVARES, p.74).

No entanto, considerando os fins da pena, a teoria da culpabilidade pode ser examinada em duas perspectivas. A primeira, segundo Zaffaroni, foi construída “na ideia de retribuição, que se alimenta de elementos provenientes da ética tradicional”; estes se desenvolvem no domínio da culpabilidade normativa, fundada “na reprovação ou na exigibilidade resultante do âmbito de autodeterminação do sujeito” [...] “ao incidirem numa *reprovação ao autor* incompatível com o direito penal do ato”, associando ao caráter da reprovabilidade, como juízo de valor negativo daquele conteúdo (ZAFFARONI, 2017, p. 161).

Outra perspectiva compreendia a culpabilidade fora da teoria do delito, como grau de perigosidade do agente, em que se deveriam adotar medidas de seguridade. Assim, a pena

representaria a principal função de defesa social (razões de Estado), seguindo ainda os fundamentos da escola positiva italiana, segundo Zaffaroni (2017, p. 161-162) ⁶⁸.

Nesse sentido, podemos destacar que essas concepções adotaram a chamada culpabilidade do autor⁶⁹, que foi cooptada no período nazista pela Alemanha, para justificar a perseguição de povos considerados inimigos exatamente por sua conduta de vida. Tal teoria se desenvolve uma modalidade de culpa na censura ao agente estabelecida nas seguintes variáveis: “culpabilidade *do caráter, da personalidade, da condução de vida ou da decisão da vida*” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 182-183), que se baseia na responsabilidade moral, em “*proibições de ser de alguma maneira*”; “*proibições irracionais*”; episódios anteriores ao delito da vida do autor.

A reprovabilidade pessoal, que integra o conceito de culpabilidade, encontra-se em crise, na atual conjuntura, em virtude da deslegitimação do sistema penal. A seletividade deste acaba por tornar insustentável a legitimação da reprovabilidade, tanto quanto a da utilização da pena (instrumento da violência validador de um exercício de poder). Ressalte-se a lenta degradação do discurso jurídico-penal, quando se questiona: “Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo? São perguntas a que a reprovação normativa não consegue responder” (ZAFFARONI, 1991, p. 259) ⁷⁰.

Além dessa constatação, atualmente, tem-se debatido o fato de a pena ser justificada pela culpabilidade, seguindo uma concepção normativa pura, que apresenta como pressuposto a liberdade de agir, supondo-se no homem qualidades gerais e metafísicas, diante da indemonstrabilidade do conceito de culpabilidade. Cuida-se de questão inteiramente abstrata, com base ontológica, visto que não é viável demonstrar cientificamente como um indivíduo poderia atuar de uma forma diferente no momento em que praticou o delito. Ademais, o juiz

⁶⁸ Para a escola positiva as causas da criminalidade eram examinadas desde as perspectivas do sujeito, relacionando os fatores que levam um indivíduo a delinquir a determinadas anomalias psíquico-orgânicas, com o que reduzem o âmbito da criminalidade quase que totalmente ao patológico. Lombroso é considerado o pioneiro da escola positiva, que teve outros vultos como Enrique Ferri e Rafael Garófalo (criador da antropologia criminal). Tal teoria colocava em destaque a pessoa do delinquente, sustentando que a natureza do indivíduo é que produz um ser humano antissocial. Logo, o criminoso era considerado um anormal e a responsabilidade devia fundar-se na sua periculosidade. Ainda, segundo essa teoria o autor deveria ser castigado não pelo fato cometido por ele; além disso, os juízes deveriam prolatar sentenças condenatórias, levando em conta como medida a personalidade do delinquente, o que caracteriza a culpabilidade fundada em uma perspectiva voltada para o caráter do autor.

⁶⁹ Esta teoria concebida por Mezger não consegue explicar seu objeto, ou seja, a culpa jurídico-penal. Apenas serviu como uma tentativa de introduzir, na concepção normativa da culpabilidade, determinados perfis criminológicos, notadamente o do criminoso habitual ou por tendência (CONDE, 2005).

⁷⁰ A propósito, relevantes são as considerações de Zaffaroni (1991, p. 261) segundo o qual o princípio de que a pena se mede pela culpabilidade foi, em verdade, um enunciado com vistas apenas a recolocar a questão da *periculosidade* sob uma abordagem pretensamente ética, entretanto, sem conseguir resolver os problemas com relação ao juízo da culpabilidade.

não está legitimado para declarar esse conhecimento, afirmando a possibilidade de alguém possuir a liberdade de escolha numa dada situação existencial⁷¹.

Por outro lado, a moderna doutrina da dogmática jurídica⁷² tem defendido como corolário lógico do princípio de culpabilidade na individualização da pena a emergência de um direito penal do ato ou fato, ao expressar que ninguém será reprovado sem que se examine “no homem é a sua ação, na medida de sua possibilidade de autodeterminação envolvida numa situação concreta”. (PIERANGELI, 1999, p. 450).

Em oposição, se apresenta a culpabilidade como um modo de ser ou pela conduta de vida, ou pela formação da personalidade, em que não se julga o ato praticado pelo agente, mas a sua personalidade; logo, a reprovabilidade do autor recai sobre a forma como ele conduz sua vida.⁷³ A culpabilidade é substituída pela aferição do grau de temibilidade ou perigosidade; esta leva em consideração a vida pregressa do autor para fixar a culpabilidade do agente⁷⁴, sendo suficiente a avaliação da atitude interna para censurar o autor, sem ter de aguardar o cometimento do delito⁷⁵. Nesse sentido, a avaliação de fatores internos do agente (análise de caráter), claramente alheios ao fato criminoso em si, há muito tempo tem servido de base para respaldar a punição penal, sempre de forma a agravar a situação do condenado.

O conceito de pessoa culpável adotado em nosso objeto de estudo delimita uma concepção de ser humano como indivíduo responsável e não reprovável (BUSTOS, 1984, p. 376), sem qualquer conotação contrária de valoração ética, respeitando-se a autonomia moral da pessoa, que é assegurada em diversos dispositivos constitucionais “protetivos da pessoa, em

⁷¹ A principal objeção do conceito de culpabilidade da teoria finalista ou normativa pura é sua base ontológica calcada no livre-arbítrio, que não poderia ser provado genericamente, nem tampouco com relação a um caso concreto; da mesma forma, ela apresenta uma vinculação estreita entre direito e moral, que foi objeto de questionamentos doutrinários, dando ensejo a novos trabalhos em busca de reformulações do seu conceito, a partir da culpabilidade como limite a prevenção; culpabilidade como infidelidade ao direito; culpabilidade como motivabilidade. (Tangerino, 2014, p. 95-110). No mesmo sentido: (Santos Carvalho, Amilton Bueno de Carvalho, Salo de., 2002, p. 38.)

⁷² No modo de ver de (PRADO, 2015, p. 118): “O direito penal só pune fatos (ação ou omissão), daí estabelecer uma responsabilidade por fato próprio (Direito penal do fato), opondo-se a um Direito penal de autor fundado no modo de vida ou no caráter”; segundo (KARAM, 1994, p. 124) “para exercer sua função garantidora, a culpabilidade só pode ser entendida como culpabilidade pelo fato realizado (culpabilidade pelo ato ou pelo injusto), único entendimento, aliás, constitucionalmente admissível”.

⁷³ Sob a ótica de ZAFFARONI; BATISTA (2015 p. 133): “Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, como o acréscido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Direito penal”.

⁷⁴ Cf. HUNGRIA: “a teoria da culpabilidade do caráter ou culpabilidade do autor confunde noções que se diferenciam, identificando culpabilidade com capacidade de delinquir” (1983, p. 386).

⁷⁵ Nesse sentido, Anibal Bruno (1984, p. 193-195) observa que “em posição coerente dentro do sistema, pretende a declaração da perigosidade antes que o sujeito perigoso tenha transgredido a lei, inclui perigosidade pré-delitual e pós-delitual no campo do direito penal e toma o ‘poder judiciário como a única jurisdição adequada para declarar o estado perigoso de um sujeito’, mesmo antes de um crime”.

atenção à sua dignidade e cidadania (art. 1º, II e III, CF), ao seu bem-estar (art. 3º, IV, CF) e à prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF)” (TAVARES, 2011, p. 132) e ao princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, CF) (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 165). Tal conceito segue uma tradição histórica de se atribuir ao ser humano características morais, intelectuais, espirituais que o tornam distinto dos demais seres vivos.

Cabe ao magistrado atribuir a culpabilidade, limitando-a na aplicação da pena correspondente ao acusado. Entretanto, como ressalta Nilo Batista: não se admite “o direito de censurar, de repreender o condenado, e, sempre que o fizer, estará atuando com abuso de poder”. Ainda, como esse autor argumenta: “De que adiantaria proclamar a Constituição o princípio da autonomia moral da pessoa, para depois aparecer um funcionário público togado, de dedo em riste, para cabalmente negá-lo ao censurar o acusado?!” (BATISTA, 2011 p. 179). Finalmente, ele conclui: “Quando se habilita poder punitivo a partir de uma consideração moral sobre o sujeito, está-se, na verdade penalizando o ser; está-se, na verdade, praticando uma culpabilização de autor não muito diferente daquela baseada na perigosidade; está-se, na verdade, regressando à Inquisição” (BATISTA, 2011, p. 180) ⁷⁶.

Diante das diferenças entre os seres humanos, atualmente, se constata que os indivíduos podem ser considerados culpáveis também por serem portadores de algumas características que os fazem especial e diferenciado. Assim, a culpabilidade se relaciona com os direitos fundamentais que representam verdadeiras garantias de proteção à dignidade humana no direito penal, pois limitam o poder punitivo do Estado, em face da vulnerabilidade individual, no exercício dos direitos individuais.

A culpabilidade é o único instituto, na teoria do crime, capaz de individualizar a imputação e justificar a imposição da pena no caso concreto. E a dignidade da pessoa humana representa o princípio norteador, o referente axiológico a partir do qual deve ser construído o fundamento da culpabilidade. Somente relacionando a culpabilidade com dignidade humana, será possível justificar as razões pelas quais a pena, em abstrato, pode ser atribuída a um indivíduo concreto, sem que com isso represente também uma instrumentalização do ser humano através da funcionalização do direito penal para fins meramente preventivos⁷⁷.

⁷⁶ Como observam também ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 119-120: “um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o *ser* de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação” (Grifos do autor, ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999).

⁷⁷ “Em resumo: a interpretação constitucionalmente adequada do artigo 59 deve conduzir à eliminação do viés repressivo que ali se poderia consignar de uma leitura puramente gramatical do texto. Se o direito penal tem como tarefa a proteção dos bens jurídicos e a recuperação do autor, conforme se destaca na doutrina, não pode invocar um sentido repressivo empreendido em suas normas criminalizadoras; só pode atuar preventivamente”

2.5.2 Outros paradigmas

Atualmente tem se discutido na dogmática penal que o conceito de culpabilidade se encontra em crise. É inegável reconhecer que a culpabilidade como reprovabilidade diante da arbitrariedade seletiva imposta pelo sistema penal acaba por deslegitimar o uso da sanção – instrumento de violência –, comprovador de um exercício de poder. Portanto, não se pode formular contra alguém um juízo de reprovação, quando não se consegue explicar por que ele foi selecionado ao processo de criminalização.

Diante de tal seletividade do juízo de reprovabilidade, o qual já se considera viciado, dando prosseguimento à criminalização, pretende-se, ainda, determinar o grau de censura, para aplicação da quantidade da pena. É realmente muito difícil estabelecer-se este grau de reprovabilidade, que passa a ser um ato arbitrário na determinação do *quantum* da sanção, levando-se a admitir uma culpabilidade de caráter ou determinada pela conduta de vida.

Todavia, repudia-se a ideia de aceitar uma culpabilidade fundada num modo de ser ou numa conduta de vida, ou ainda, pela formação da personalidade, devendo recair a análise da culpabilidade sobre a conduta, e não sobre a pessoa do agente, por contrariar princípios garantidores do Estado Democrático de Direito.

Observe-se, que essa crise de legitimidade levou ao redimensionamento da culpabilidade, como reprovabilidade, em seu aspecto ético, reformulando-se tal conceito a partir de uma perspectiva preventivas e funcionais, sob considerações político-criminais e de uma visão utilitária da pena. Várias são as concepções Destacam-se, na atualidade, duas correntes nesse sentido: teleológico-funcional, exclusivamente guiada por fins político-criminais associados às modernas teorias da pena (ROXIN, 2006), representada por Claus Roxin; e a teoria do funcionalismo-sistêmico, orientação sustentada por Günther Jakobs.⁷⁸

Segundo o funcionalismo, a dogmática penal deve estar orientada de acordo com os princípios político-criminais relacionados diretamente às funções do direito penal, especialmente no que diz respeito à chamada teoria dos fins da pena; e, a culpabilidade, enquanto categoria do fato punível, também deverá ser entendida em termos preventivos (funcionalmente) (QUEIROZ, 2001).

(TAVARES, 2011, p. 132-133).

⁷⁸ A estrutura da dogmática jurídico-penal de Günther Jakobs encontra-se estreitamente vinculada com a filosofia do direito hegeliana, tendo como base as concepções sistêmicas sociológicas alemãs, desenvolvidas por Niklas Luhmann, que trata o direito como sistema, cuja função seria resolver os conflitos ligados à comunicação, tendo em vista as expectativas estabelecidas socialmente. Cf. comentários de (ALBUQUERQUE, 1994, p. 41). No mesmo sentido: (LYNETT, 2005. p. 12).

Sobre o tema, argumenta Roxin (1981) que, nos dias atuais, vem-se discutindo muito no sentido de que se a pena pode ser justificada pela culpabilidade do agente, seguindo o seu conceito na dogmática, baseado no pressuposto do poder agir de um modo distinto do que realizou no momento da prática do crime. Segundo o autor, tal condição não pode ser demonstrada cientificamente, é bastante abstrata, pois o legislador não está legitimado para declarar esse conhecimento, ordenando ser possível alguém atuar de um modo distinto do que praticou. Por isso, Roxin sustenta ser impossível trabalhar com esse conceito da culpabilidade, derivado de deduções científicas e premissa indemonstrável: se a pena é a resposta a uma conduta culpável, e se a culpabilidade é indemonstrável, forçoso dizer que a pena deveria ser suprimida (ROXIN, 1981).

Com Jacobs que se intensifica a construção funcional da culpabilidade já enunciada por Roxin, que a considera um conceito meramente formal e funcional. Nesse sentido, argumenta Jacobs que não existem, no direito penal, conceitos constituídos seguindo uma estrutura lógica-objetiva e pré-jurídica, como reconhecia Welzel, pois todos os conceitos são construídos conforme a compreensão do intérprete em relação à função do direito penal. Assim, propõe uma renormatização ou normatização dos conceitos no direito penal. (JACOBS, 1997)

Segundo essa concepção, o conceito de culpabilidade é fruto de determinados princípios de regulação fundados na necessidade de prevenção geral positiva da pena, para uma sociedade estruturada, reconhecendo, como pressuposto normativo, o exercício da fidelidade ao direito pelo autor (JAKOBS, 1997, p. 584), com o fim de assegurar a confiança geral da norma jurídica, afastando-se o sentido intimidatório da pena. A pena então não deve intimidar quando da violação da norma, mas restituir aos cidadãos a confiança da norma infringida, fortalecendo a crença na ordem jurídica. Por isso, o autor somente será considerado culpado, se houver causado algum dano em relação à validade da norma. (JACOBS, 1997, p.567)

Algumas considerações críticas merecem registro quanto às formulações preventivas e funcionais, as quais pretendem justificar o modelo neoliberal do mundo globalizado (COSTA, 2000, p.96) trazidas, quando examinadas sob o âmbito da culpabilidade, através das obras de Roxin e, especialmente, do sistema funcionalista de Jakobs. Não se concebe sustentar um direito penal no Estado democrático alheio aos problemas sociais, estigmatizante, arbitrário e segregador, que procura preservar a visão política de dominação, na qual os problemas sociais acabam por se tornar casos de polícia. (QUEIROZ, 2001)

Na verdade, como adverte Zaffaroni (1991), os funcionalistas não se preocupam com a valorização da pessoa humana e as causas das desigualdades sociais, postulando um direito penal neutro e sistematizado, no sentido de haver a estabilização e o equilíbrio do sistema social,

impedindo, assim, o desenvolvimento das garantias e liberdades humanas no Estado Social de Direito.

Segundo a opinião do autor, trata-se essa teorização de uma forma de controle social despótica, a serviço de um determinado sistema, no qual os conflitos e as desigualdades sociais de caráter estrutural restariam escamoteados, dando-se relevância a dados subjetivos de ânimo e a uma visão meramente utilitária da pena, em que: “a verdade se converte numa questão de funcionalidade”; ainda, compara essa concepção - funcionalismo penal - à “doutrina da segurança nacional periférica”, embora se reconheça que seu aporte “é uma resposta à deslegitimação do sistema penal” (ZAFFARONI, 1991, p. 87), concluindo:

Indubitavelmente, trata-se da resposta relegitimadora do exercício de poder do sistema penal por excelência, mas, à custa do desconhecimento do discurso jurídico-penal tradicional, opera com um conceito de “direito” privado de qualquer referência ética e antropológica (que mal pode ser chamado de direito), coloca em cheque, em larga perspectiva, praticamente todo o direito penal de garantias e retroage a um direito penal ultrapassado diante de um paradigma jurídico-penal autoritário”. (ZAFFARONI, 1991, p. 87-88).

No atual momento, apesar da crise em todo o direito penal, não se pode renunciar a uma culpabilidade sem base ética, cujo cerne tem que ser a pessoa humana. É necessário, por outro lado, tutelar os direitos fundamentais – que assumem relevância em sentido amplo preservando-se ainda a função garantidora do princípio da culpabilidade.

2.5.3 A coculpabilidade

Adotamos o mesmo posicionamento da doutrina de que é insustentável admitir a culpabilidade enquanto reprovabilidade, pois a seletividade do sistema penal é desprovida de qualquer conteúdo ético; e, nesse sentido, não se pode formular um juízo de reprovação a um indivíduo do qual não era razoavelmente possível exigir que agisse de outra maneira, quando “seu âmbito de autodeterminação estava tão reduzido pelas circunstâncias objetivas que também a exigibilidade aparecia sumamente reduzida” (ZAFFARONI, 1991, p. 259).

Nesse sentido, os indivíduos atuam dentro de uma esfera de autodeterminação; no entanto, alguns indivíduos estão subordinados à situação de vulnerabilidade em virtude de não ter sido propiciado a eles as mesmas oportunidades sociais, possuindo, então, menor capacidade de autodeterminação.

A partir dos estudos da culpabilidade como um juízo de censura ou reprovabilidade e diante da arbitrariedade seletividade que se expressa pelo sistema penal brasileiro – não se

pode formular contra alguém um juízo de reprovação, quando não se consegue explicar por que ele foi selecionado ao processo de criminalização. Portanto, a teoria da coculpabilidade divide a culpabilidade da pessoa considerada infratora - que foi privada do acesso a seus direitos fundamentais - com o Estado, visando a limitar o direito de punir, ao reconhecer a negligência estatal; por sua abrangência conceitual, essa teoria deve ser compreendida como um princípio que tem origem constitucional.

No Brasil, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3.473, em 18 de agosto de 2000⁷⁹ (BRASIL, 2000) pelo Executivo, que pretendia reformar a parte geral do atual Código Penal, no seu artigo 59,⁸⁰ para incluir a responsabilidade geral do Estado dentre as circunstâncias judiciais a serem apreciadas pelo magistrado, no momento de examinar a aplicação da pena, visando a incluir a participação também deste ente público, enquanto promotor de políticas públicas, como consequência da prática do delito. Tal circunstância introduz as oportunidades sociais que são oferecidas ao infrator pelo Estado, a fim de averiguar o âmbito de sua autodeterminação, sentando-se no banco dos réus, ao lado dele, a própria sociedade na qual vive e que influi em seu comportamento (BATISTA, 1990, p. 105)⁸¹.

Nessa perspectiva examinada, ao aplicar a sanção penal ao autor de um delito, o magistrado deverá verificar as condições de subalternização, marginalização e exclusão do agente, em virtude de determinados fatores como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, a ausência de oportunidade de emprego, viabilizando uma menor medida da pena, por corresponder a um grau inferior de culpabilidade, diante da precária ação do Estado.

⁷⁹ O texto foi apensado ao Projeto elaborado pela comissão de juristas presidida por Miguel Reale Júnior que visava reformar a parte geral do Código Penal brasileiro.

⁸⁰ “O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena...” Além disso, acrescenta o artigo 68 A, segundo o qual “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz, observado o critério do art. 59, e havendo desproporcionalidade entre a pena mínima cominada e o fato concreto, poderá, fundamentadamente, reduzir a pena de um sexto até metade” (BRASIL, 2000).

⁸¹ BATISTA (1990a. p. 105) argumenta que “o artigo 5º inciso I do Código Penal da República Democrática da Alemanha de 1968, abre as portas a essa orientação: ‘uma ação é cometida de forma reprovável quando seu autor, não obstante as possibilidades de conduta socialmente adaptada que lhe tenham sido oferecidas, realiza, por atos irresponsáveis, os elementos legalmente constitutivos de um delito ou de um crime’. (Ibidem). Por outro lado, nos países da América do Sul e Latina: Argentina, México, Peru, Bolívia, Colômbia, Equador e Paraguai se reconhece que a condição econômica do agente como critério para a mensuração da pena. Nesses países, a coculpabilidade está prevista na legislação penal e o tema encontra-se regulado no Código Penal colombiano (artigo 56), argentino (artigo 41,2), equatoriano (artigo 29. 11º específico para os crimes patrimoniais) e o peruano (artigo 45, I). De acordo com ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR (2017, p. 171), a Bolívia prevê a coculpabilidade no Código Penal como circunstância judicial para aferir a personalidade do autor como atenuante, quando o agente pratica o fato impulsionado pela miséria. Na Colômbia, a coculpabilidade é prevista como circunstância que pode até mesmo excluir a responsabilidade do agente. O Código Penal paraguaio prevê que o juiz tem de analisar as condições pessoais e econômicas do agente antes de arbitrar a pena (COSTA, 2020).

Em uma sociedade altamente desigual, estratificada e segregada em classes como demonstra a realidade brasileira, em que, apesar do programa político-social enunciado na Constituição (que traz como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia e o lazer), os vulneráveis muitas vezes não têm sequer acesso à escola, assistência médica e oportunidade de emprego. Logo, as possibilidades de ele vir a cometer crimes, em especial os patrimoniais, são disseminadas de maneira desigual na população brasileira⁸². Dessa forma, a coculpabilidade e o tratamento desigual diante das condições sociais em uma sociedade desigual devem ser acatados como uma causa de exculpação supralegal. Tal posicionamento foi desenvolvido por Juarez Cirino dos Santos ao examinar as causas gerais da exculpação no juízo de culpabilidade, como uma exculpação supralegal, a fim de diminuir a intervenção do poder punitivo ou excluir e assegurar a dignidade humana (SANTOS, 2008).

Muitos criticam a teoria da coculpabilidade pelo fato de não se reconhecer a responsabilidade penal do Estado; ainda, porquanto esta falharia por se aplicar apenas a delitos com fundo patrimonial; ou porque a pobreza não ocasiona diretamente a prática de delitos (pode não existir uma ligação direta e automática entre esses fatores).⁸³

Em razão dessas críticas, a teoria da coculpabilidade não foi adiante. No entanto, o senso crítico voltado para a constatação da desigualdade social, aliada à análise da criminalização dirigida à realidade do sistema penal latino-americano, propiciou o desenvolvimento de outra concepção científica, buscando viabilizar maior proteção àqueles que estão em condições vulneráveis, tanto pela sua condição social quanto pelas suas insuficiências caracterizadoras nas legislações referentes às ações afirmativas; permitindo, assim, que a proposta da coculpabilidade evoluísse para além dos estudos apresentados sobre a criminalidade.

⁸² Nessa perspectiva, como bem argumentam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por mais bem organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "coculpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de coculpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999. p. 613).

⁸³ O próprio Zaffaroni argumenta que: A coculpabilidade (Mit-Schuld) é insuficiente porque: (a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; (b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um direito penal classista em dois tempos; (c) o terceiro ponto é que seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo (ZAFFARONI, 2004, p. 31-48).

2.5.4 A culpabilidade pela vulnerabilidade

Não existe uma categoria jurídica na teoria da dogmática penal que tenha capacidade de ser incorporada pelo sistema de justiça criminal, com inclinação de limitar o exercício da violência do sistema penal, como se apresenta a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, que propõe a redução da culpabilidade (da responsabilidade) para aquelas pessoas que têm as maiores chances de sofrer punições do direito penal. A teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade busca adequar a pena às condições pessoais do agente de forma contextualizada.

A criminologia e a sociologia desenvolveram uma ampla e vasta discussão sobre o estado de vulnerabilidade a que estão submetidos determinados grupos minoritários e vulneráveis. No âmbito penal, o tema ganhou destaque com o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, que estuda a situação de vulnerabilidade como um elemento regulador da aplicação da culpabilidade (ZAFFARONI; BATISTA, 2017).

Nessa perspectiva, o fundamento concreto para o juízo de culpabilidade “não é uma alternativa à culpabilidade normativa concebida como reprovação e sim uma superação dela, que dialeticamente conserva em sua síntese elementos da tese superada”. Ao contrário: “A culpabilidade que provém dessa síntese traduz o compromisso do saber jurídico-penal com reduzir, até onde lhe seja possível, os equívocos de concepções assentadas sobre princípios indemonstráveis e que ignoram o evidente dado empírico da seletividade” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 170).

Assim, a culpabilidade pela vulnerabilidade que foi proposta por Zaffaroni (2017, p. 166-170), aponta para um elemento concreto para o juízo de censura - a seletividade do sistema penal brasileiro - ao invés de ter um fundamento material baseado numa filosofia de ordem moral ou abstrato ou de ordem ética, vinculada à realidade a que ela se circunscreve. A culpabilidade pela vulnerabilidade democratiza o critério de juízo de censura no sistema de justiça desigual, como atesta a realidade brasileira.

A vulnerabilidade tem sido considerada, teoricamente, como um fator seletivo e de comprovação de que o sistema penal elege quem será o agente criminoso, levando em consideração o contexto no qual o acusado está inserido dentro da sociedade e não tão-somente a sua autodeterminação que o levou a praticar o delito. Ela busca alcançar a igualdade substancial entre os cidadãos, ante a característica marcante da seletividade em nosso sistema punitivo.

Dessa forma, sob o prisma do princípio da igualdade, pelo qual os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades, o sistema de justiça criminal precisa levar em consideração o dado da seletividade estrutural do contexto em que se deu a prática delitiva, a fim de promover uma verdadeira e correta individualização da pena (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p 166).

Na avaliação da culpabilidade, o juiz deverá aferir a situação e o grau de esforço pessoal empreendido do indivíduo para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade. Ela obriga ao magistrado na aplicação da culpabilidade que proceda a um juízo de compensação, em razão da natureza essencial de distribuição desigual dos processos de criminalização. Assim, a culpabilidade pela vulnerabilidade cumpre um papel não apenas de reduzir o poder punitivo, como fator de diminuição da culpabilidade, mas também de exculpação “de casos nos quais a culpabilidade normativamente concebida não exculparia o sujeito, que não obstante deveria ser culpado pela falta de esforço por vulnerabilidade...” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p.169).

Ao aplicar a sanção penal ao autor de um delito, o juiz deverá verificar, sob o prisma de compreensão das determinações de nosso estudo, as condições de subalternização, marginalização e exclusão do agente, em virtude de fatores como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, a ausência de oportunidade de emprego, viabilizando a aplicação de uma menor medida da pena ao agente ou até exculpando-o pelo mínimo esforço empreendido por vulnerabilidade, correspondendo a um grau inferior de culpabilidade.

Segundo Zaffaroni, nos países latino-americanos, em que se constata uma crescente polarização da riqueza, a maioria da população se encontra em estado de vulnerabilidade ante o poder punitivo, embora o mero *status* ou estado de vulnerabilidade não determine a criminalização. O estado de vulnerabilidade é composto pelos parâmetros alusivos à classe social do sujeito, sua posição nas relações sociais de produção, como escolaridade, profissão, residência, além da sua posição numa hierarquia social, conforme a etnia, religião e opção sexual, de forma que esses dados referenciais possam servir de aplicação a um estereótipo criminal. Em princípio, o estado de vulnerabilidade não criminaliza ninguém, pois este estado permanece latente enquanto não se manifesta o ilícito penal. Entretanto, partindo dessa premissa, o que precisamos constatar é a situação de vulnerabilidade, o esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta, visando experimentar a violência do poder punitivo (ZAFFARONI; BATISTA, 2017).

Dessa forma, o princípio da vulnerabilidade se aproxima das expectativas das camadas sociais de baixa renda e distantes do poder de classe (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 167-

168); mas ainda há que se falar de diminuição na parcela de responsabilidade do indivíduo que realizou a prática ilícita por ser ele desprovido de condições educacionais, familiares, estruturais e financeiras – o que deve ser analisado é o contexto em que o infrator se encontra; ou em função de suas deficiências ou insuficiências – tais como os grupos vulneráveis étnicos, raciais, de gênero, entre outros - que a legislação brasileira vem adotando defender nas ações afirmativas. Por estas razões, seria possível afirmar que, entre pessoas de classe social elevada e próximas do poder, o risco de criminalização seria pequeno, não em função da sua vulnerabilidade, mas devido à sua força aquisitiva.

Portanto, a situação de vulnerabilidade em relação ao poder de criminalização corresponde a um conceito, que varia conforme as circunstâncias aferidas no caso concreto e específico. Em outras palavras, a situação concreta de vulnerabilidade proporcionada pela estrutura formal de criminalização secundária - em consequência de um fato típico, antijurídico e culpável atribuído a alguém por ação ou omissão, podendo ocorrer ou não em coautoria - é o que explica a seleção; ou seja, a posição real em que a pessoa se coloca no caso concreto; e, ainda, a situação fática capaz de gerar a incriminação e punição pelas agências de repressão (juízes, promotores, polícia) (ZAFFARONI; BATISTA, 2017).

3 OS ACÓRDÃOS JUDICIAIS DAS MULHERES CONDENADAS POR TRÁFICO DE DROGAS DO TJERJ

Como a população carcerária feminina nas prisões agora consiste em uma maioria de mulheres de cor, os ecos históricos da escravidão, da colonização e do genocídio não devem passar despercebidos nessas imagens de mulheres acorrentadas e algemadas.

(DAVIS, 2018, p. 64-65)

3.1 A metodologia

Em nossa pesquisa, levantamos os processos que foram sentenciados durante os anos de 2018 a 2020 nas oito Câmaras Criminais do TJRJ por tráfico de drogas.

Os dados foram obtidos junto à Diretoria-Geral de Estatística e Apoio à Jurisdição (DGJUR) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tal processamento se deu a partir do ingresso de feitos, arquivados no sistema informatizado do TJRJ, pela plataforma EJUD de movimentação processual. Nesse sentido, obtivemos uma totalidade de 14.830 processos nos quais 210 se referiam a mulheres com sentenças, sendo 49 processos em 2018, 105 processos em 2019 e 56 processos em 2020.

Na primeira etapa, identificamos a construção de um padrão socioeconômico das réis que foram sentenciadas a partir dos seguintes indicadores: idade, faixa etária, escolaridade, estado civil, maternidade e ocupação. Dividimos essa categoria com base na nomenclatura do IBGE na cor: branca, preta, parda, indígena ou amarela. A classificação da faixa etária selecionada foi a partir da maioridade penal, em uma escala entre – 18-25, 26-35, 36-45, 46-55 e acima de 55 anos, por se tratar de maior incidência nesse tipo de crime. A categoria da escolaridade estabelecida elegeu a classificação do IBGE, segunda a qual dispõe: ensino fundamental incompleto e completo; ensino médio incompleto, completo e superior incompleto e completo. Na mesma linha, o estado civil das sentenciadas foi dividido em solteiras, casadas e que possuem união estável. A maternidade também se baseou nos dados do IBGE – sem filhos, 01 filhos, de 02 a 3 filhos e acima de 04 filhos -; e, finalmente, a ocupação – desempregadas e trabalho formal -.

Numa segunda fase, nos debruçamos sobre as sentenças. Inicialmente, dividimos o grupo em absolvidas e condenadas. Elaboramos o cruzamento do padrão socioeconômico desses dois grupos. A seguir, pesquisamos, nos acórdãos, mais dois grupos: o das absolvidas e

o das condenadas. Esse último foi subdividido em três novos subgrupos: o das que tiveram suas penas reduzidas, mantidas e agravadas, correlacionando cada um deles com a construção do padrão socioeconômico das réis. Para a análise desses acórdãos, mantivemos o critério de separação dos grupos a partir das datas das sentenças. Assim, na sessão indicada como “Estudo dos Acórdãos” as datas dos gráficos se referem aos anos de julgamento em primeira instância (2018, 2019 e 2020), independentemente das datas em que foram proferidos os acórdãos.

Num terceiro passo, identificamos, tanto nas sentenças quanto nos acórdãos, o regime inicial das penas aplicadas – aberto, semiaberto e fechado. No passo seguinte, relacionamos a construção do padrão socioeconômico das condenadas.

Na última fase, verificamos, no interior dos acórdãos, os elementos que deram sustentação às decisões proferidas, recorrendo às sentenças nos casos em que a argumentação não restou evidente. O objetivo dessa etapa é verificar de que modos os elementos que caracterizam a vulnerabilidade social se encontram presentes na definição do destino das condenadas por tráfico de drogas.

3.2. A construção do padrão socioeconômico das sentenciadas

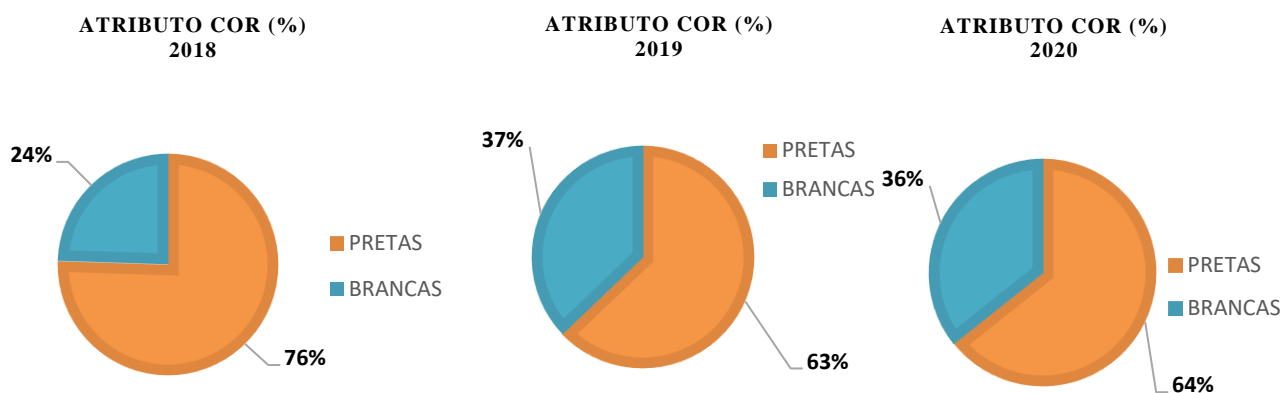


Gráfico 1 - Padrão socioeconômico - Atributo Cor

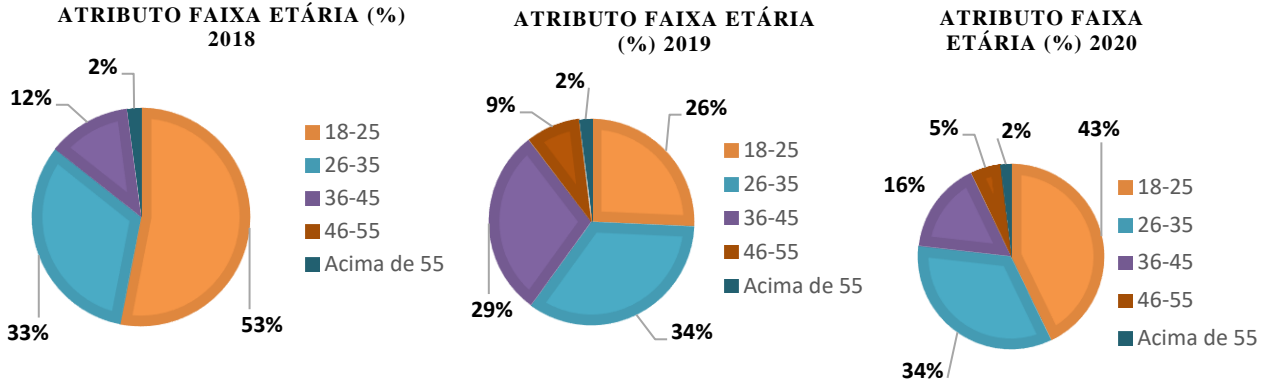


Gráfico 2 - Padrão socioeconômico - Faixa Etária

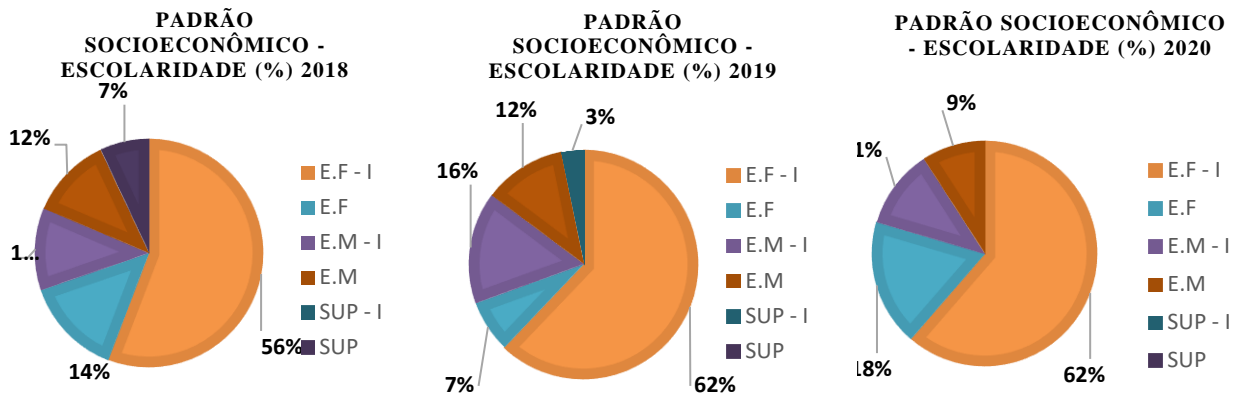


Gráfico 3 - Padrão socioeconômico - Escolaridade

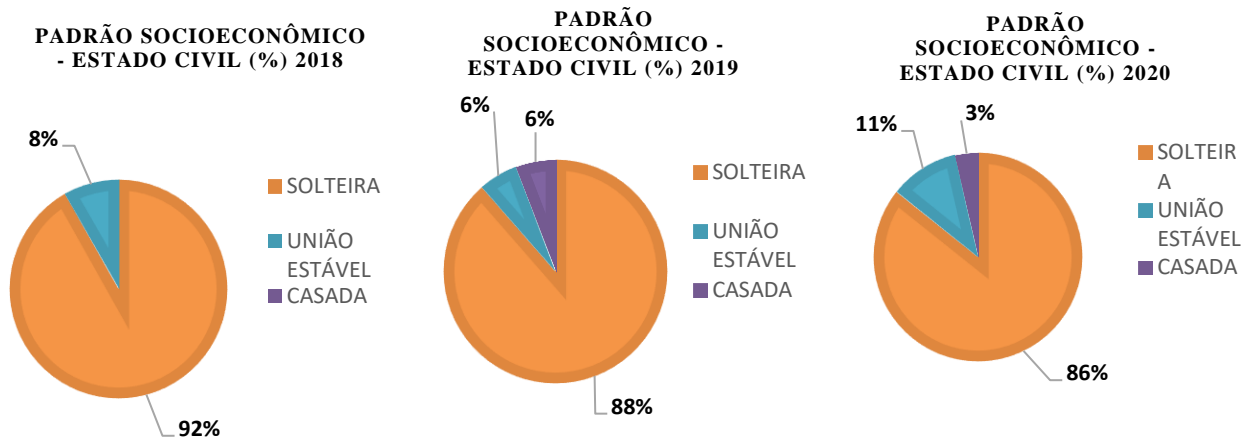
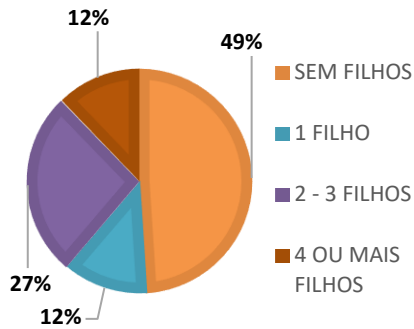
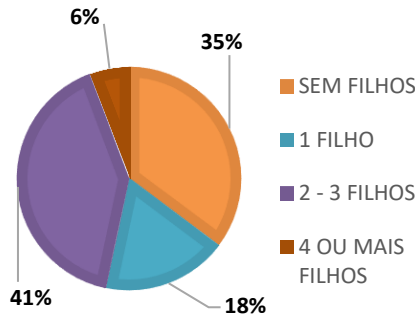


Gráfico 4 - Padrão socioeconômico - Estado Civil

PADRÃO SOCIOECONÔMICO - MATERNIDADE (%) 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO - MATERNIDADE (%) 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO - MATERNIDADE (%) 2020

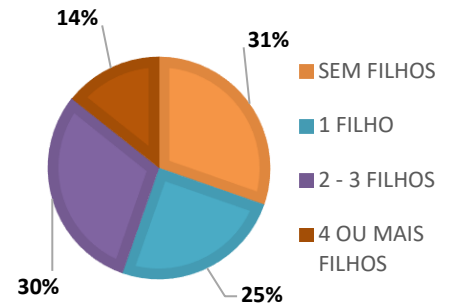
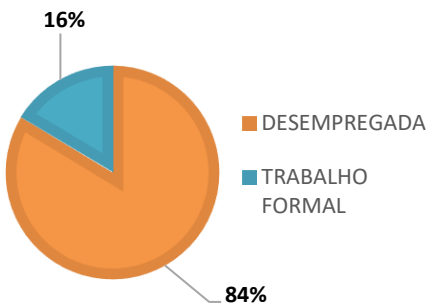
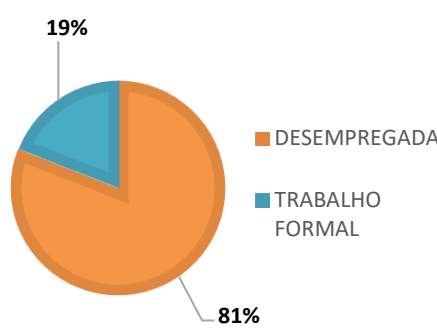


Gráfico 5 - Padrão socioeconômico - Maternidade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO - OCUPAÇÃO (%) 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO - OCUPAÇÃO (%) 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO - OCUPAÇÃO (%) 2020

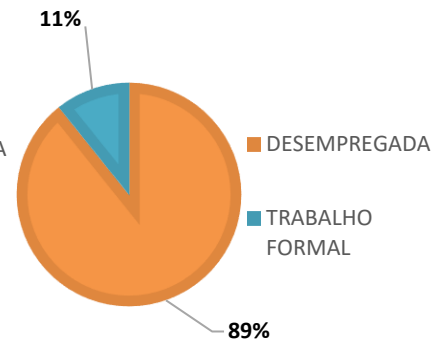
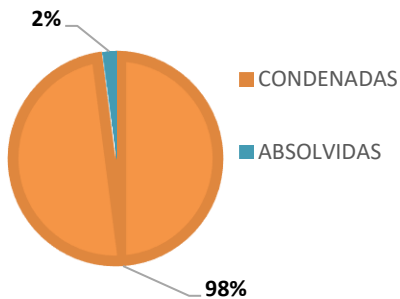


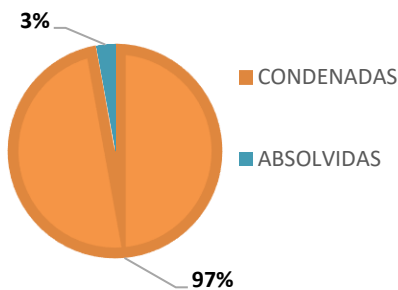
Gráfico 6 - Padrão socioeconômico - Ocupação

3.3 O estudos das sentenças

QUANTIDADE DE CONDENADAS E ABSOLVIDAS NA SENTENÇA 2018



QUANTIDADE DE CONDENADAS E ABSOLVIDAS NA SENTENÇA 2019



QUANTIDADE DE CONDENADAS E ABSOLVIDAS NA SENTENÇA 2020

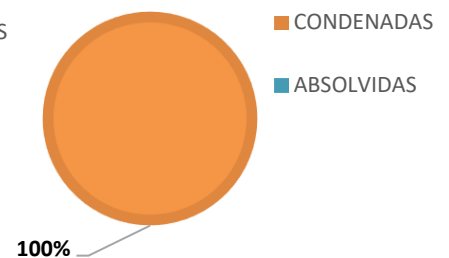


Gráfico 7 - Quantitativo de condenadas e absolvidas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020

3.3.1 O padrão socioeconômico das condenadas

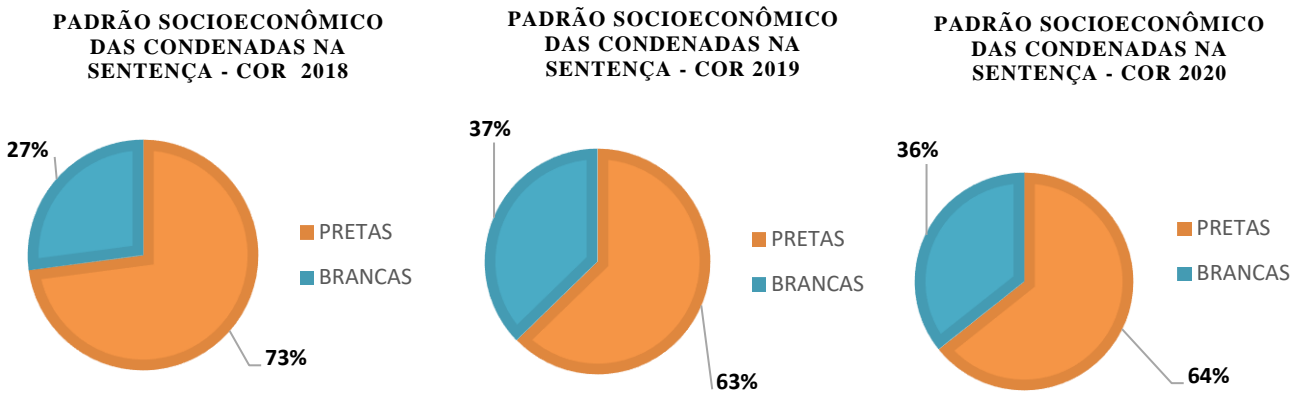


Gráfico 8 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Atributo Cor

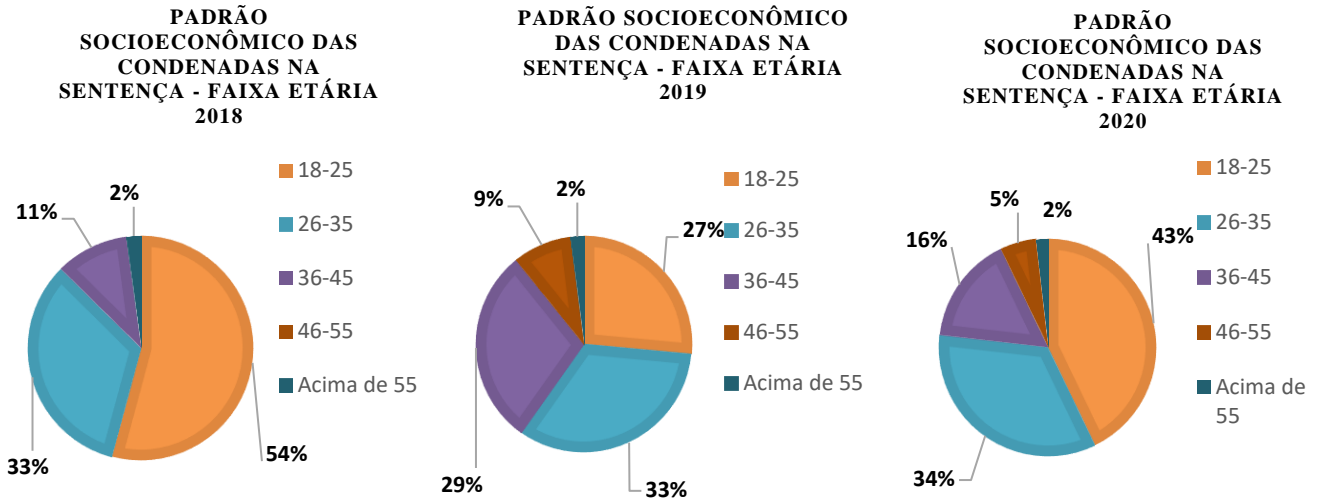


Gráfico 9 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

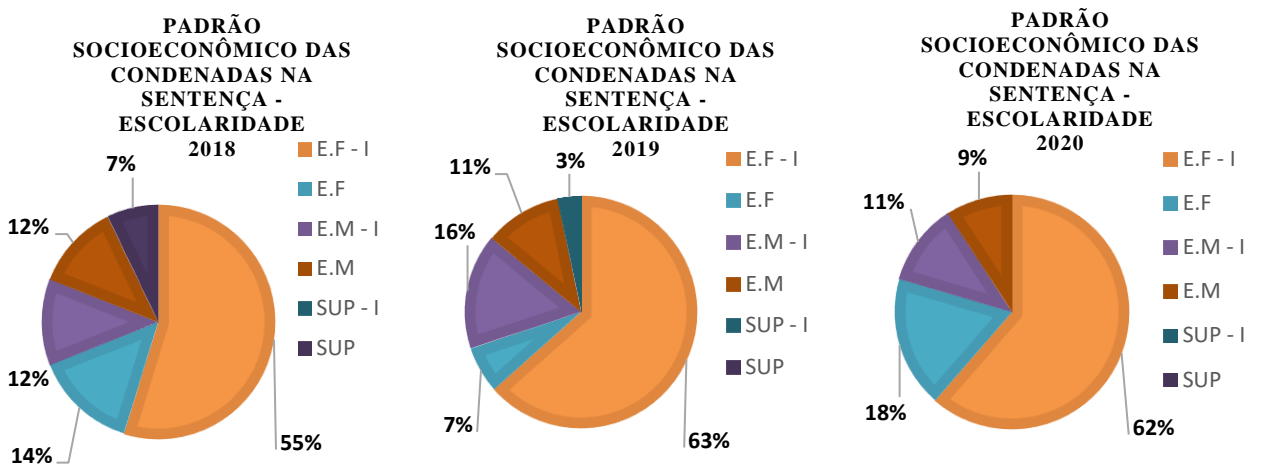
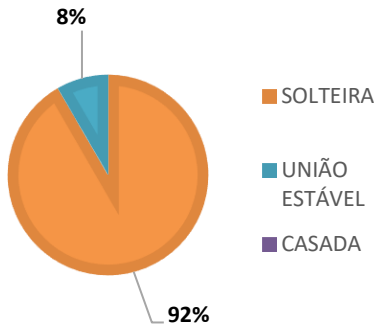
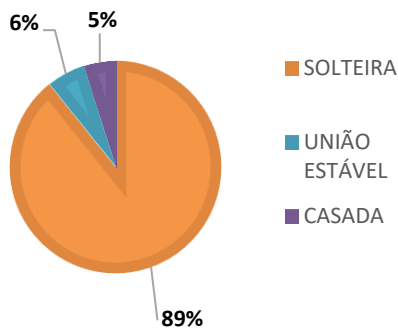


Gráfico 10 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - ESTADO CIVIL 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - ESTADO CIVIL 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - ESTADO CIVIL 2020

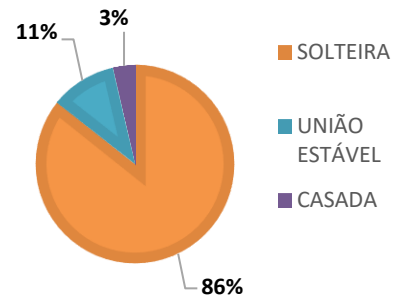
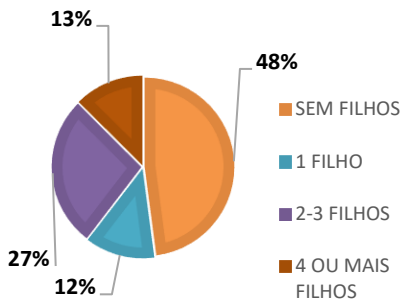
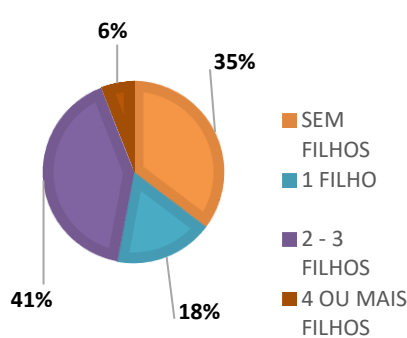


Gráfico 11 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - MATERNIDADE 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - MATERNIDADE 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - MATERNIDADE 2020

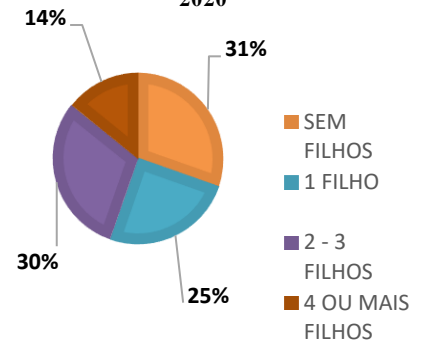
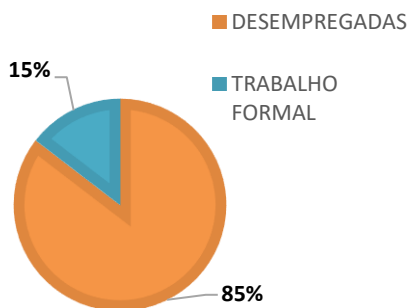
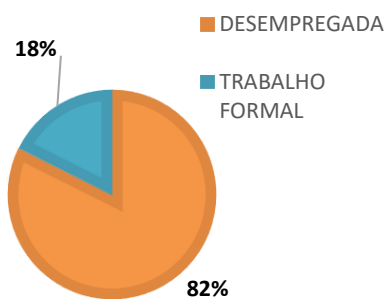


Gráfico 12 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - OCUPAÇÃO 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - OCUPAÇÃO 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA - OCUPAÇÃO 2020

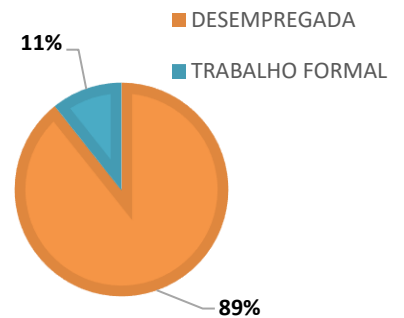


Gráfico 13 - Padrão socioeconômico das condenadas na sentença nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação

3.3.2 A construção do padrão socioeconômico das absolvidas

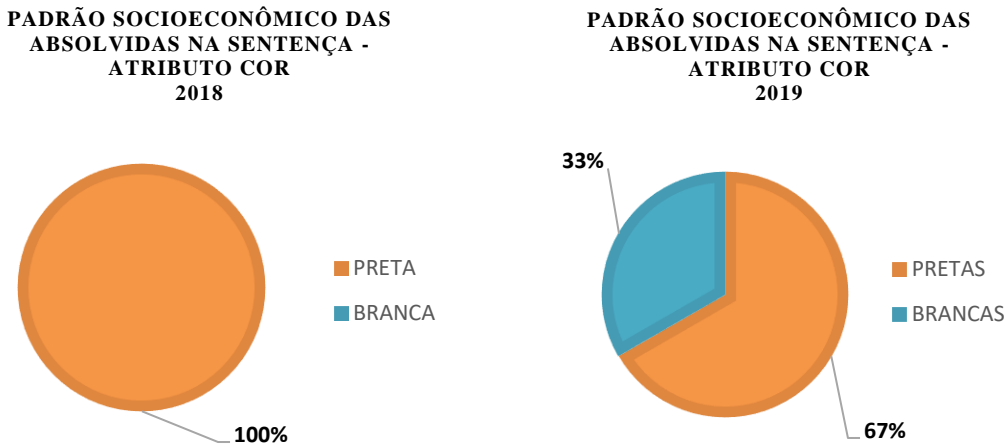


Gráfico 14 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 - Atributo Cor

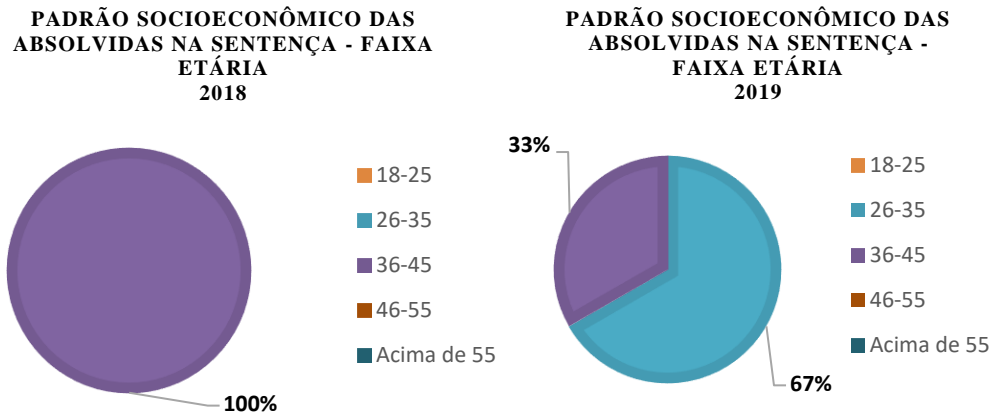


Gráfico 15 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 - Faixa Etária

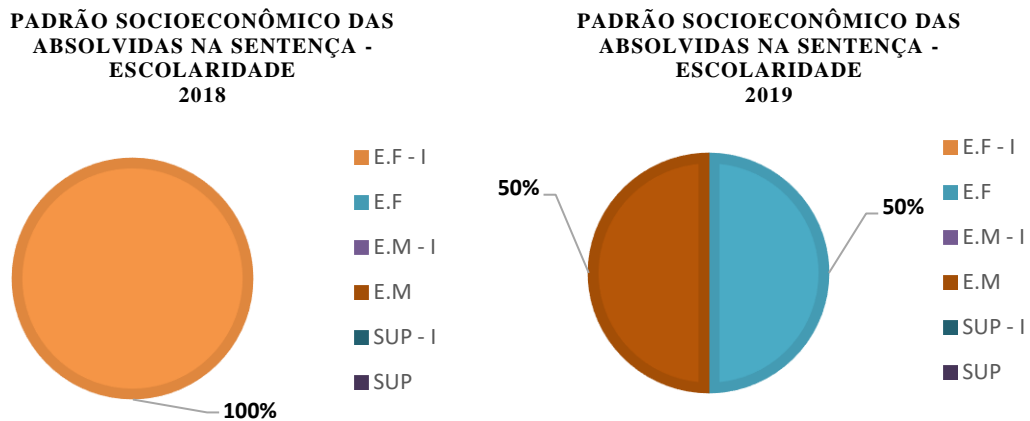
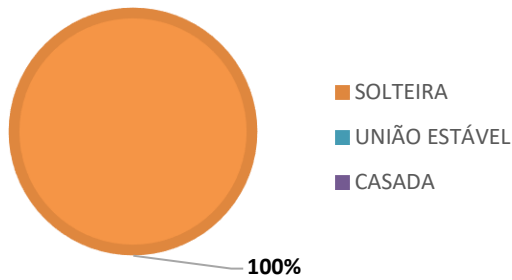


Gráfico 16 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 – Escolaridade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS ABSOLVIDAS NA SENTENÇA - ESTADO CIVIL 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS ABSOLVIDAS NA SENTENÇA - ESTADO CIVIL 2019

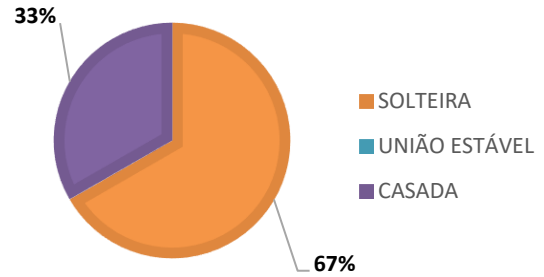
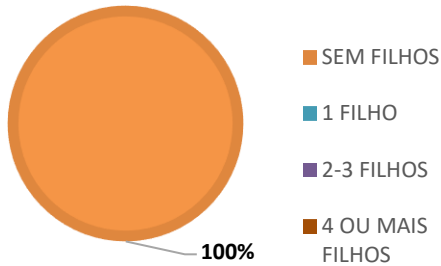


Gráfico 17 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 - Estado Civil

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS ABSOLVIDAS NA SENTENÇA - MATERNIDADE 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS ABSOLVIDAS NA SENTENÇA - MATERNIDADE 2019

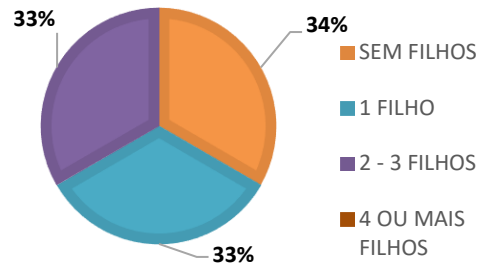
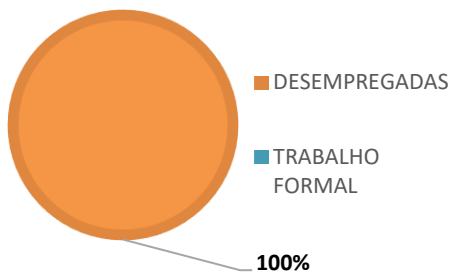


Gráfico 18 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 – Maternidade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS ABSOLVIDAS NA SENTENÇA - OCUPAÇÃO 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS ABSOLVIDAS NA SENTENÇA - OCUPAÇÃO 2019

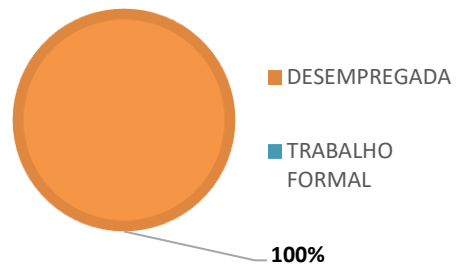


Gráfico 19 - Padrão socioeconômico das absolvidas na sentença nos anos de 2018 e 2019 – Ocupação

3.4 O estudo dos acórdãos

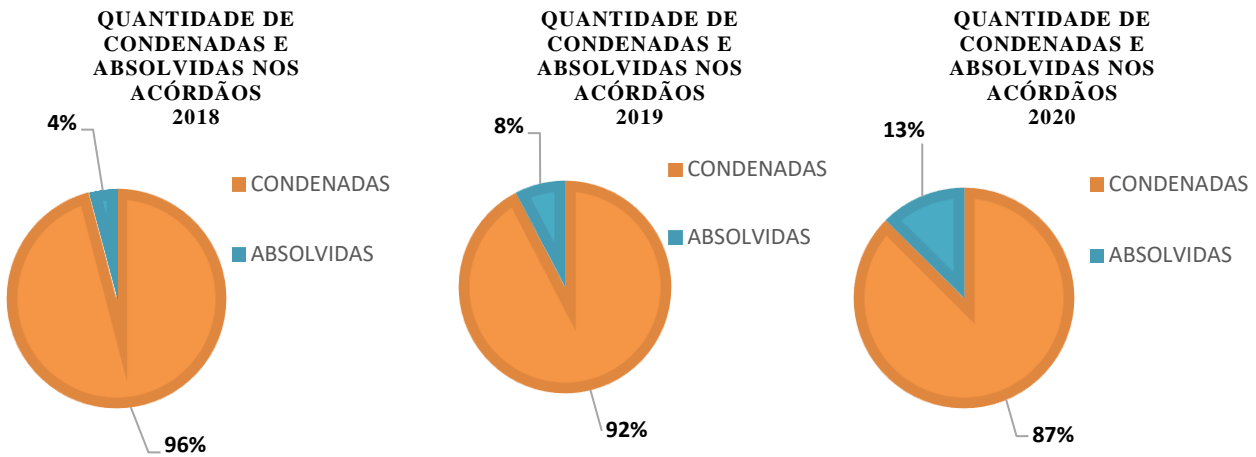


Gráfico 20 - Quantidade de condenadas e absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020

3.4.1 A construção do padrão socioeconômico das absolvidas

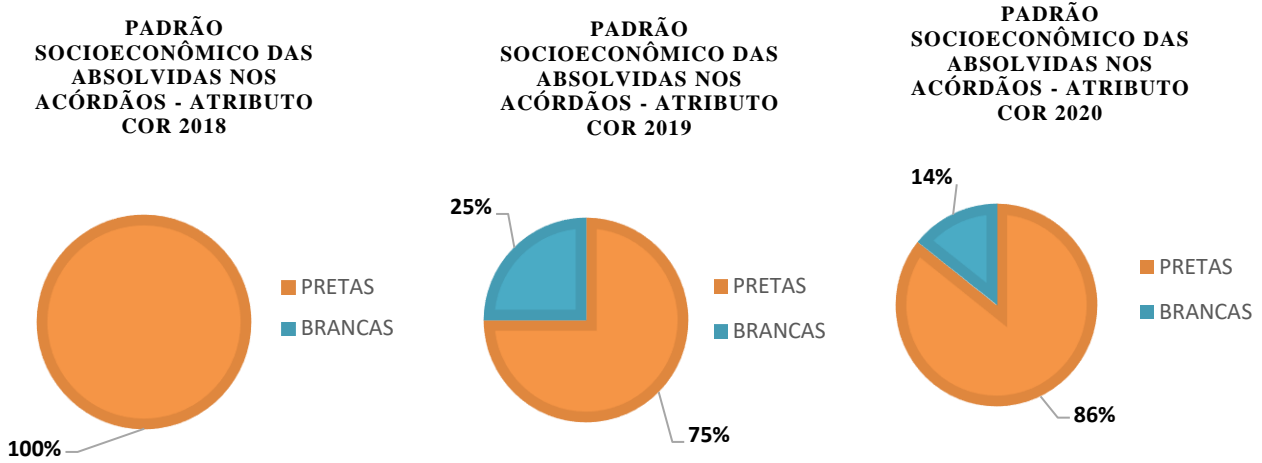


Gráfico 21 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

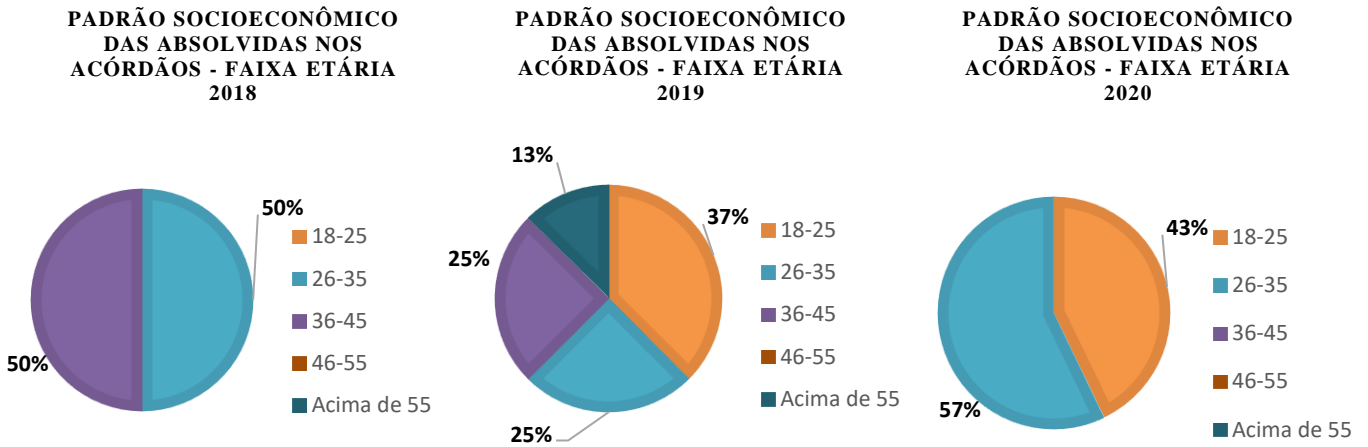


Gráfico 22 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

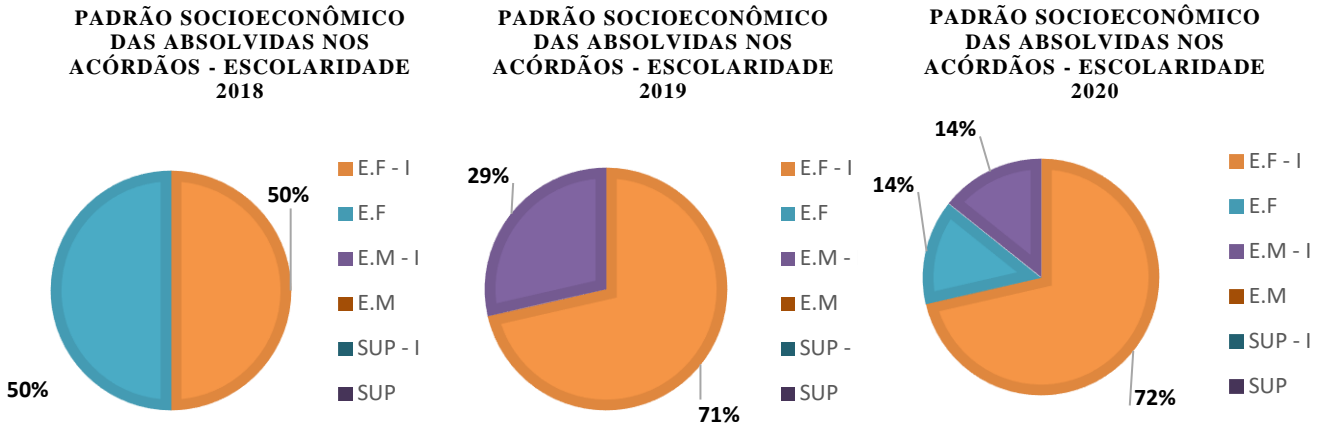


Gráfico 23 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

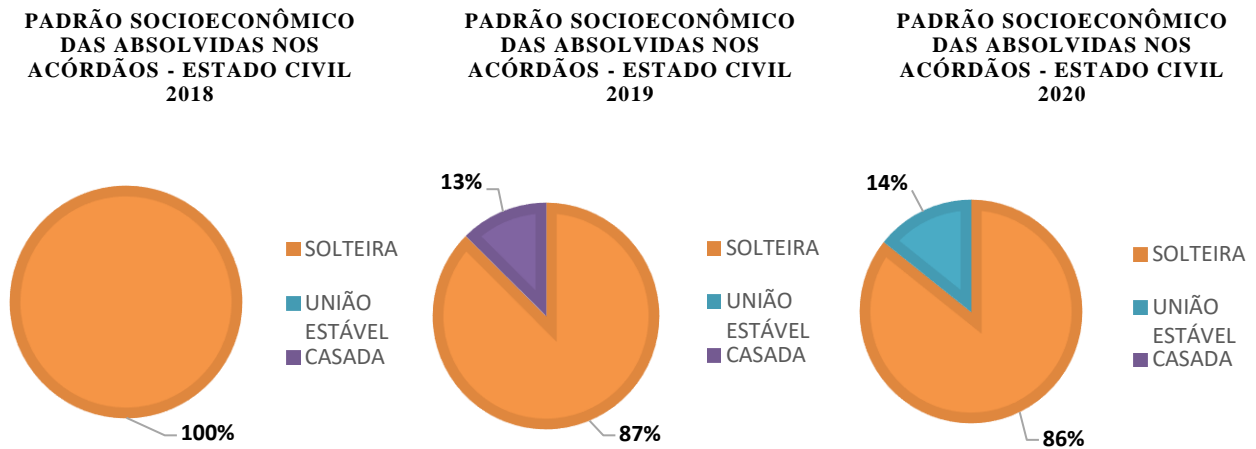


Gráfico 24 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

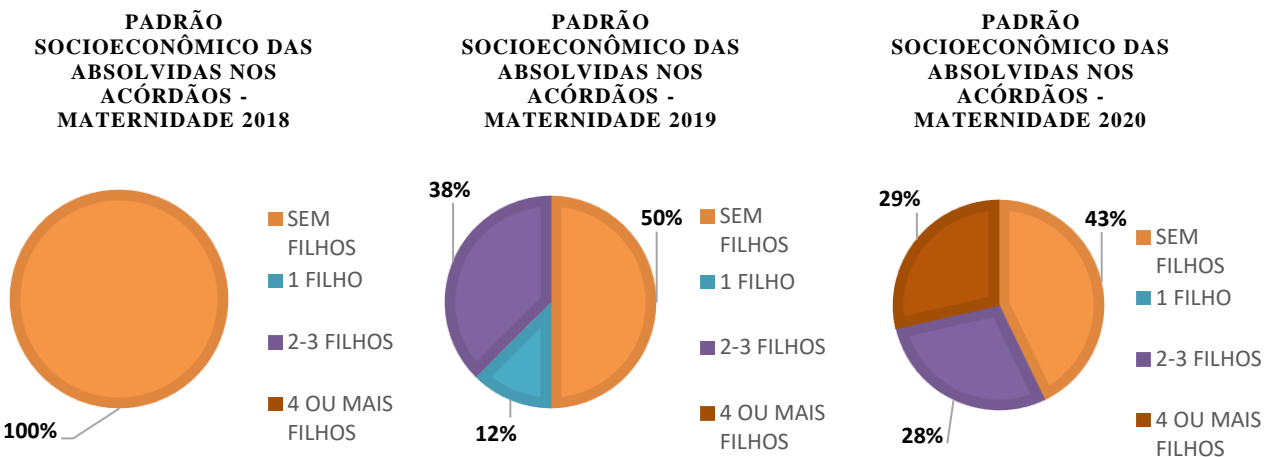


Gráfico 25 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade



Gráfico 26 - Padrão socioeconômico das absolvidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação

3.4.2 A construção do padrão socioeconômico das condenadas



Gráfico 27 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

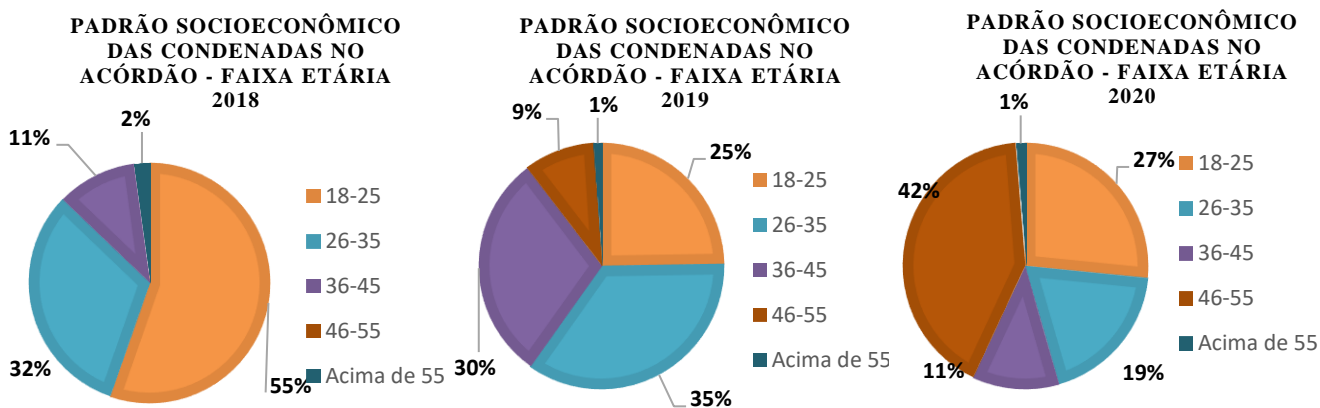


Gráfico 28 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

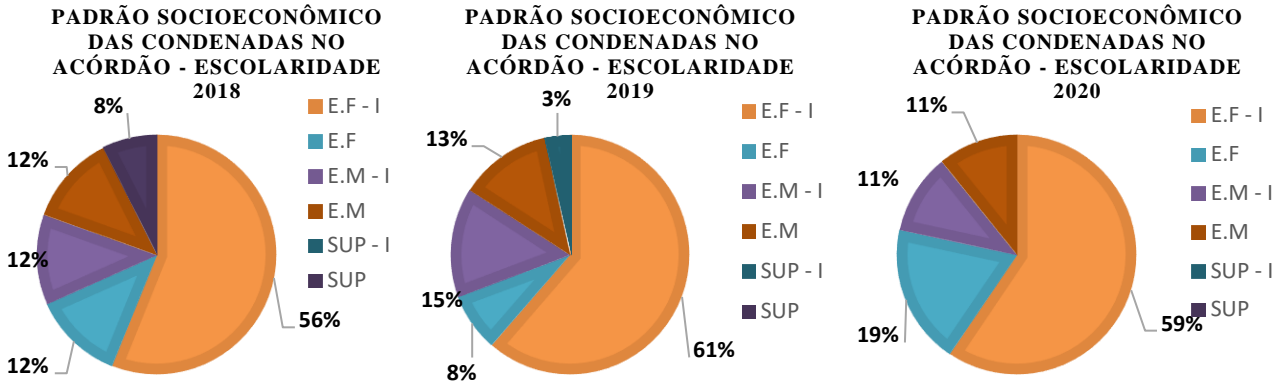


Gráfico 29 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

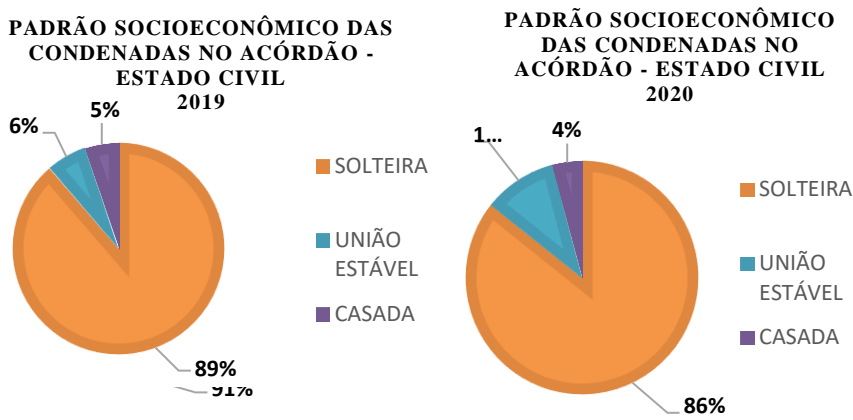


Gráfico 30 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

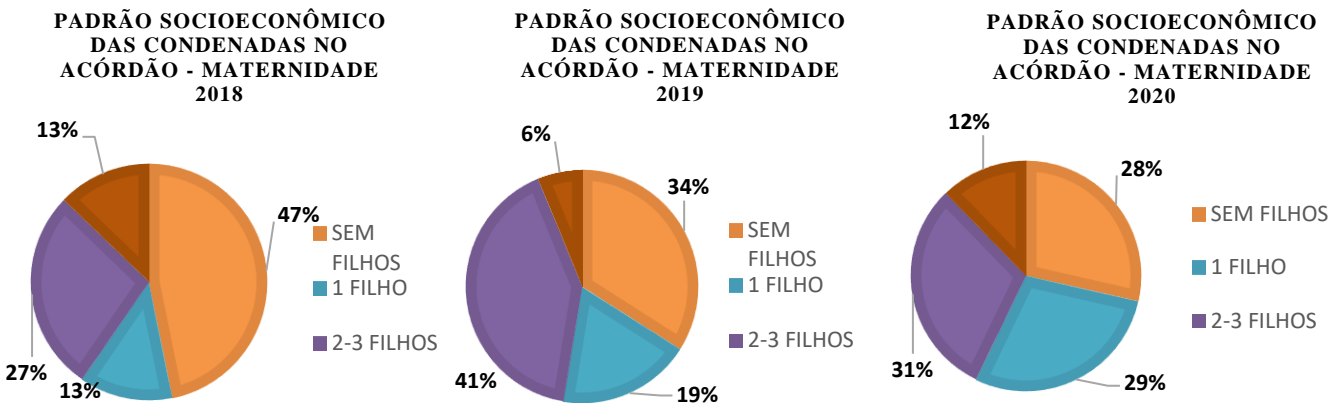


Gráfico 31 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade

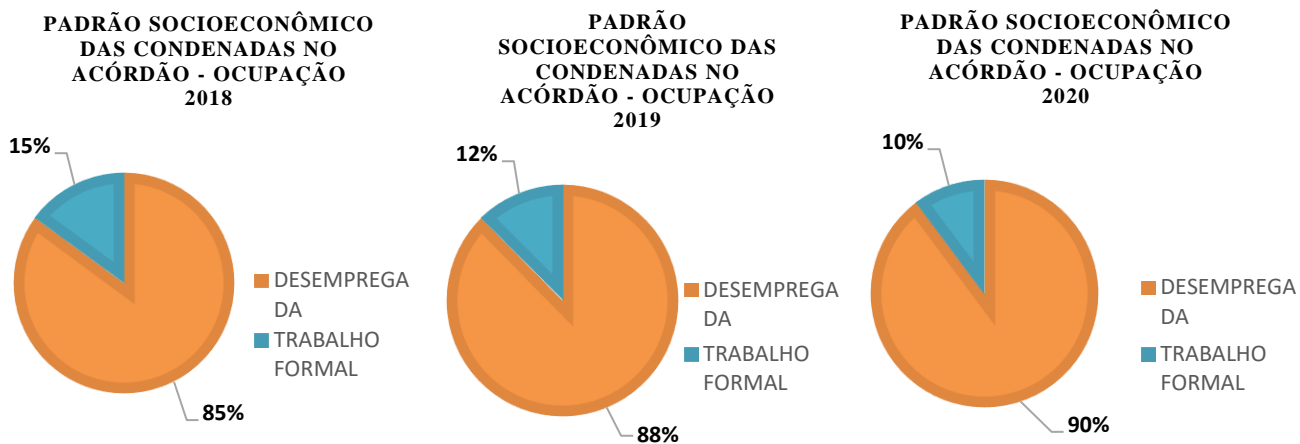


Gráfico 32 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação

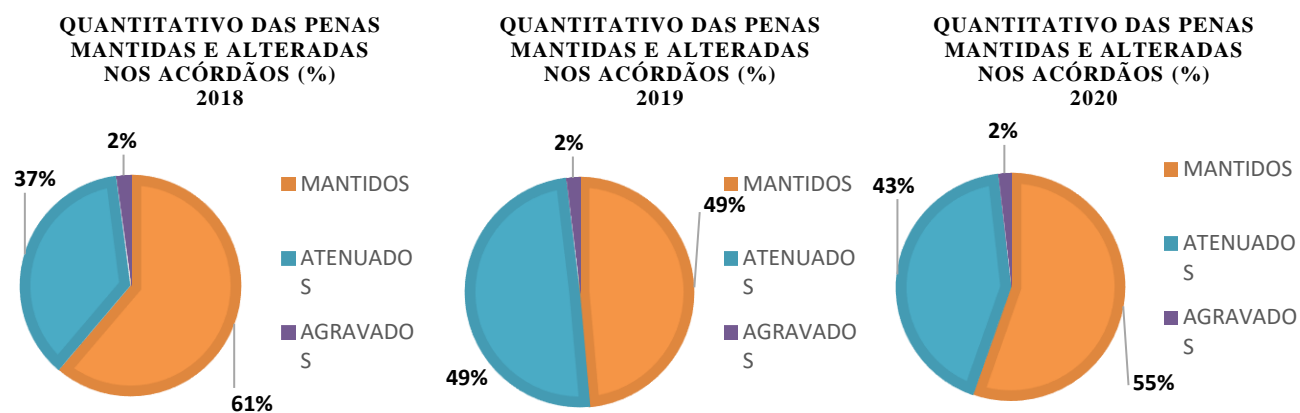


Gráfico 33 - Quantitativo das penas mantidas e alteradas nos acórdãos

3.4.2.1 A construção do padrão socioeconômico das penas mantidas

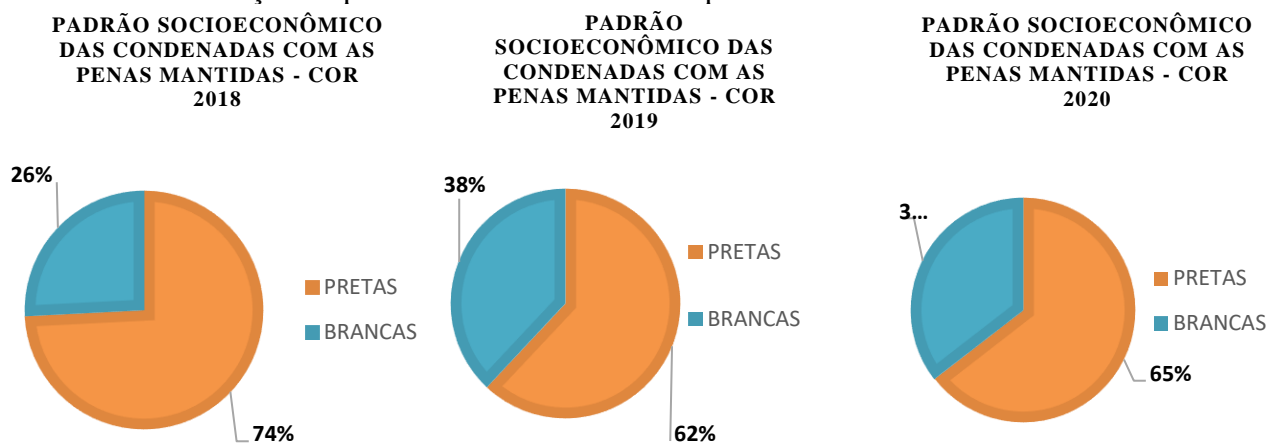


Gráfico 34 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

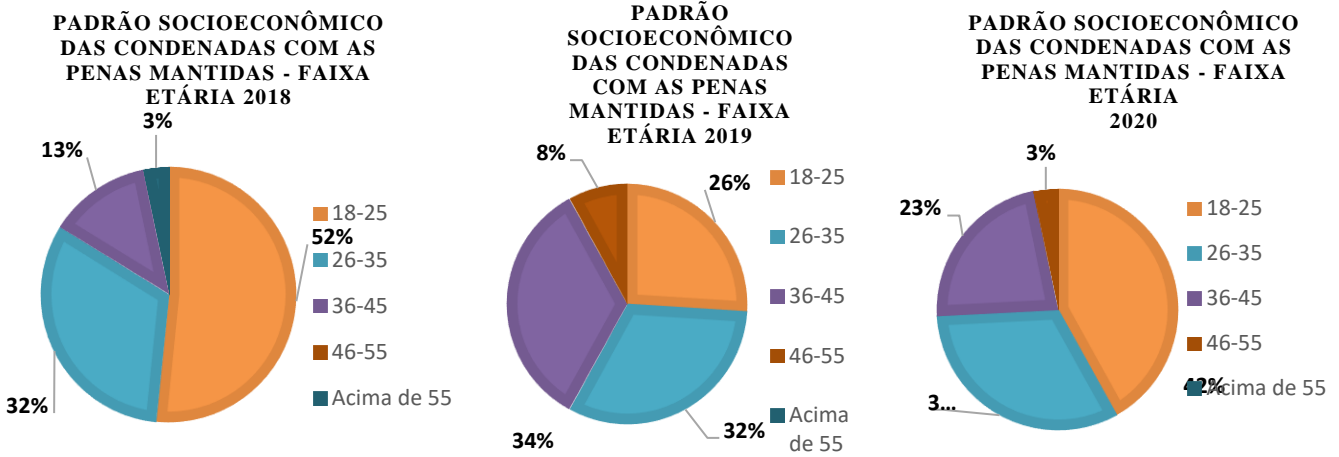


Gráfico 35 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acordãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

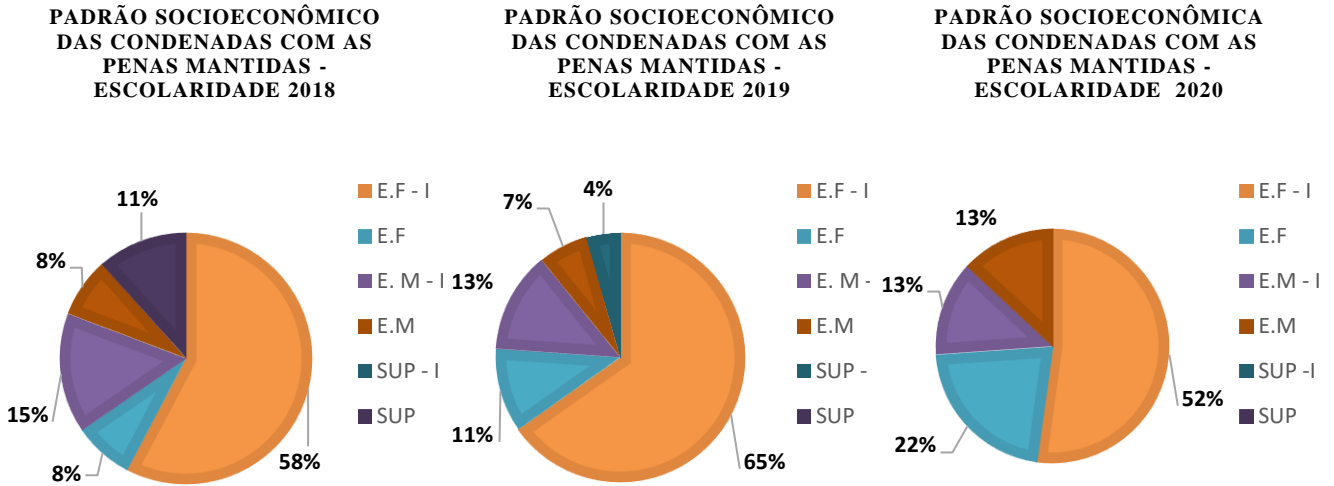


Gráfico 36 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acordãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

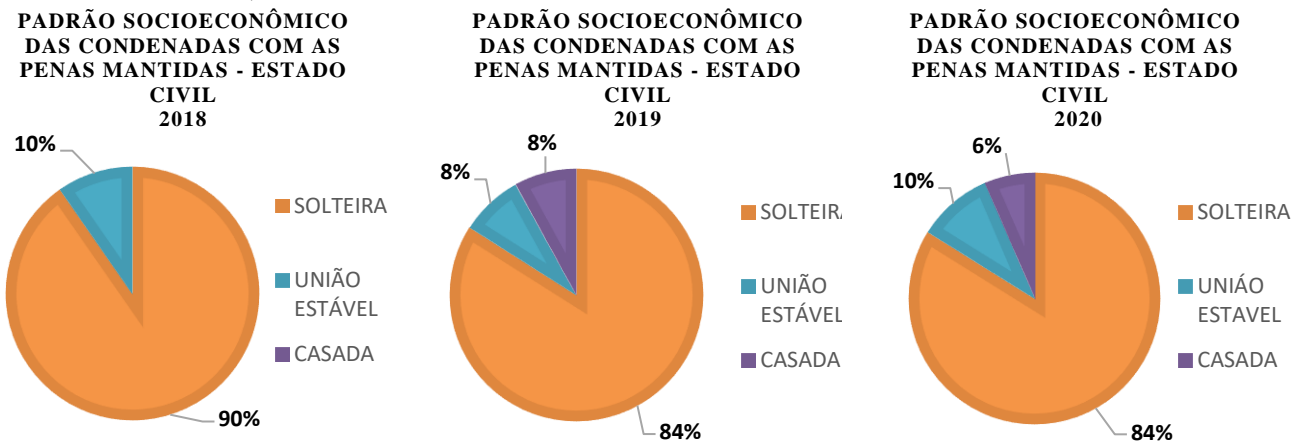
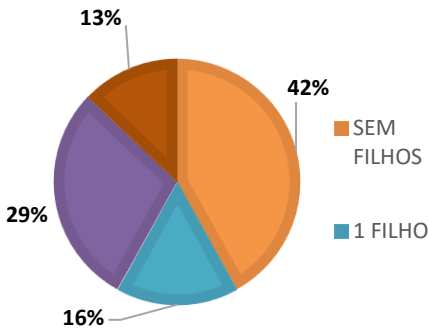
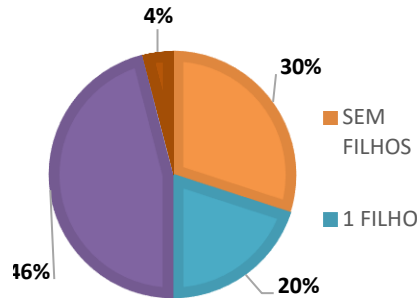


Gráfico 37 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acordãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS MANTIDAS - MATERNIDADE 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS MANTIDAS - MATERNIDADE 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS MANTIDAS - MATERNIDADE 2020

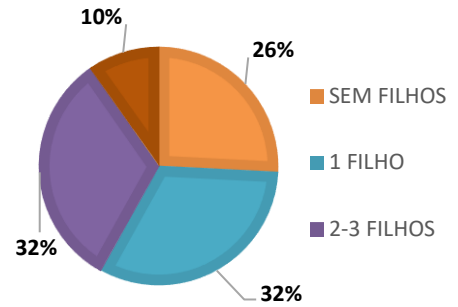
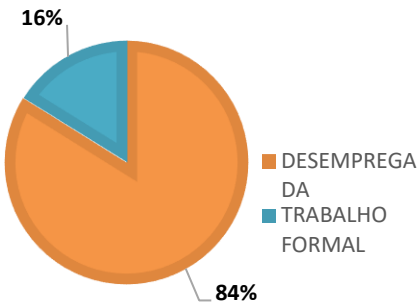


Gráfico 38 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS MANTIDAS - OCUPAÇÃO 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS MANTIDAS - OCUPAÇÃO 2019

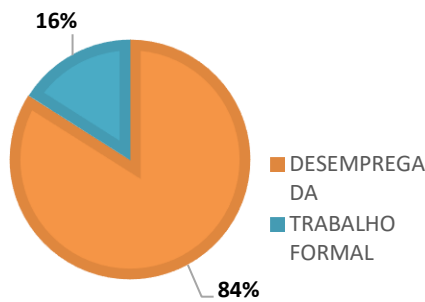
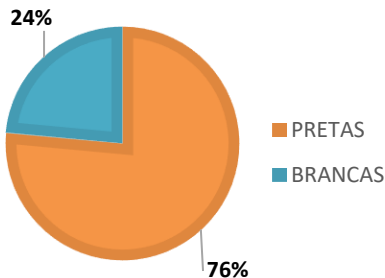


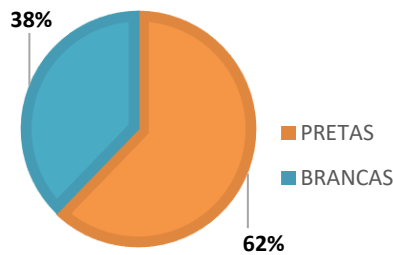
Gráfico 39 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas mantidas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação

3.4.2.2. A construção do padrão socioeconômico das penas atenuadas

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS ATENUADAS - COR 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS ATENUADAS - COR 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS ATENUADAS - COR 2020

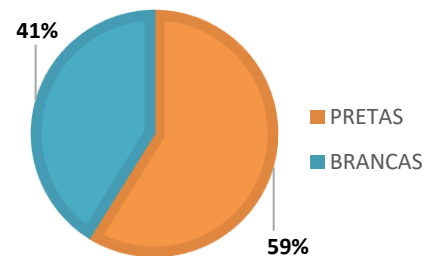


Gráfico 40 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

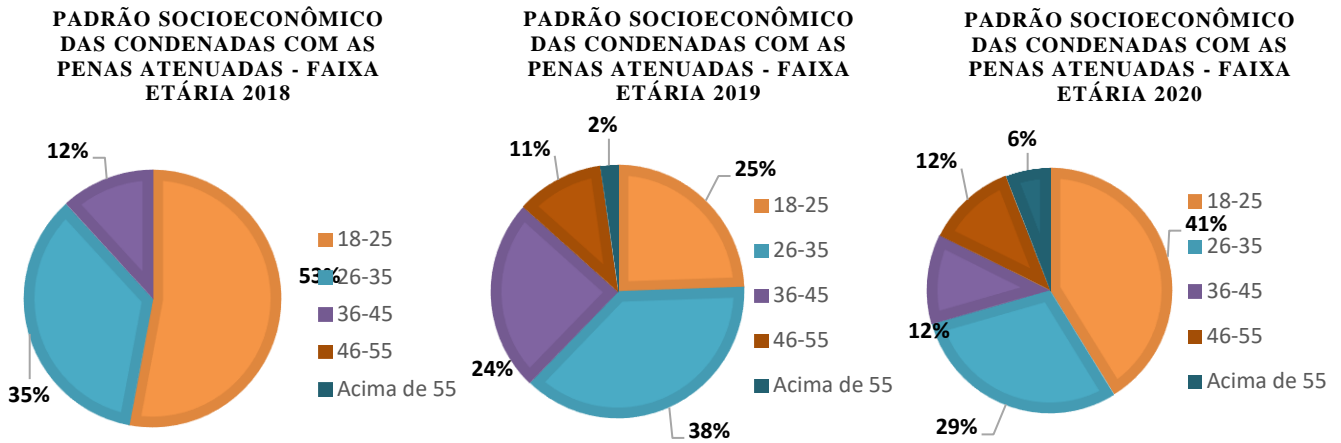


Gráfico 41 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

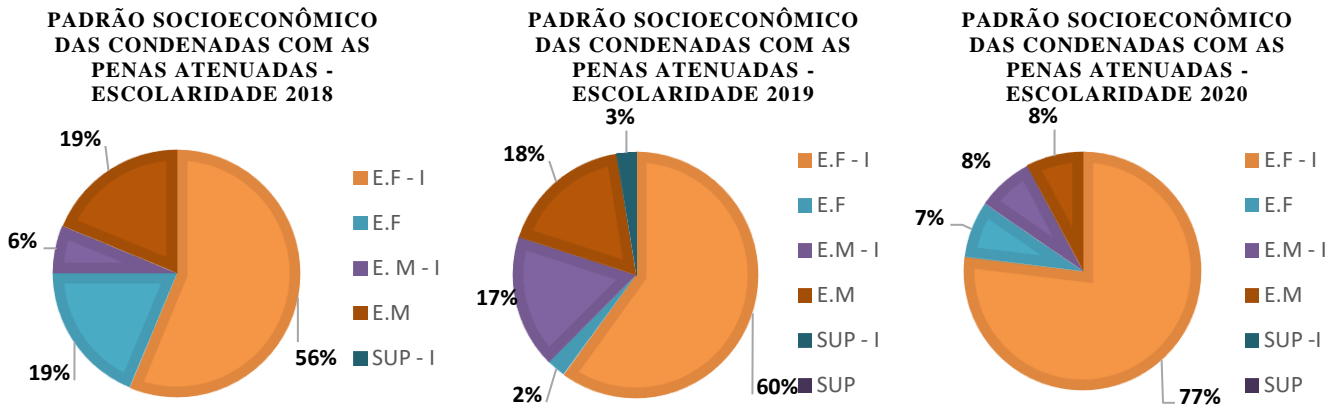


Gráfico 42 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

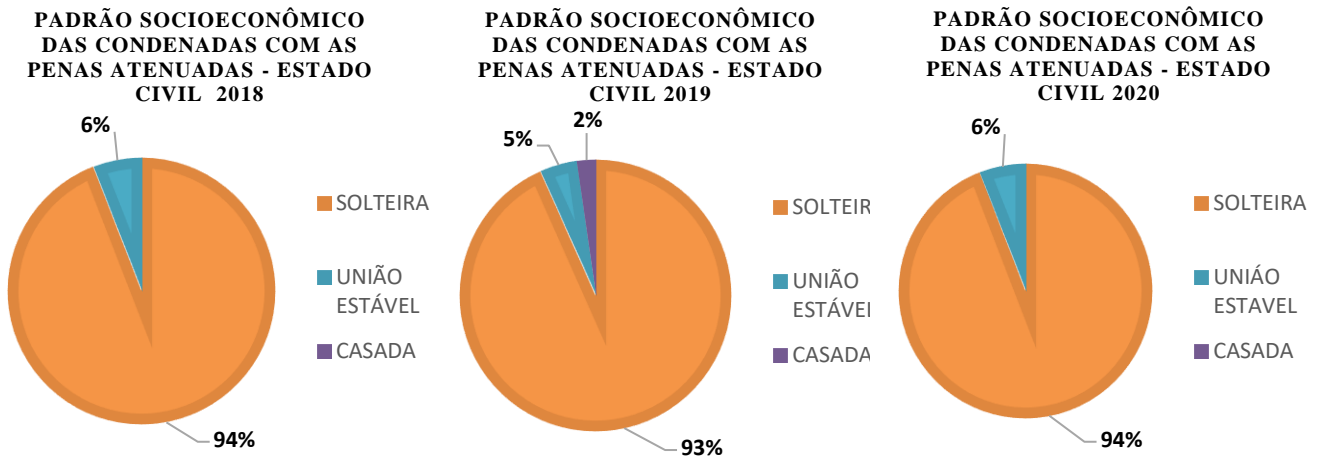


Gráfico 43 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

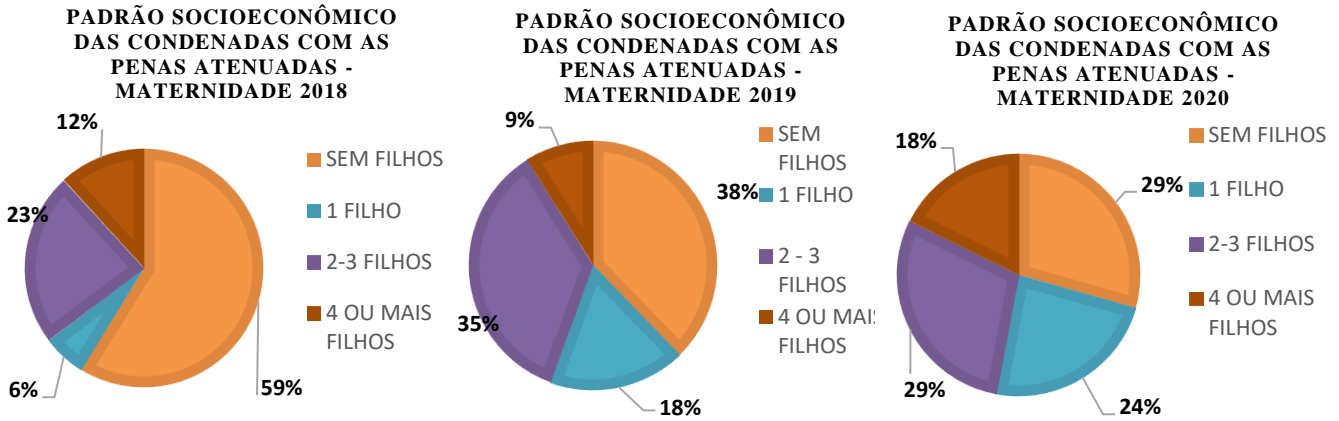


Gráfico 44 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade



– Ocupação

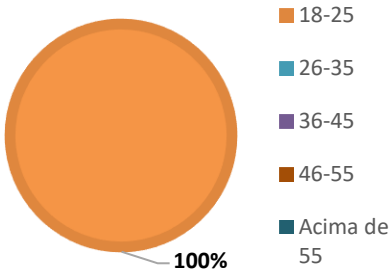
Gráfico 45 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas atenuadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020

3.4.2.3 A construção do padrão socioeconômico das penas agravadas

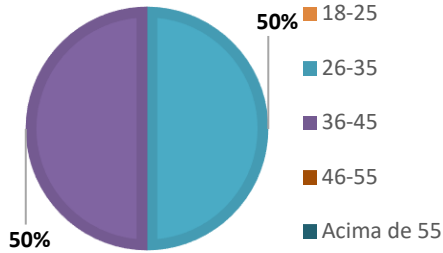


Gráfico 46 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - FAIXA ETÁRIA 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - FAIXA ETÁRIA 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - FAIXA ETÁRIA 2020

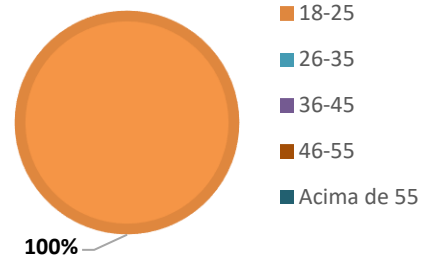
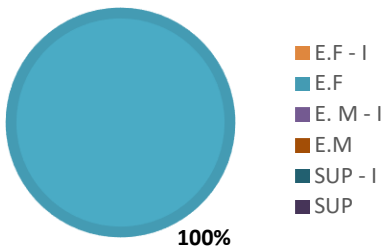
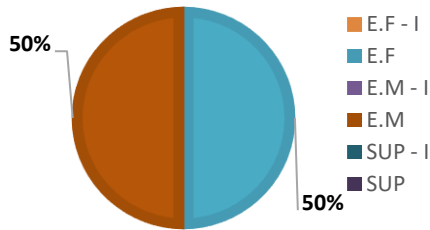


Gráfico 47 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - ESCOLARIDADE 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - ESCOLARIDADE 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - ESCOLARIDADE 2020

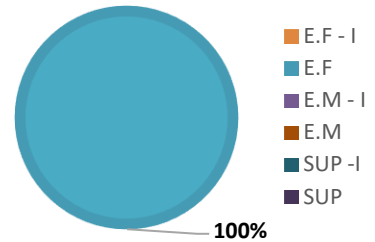
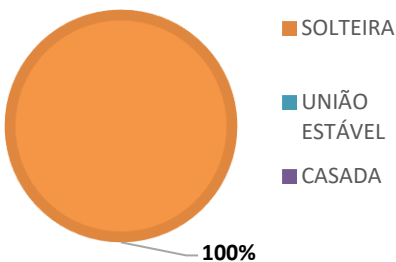
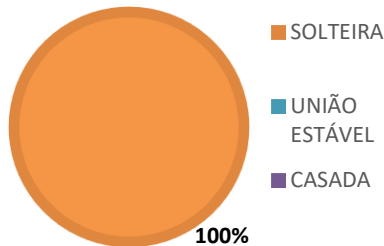


Gráfico 48 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Escolaridade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - ESTADO CIVIL 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - ESTADO CIVIL 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - ESTADO CIVIL 2020

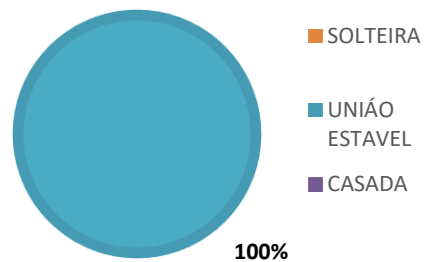
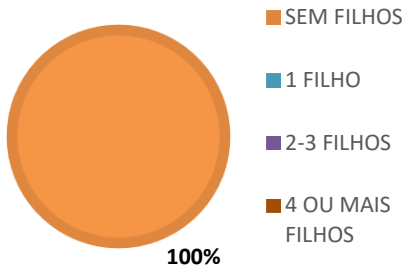
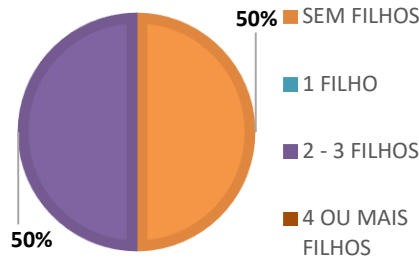


Gráfico 49 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - MATERNIDADE 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - MATERNIDADE 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - MATERNIDADE 2020

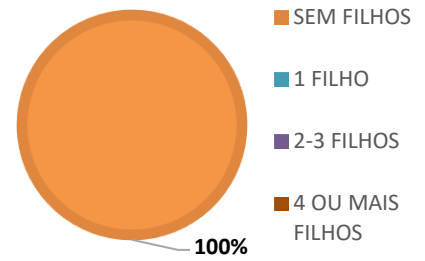
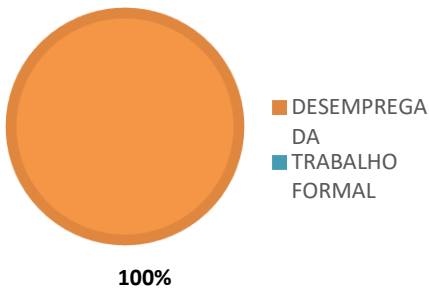
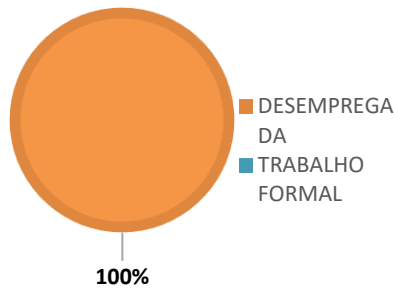


Gráfico 50 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - OCUPAÇÃO 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - OCUPAÇÃO 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS COM AS PENAS AGRAVADAS - OCUPAÇÃO 2020

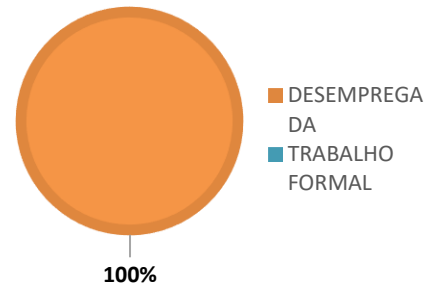
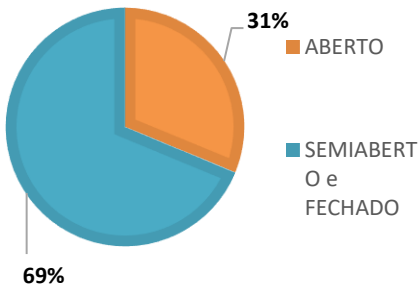


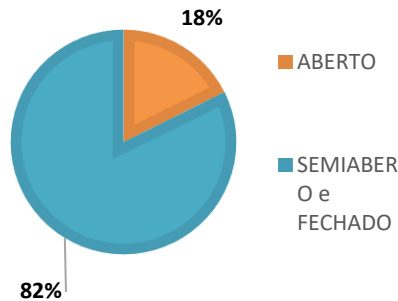
Gráfico 51 - Padrão socioeconômico das condenadas com as penas agravadas nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação

3.5 O regime inicial de pena na sentença

REGIME INICIAL DA PENA NAS SENTENÇAS 2018



REGIME INICIAL DA PENA NAS SENTENÇAS 2019



REGIME INICIAL DA PENA NAS SENTENÇAS 2020

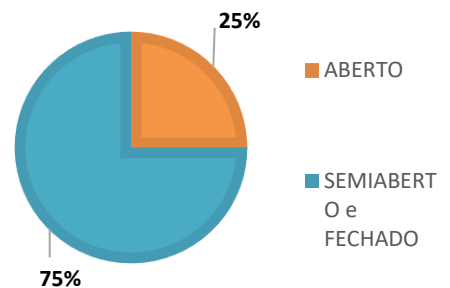
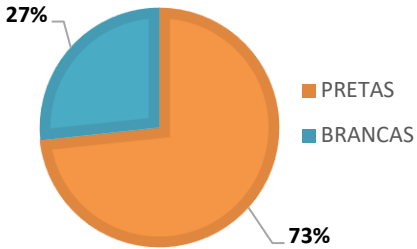


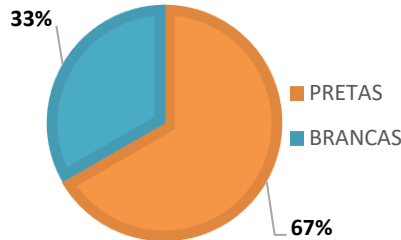
Gráfico 52 - Regime inicial da pena aplicada nas sentenças nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Aberto, Semiaberto e Fechado

3.5.1 A construção do padrão socioeconômico no regime aberto

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - ATRIBUTO COR 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - ATRIBUTO COR 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - ATRIBUTO COR 2020

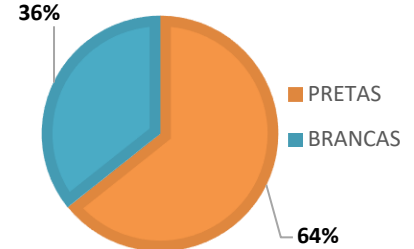
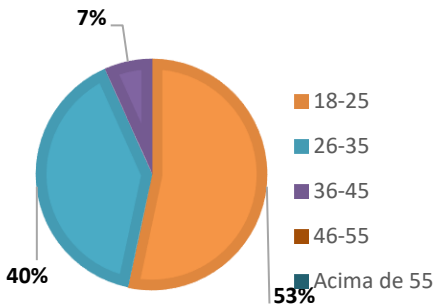
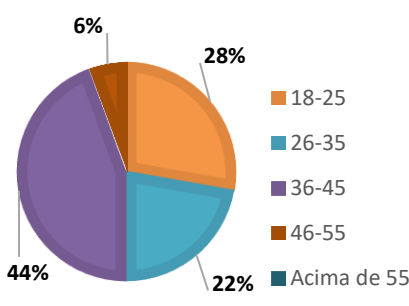


Gráfico 53 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - FAIXA ETÁRIA 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - FAIXA ETÁRIA 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - FAIXA ETÁRIA 2020

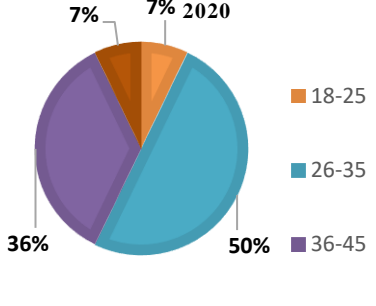
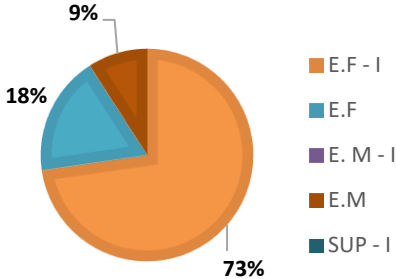
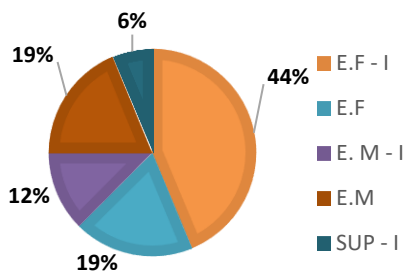


Gráfico 54 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - ESCOLARIDADE 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - ESCOLARIDADE 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NA SENTENÇA EM REGIME ABERTO - ESCOLARIDADE 2020

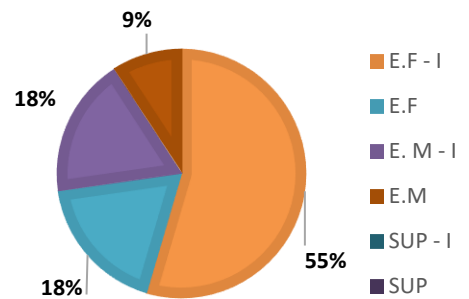


Gráfico 55 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

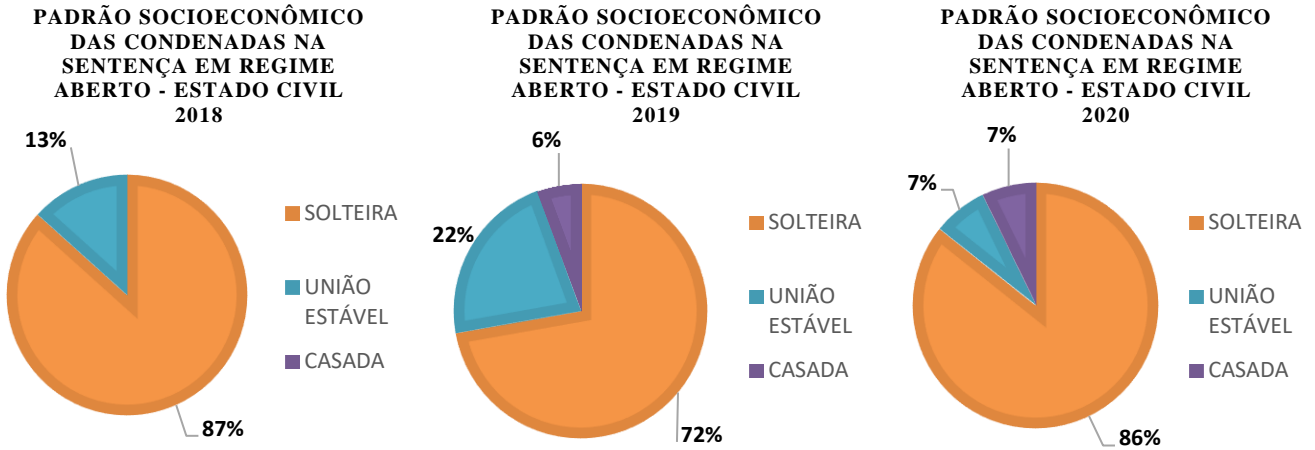


Gráfico 56 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

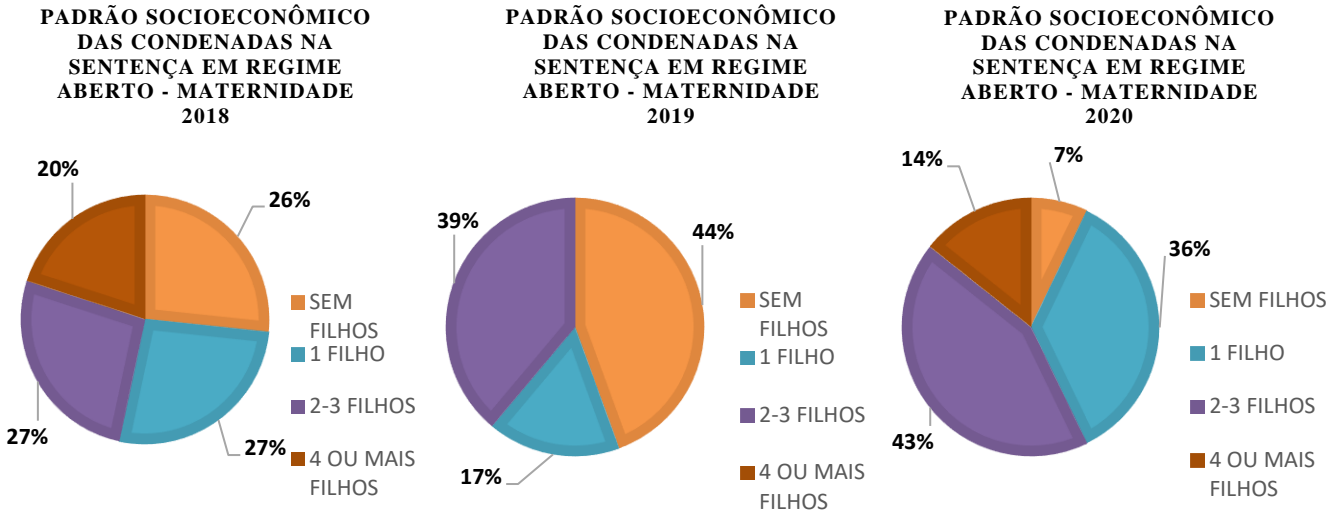


Gráfico 57 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade

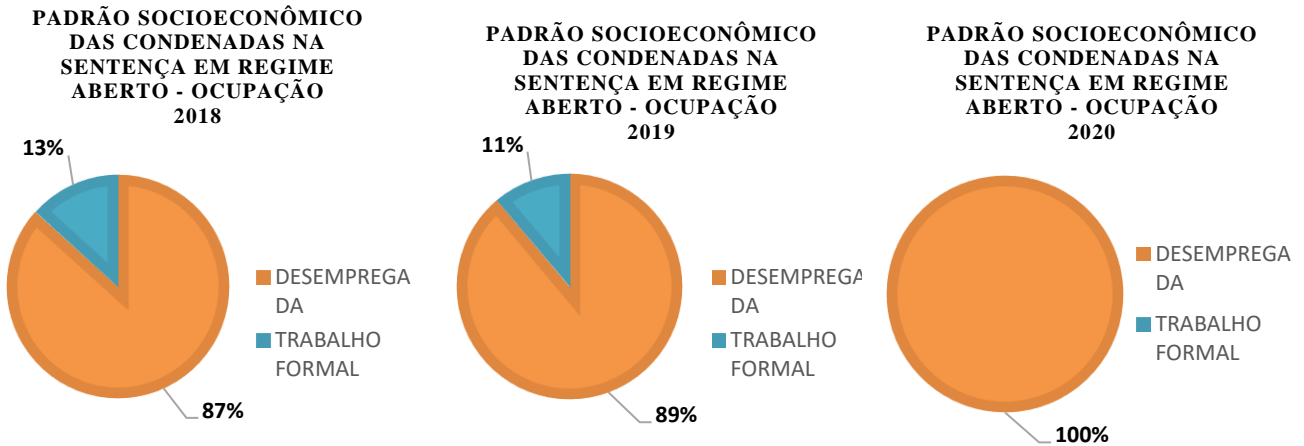


Gráfico 58 - Padrão socioeconômico das condenadas em sentença ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação

3.5.2 A construção do padrão socioeconômico do regime fechado e semiaberto



Gráfico 59 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

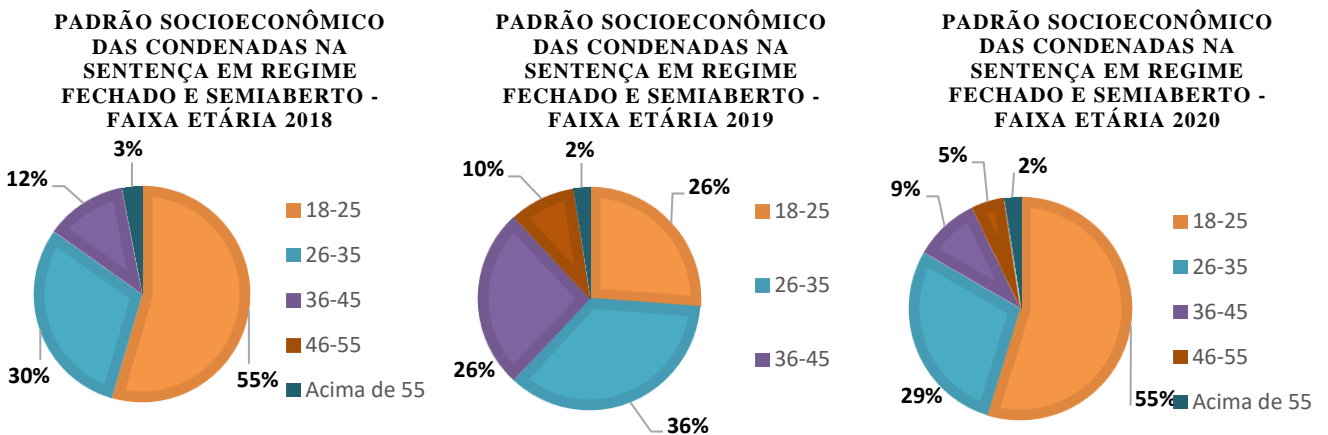


Gráfico 60 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

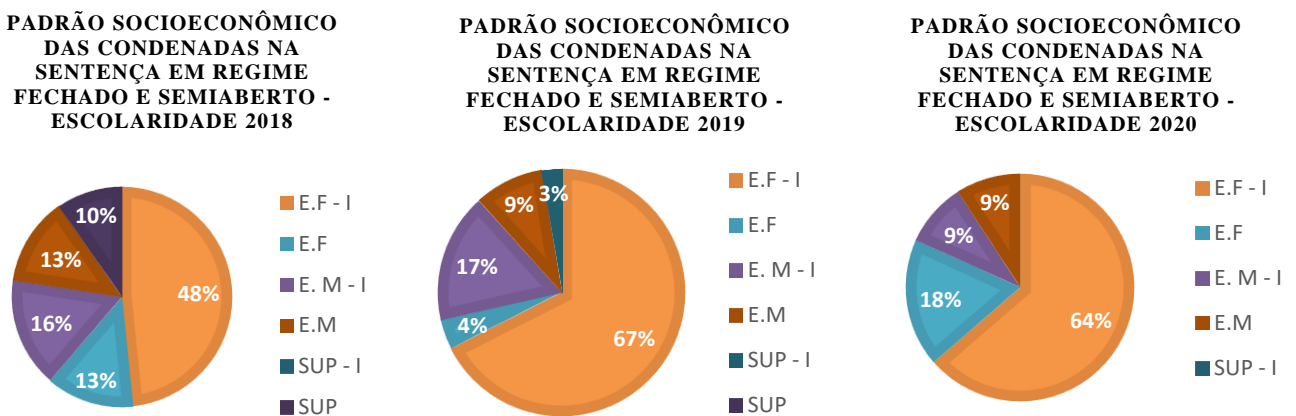


Gráfico 61 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

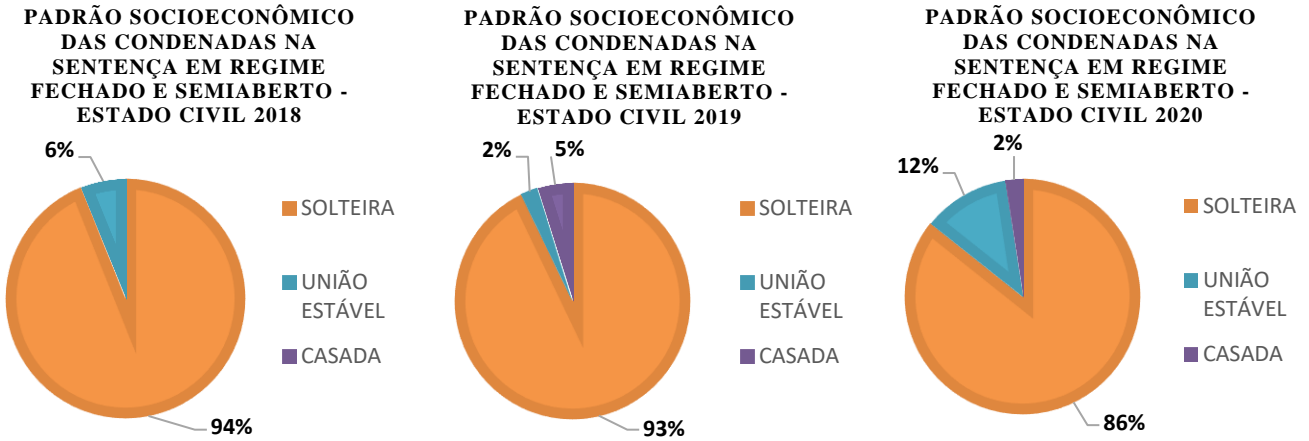


Gráfico 62 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

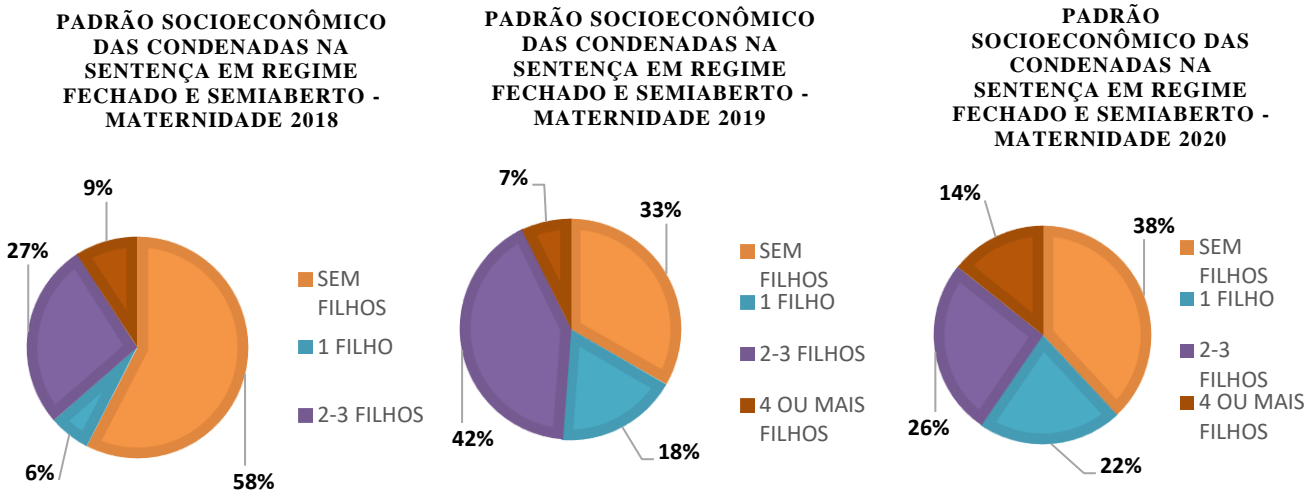


Gráfico 63 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade

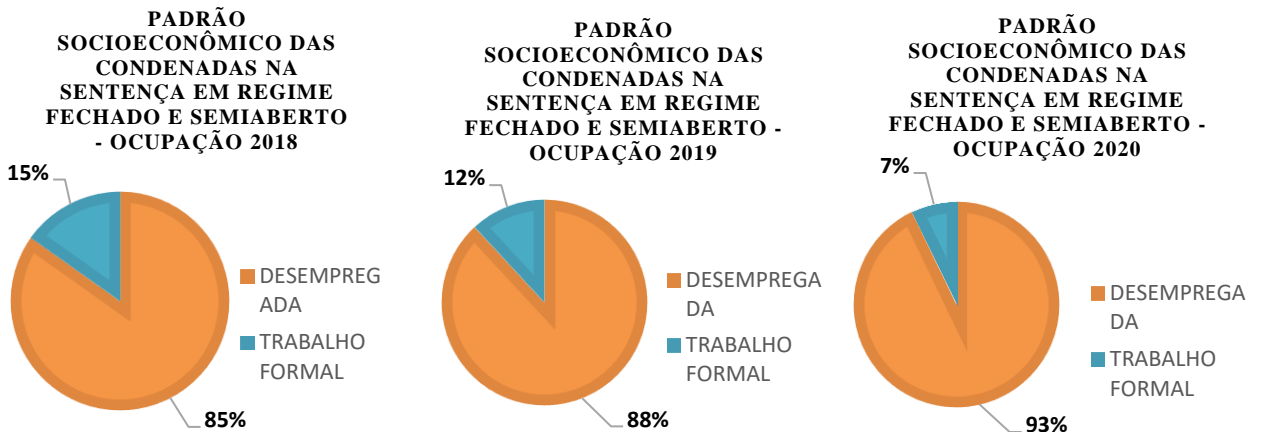
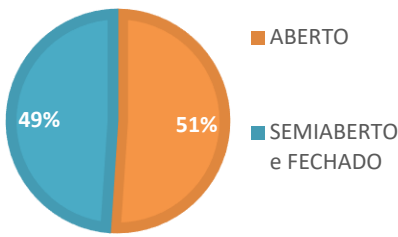


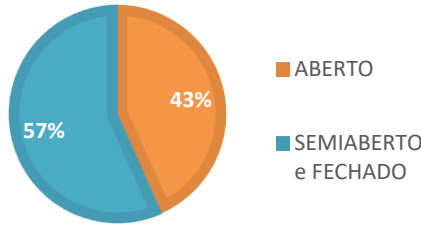
Gráfico 64 - Padrão socioeconômico das condenadas nas sentenças aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Ocupação

3.6 Regime inicial de pena nos acórdãos

REGIME INICIAL DA PENA APLICADO NOS ACÓRDÃOS 2018



REGIME INICIAL DA PENA APLICADO NOS ACÓRDÃOS 2019



REGIME INICIAL DA PENA APLICADO NOS ACÓRDÃOS 2020

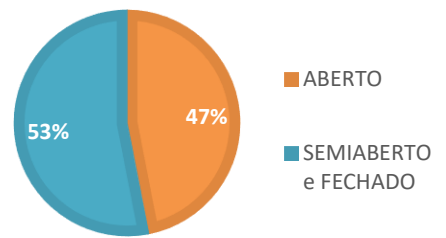
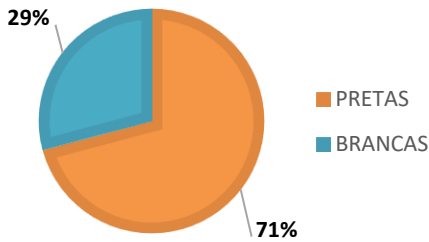


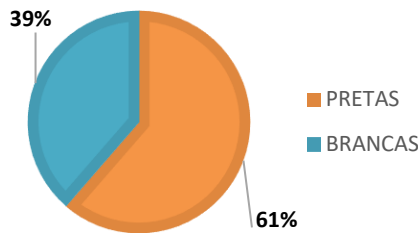
Gráfico 65 - Regime inicial da pena aplicado nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Regime Aberto, Semiaberto e Fechado

3.6.1 A construção do padrão socioeconômico do regime aberto

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME ABERTO - ATRIBUTO COR 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME ABERTO - ATRIBUTO COR 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME ABERTO - ATRIBUTO COR 2020

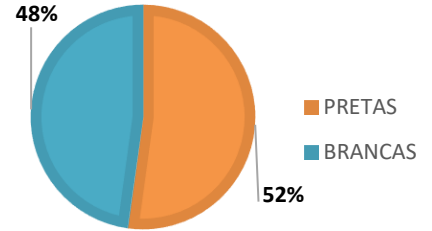
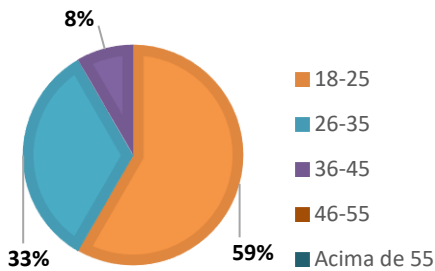
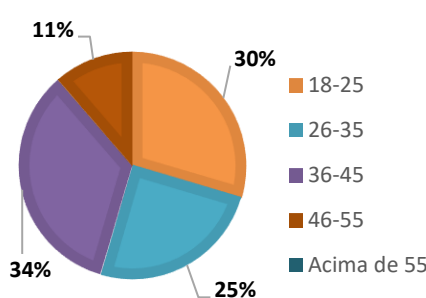


Gráfico 66 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME ABERTO - FAIXA ETÁRIA 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME ABERTO - FAIXA ETÁRIA 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME ABERTO - FAIXA ETÁRIA 2020

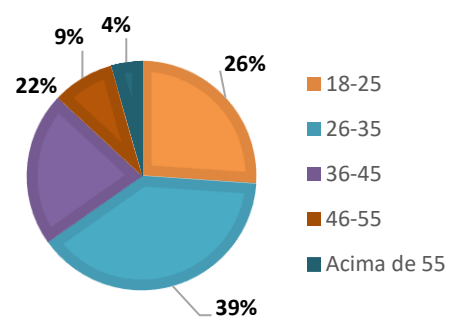


Gráfico 67 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

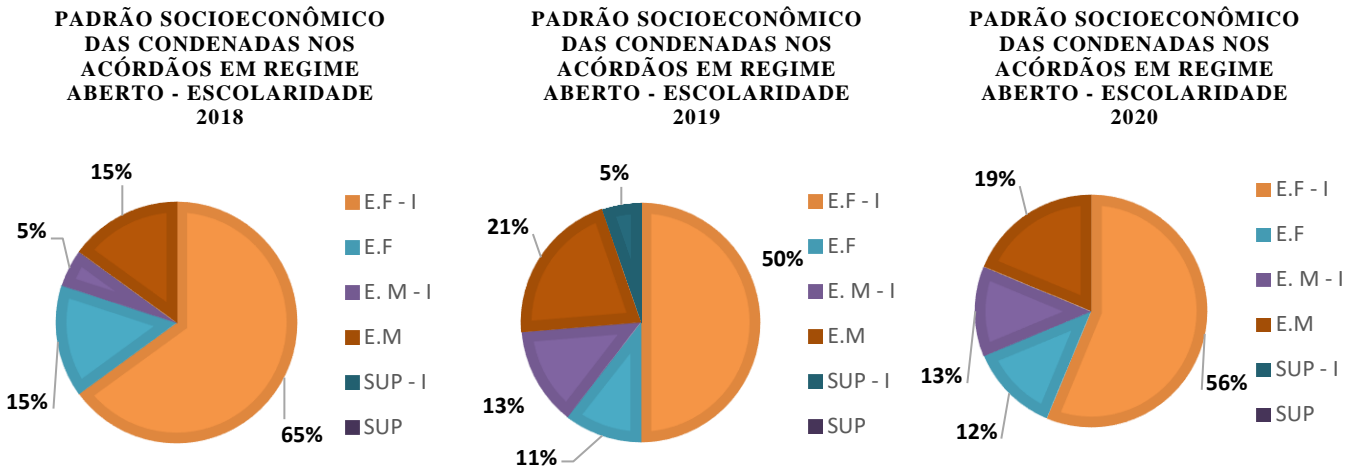


Gráfico 68 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos ao regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

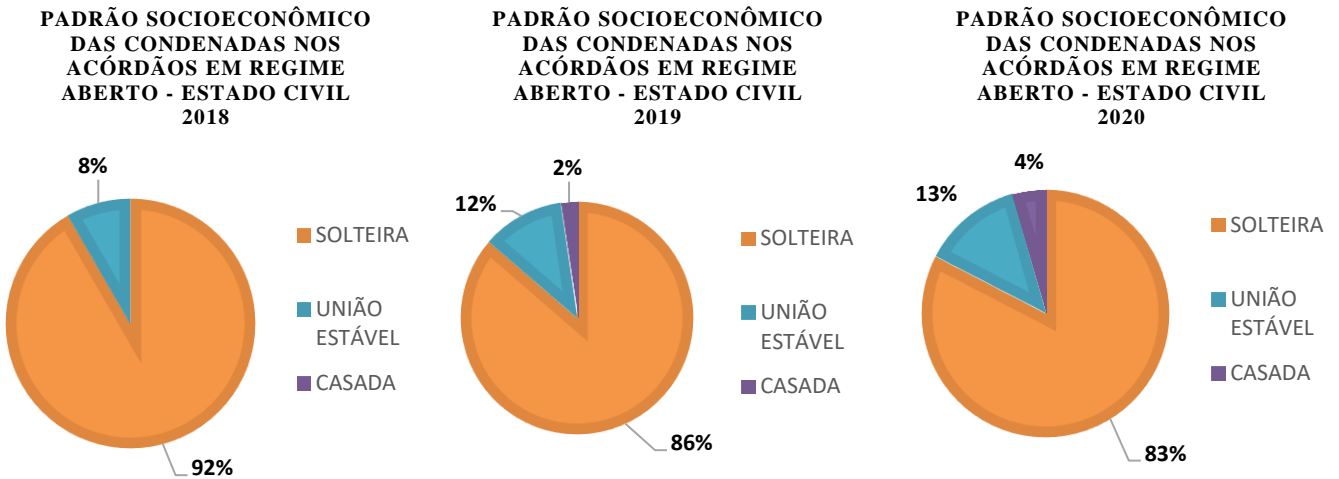


Gráfico 69 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

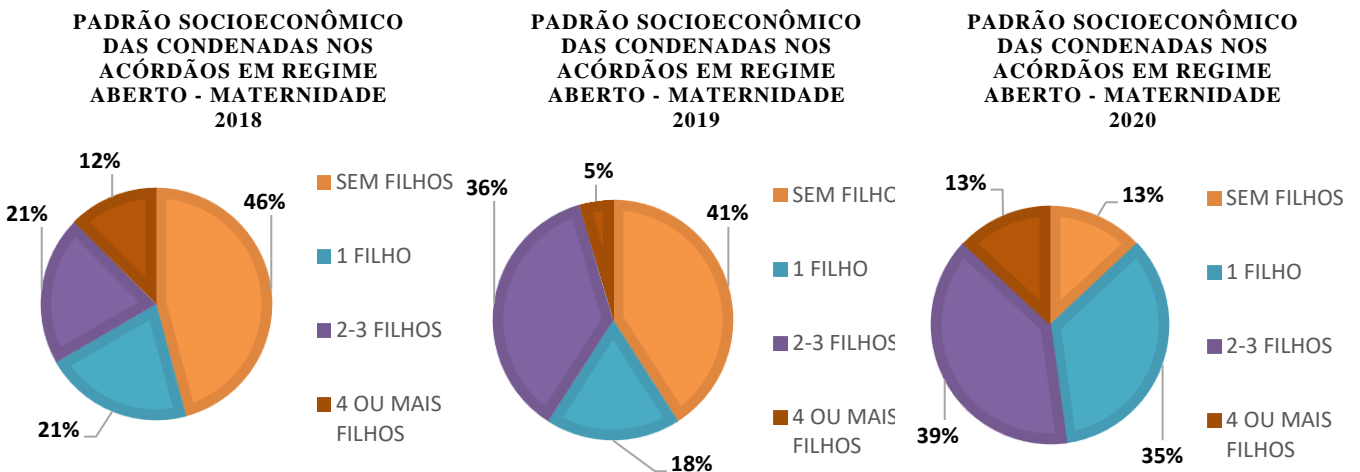


Gráfico 70 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade

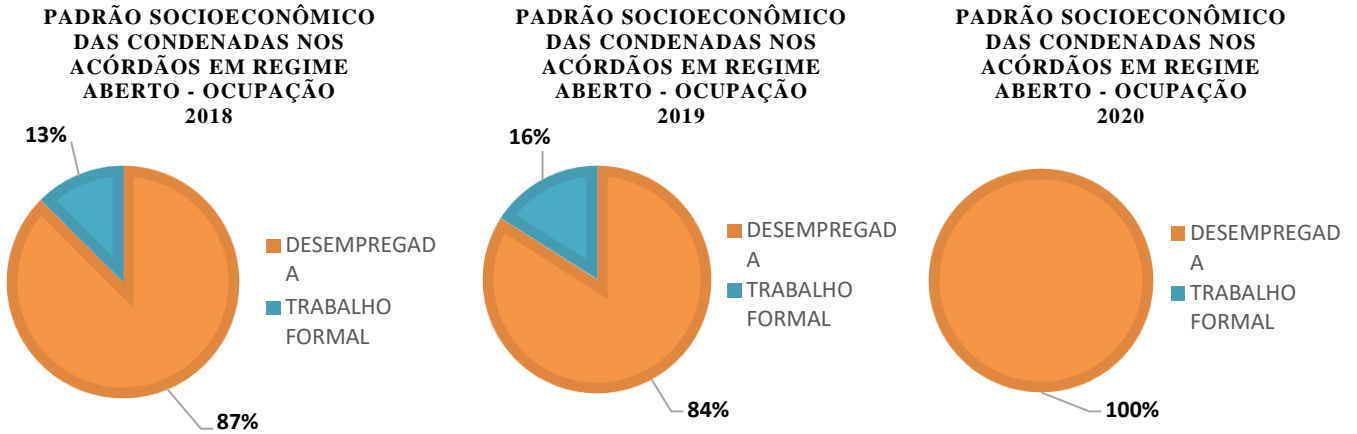


Gráfico 71 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos em regime aberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Ocupação

3.6.2 Padrão socioeconômico do regime fechado e semiaberto



Gráfico 72 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Atributo Cor

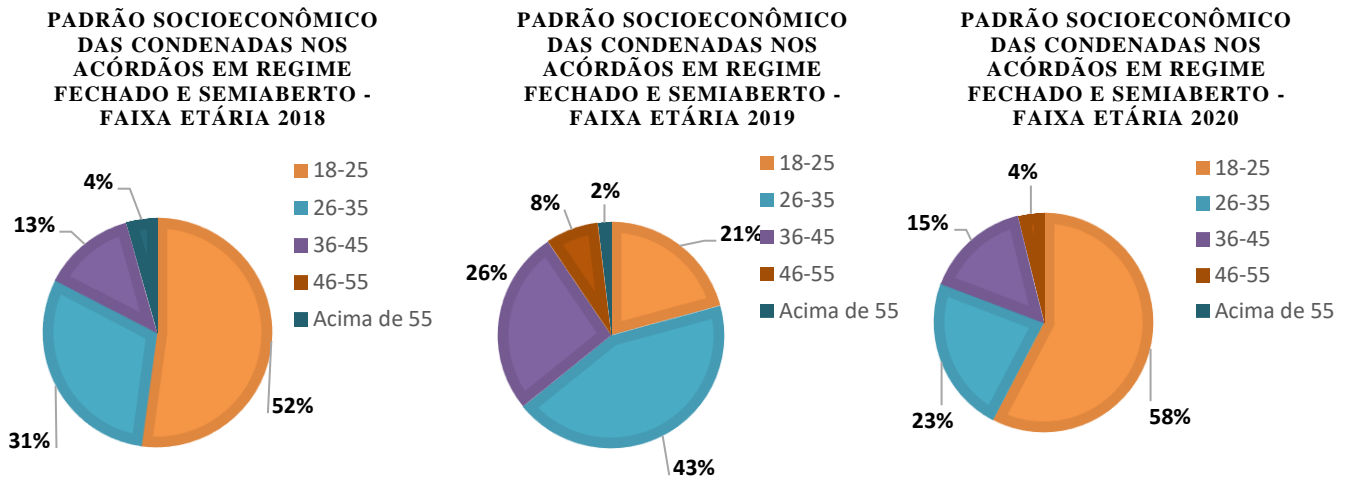
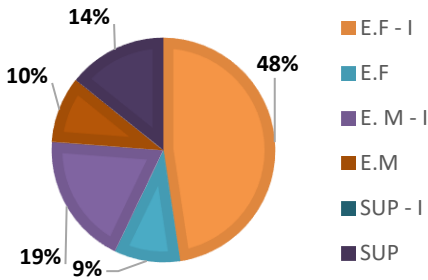
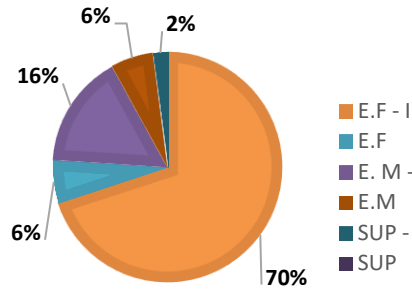


Gráfico 73 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Faixa Etária

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - ESCOLARIDADE 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - ESCOLARIDADE 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - ESCOLARIDADE 2020

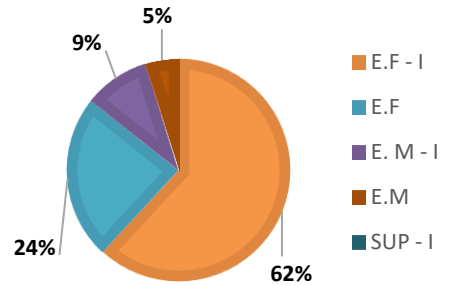
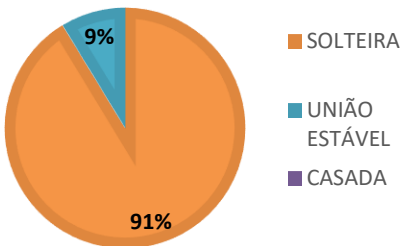
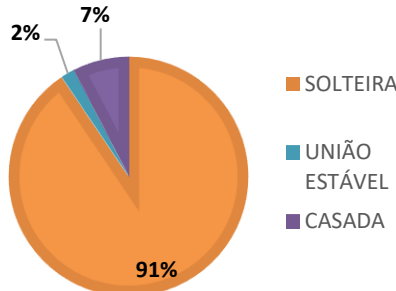


Gráfico 74- Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Escolaridade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - ESTADO CIVIL 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - ESTADO CIVIL 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - ESTADO CIVIL 2020

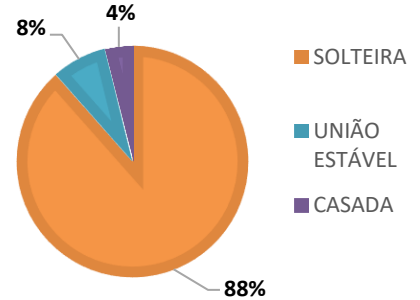
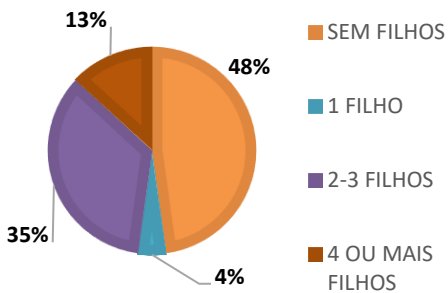
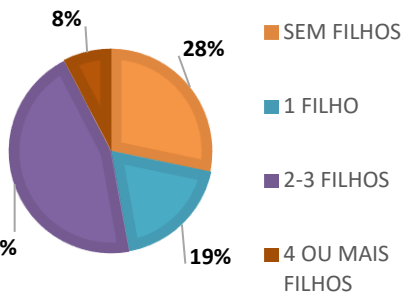


Gráfico 75 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 - Estado Civil

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - MATERNIDADE 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - MATERNIDADE 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - MATERNIDADE 2020

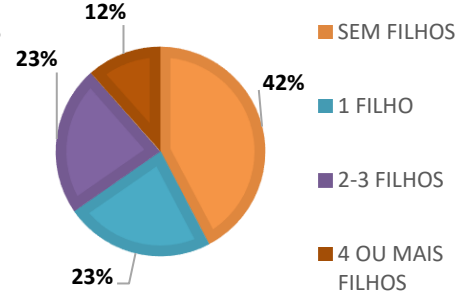
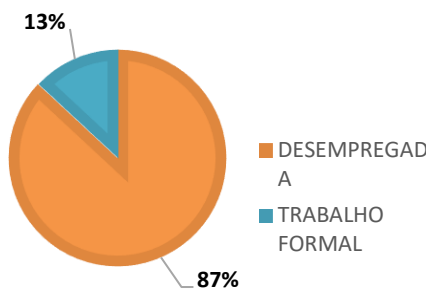
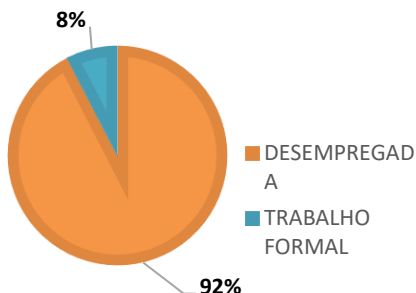


Gráfico 76 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Maternidade

PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - OCUPAÇÃO 2018



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - OCUPAÇÃO 2019



PADRÃO SOCIOECONÔMICO DAS CONDENADAS NOS ACÓRDÃOS EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO - OCUPAÇÃO 2020

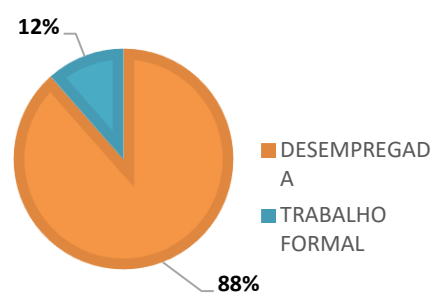
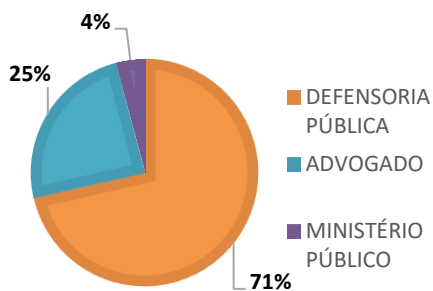


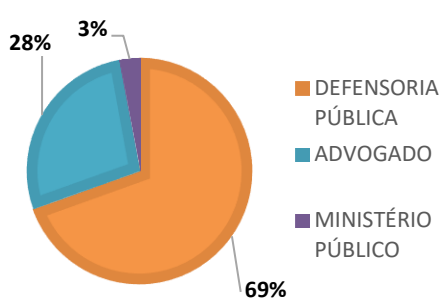
Gráfico 77 - Padrão socioeconômico das condenadas nos acórdãos aos regimes fechado e semiaberto nos anos de 2018, 2019 e 2020 – Ocupação

3.7. Recursos interpostos para o tribunal

ORIGEM DOS RECURSOS INTERPOSTOS NOS TRIBUNAIS 2018



ORIGEM DOS RECURSOS INTERPOSTOS NOS TRIBUNAIS 2019



ORIGEM DOS RECURSOS INTERPOSTOS NOS TRIBUNAIS 2020

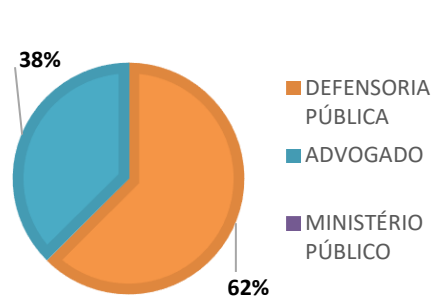


Gráfico 78 - Origem dos recursos interpostos nos tribunais nos anos de 2018, 2019 e 2020

3.8. O percentual das condenadas nas sentenças e nos acórdãos

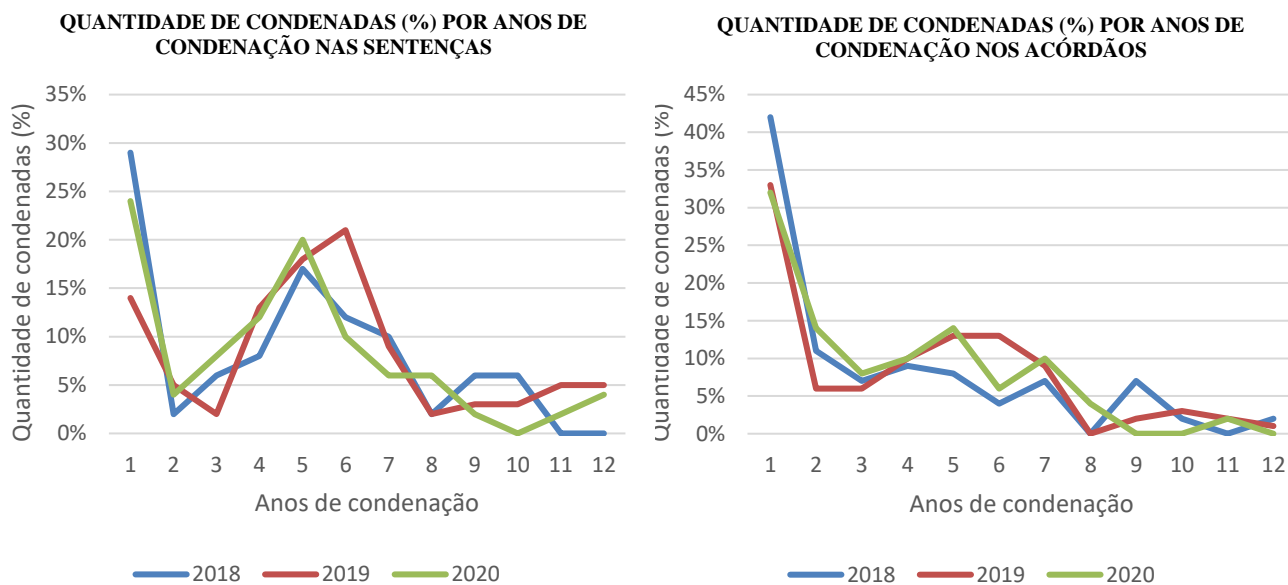


Gráfico 79 - Quantidade de condenadas por anos de condenação nas sentenças e nos acórdãos nos anos de 2018, 2019 e 2020

4 RESSIGNIFICANDO O IMPACTO DA VULNERABILIDADE

A prisão, na perspectiva das mulheres, precisa ser analisada na contemporaneidade sobre alicerces interseccionais, pois nela reside um aspecto de sexismo e racismo institucionais em concordância com a inclinação observada da polícia em ser arbitrária com o segmento negro sem o menor constrangimento, de punir os comportamentos das mulheres de camadas sociais estigmatizadas como sendo de caráter perigoso, inadequado e passível de punição (AKOTIRENE, 2019, p. 62).

Neste capítulo, apresentamos a análise das decisões judiciais (acórdãos e sentenças), em busca de entender como os magistrados fundamentaram a aplicação de pena das mulheres condenadas por tráfico de drogas durante os anos de 2018 a 2020 nas oito Câmaras Criminais do TJRJ.

Para tanto, retomamos o critério de divisão dos casos adotados em nossa pesquisa. Os dados foram obtidos junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em uma totalidade de 14.830 processos. Neste contingente, 210 processos se referem a mulheres processadas de junho de 2018 a dezembro de 2020, sendo 49 em 2018, 105 em 2019, e 56 processos em 2020.

Dada a impossibilidade de analisar pormenorizadamente todos os 210 processos, apenas para esta fase do trabalho – a análise das sentenças – estabelecemos uma amostra, obtida a partir de um critério que dividia os processos de acordo com a decisão tomada na 2ª instância, em comparação à decisão tomada na primeira, de acordo com o que apresentamos na Tabela 80, a seguir.

Grupo	Decisão da 2ª instância	Período considerado	# casos
1	absolvidas	2018 a 2020	15
2	Condenadas	Penas diminuídas	2018
3		Penas mantidas	2019
4		Penas agravadas	2018-2020

Gráfico 80 - Critérios de corte e quantidades de processos

Por serem poucos, analisamos todos os 15 processos, entre 2018 e 2020, em que a condenação de primeira instância foi revertida em absolvição. O mesmo ocorreu com as réas que tiveram suas penas agravadas – apenas 3 casos, ao longo dos 3 anos de análise. Na maior parte dos casos, as penas foram ou diminuídas ou mantidas. Assim, analisamos os 15 casos de 2018 em que as penas foram diminuídas, e completamos a análise com os 46 casos de 2019 em que as penas foram mantidas e 3 processos cujas penas foram agravadas pelo Tribunal, totalizando 79 casos analisados.

O estudo de análise será dividido entre os casos de mulheres absolvidas e condenadas, sendo estas últimas subdivididas entre mulheres com penas diminuídas, mantidas ou agravadas. A fim de facilitar a exposição da análise do conteúdo dessas decisões, definimos o percentual de cerca de 10% do total dos casos (210) como critério de amostragem (21 casos), destacando aqueles processos em que constatamos fatores mais sensíveis ou explícitos de vulnerabilidades para comentários específicos desses processos.

Por se tratar de uma pesquisa documental, envolvendo mulheres vulneráveis, que já se encontram condenadas e extremamente expostas pelo sistema penal brasileiro, os nomes das réas, bem como os números dos processos analisados serão omitidos, para preservar o anonimato, e com ele a privacidade e o sigilo absoluto delas cujos processos são objeto de uma descrição analítica. Essa postura ética está totalmente alinhada à orientação do PPFH/UERJ.

Ao longo da leitura das decisões de primeira e segunda instâncias detivemos nosso olhar sobre os seguintes elementos norteadores da análise: os estereótipos das mulheres condenadas por tráfico que tiveram a pena reduzida, confirmada e majorada; os fatores motivadores das condenações por tráfico de drogas, as condições de hipossuficiência econômica, influência de terceiros ou companheiros nas relações afetivas, ou, ainda, mulheres detidas dentro de presídio com drogas escondidas dentro da vagina, para salvar seus companheiros ameaçados por outros presos; além do fato de serem usuárias de drogas. Outra circunstância a ser investigada na pesquisa é a prisão das condenadas a partir de denúncia anônima, submetidas à violência policial que, sem investigação prévia ou autorização judicial, ingressam em suas residências, expondo-as na intimidade do lar – a casa é inviolável, segundo o artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Buscamos, assim, caracterizar a situação de vulnerabilidade das condenadas no momento da prática do delito, como também a fundamentação da dosimetria penal nas sentenças e nos acórdãos, com relação às mulheres que tiveram a pena reduzida, confirmada; e as que obtiveram a pena majorada pelo Tribunal.

4.1 A vulnerabilidade na justiça criminal

Em todo o nosso estudo, podemos averiguar que a vulnerabilidade ao percorrer o caminho da desigualdade social e da ausência de reconhecimento de direitos, ainda, atinge os grupos vulneráveis que se encontram sob o impacto do sistema de justiça criminal brasileiro, diante da seletividade penal da criminalização primária e secundária do sistema penal. Por isso, adotamos a perspectiva de vulnerabilidade da criminologia crítica, em que o sistema penal se organiza no sentido de punir seletivamente determinados grupos em razão de sua marginalização social e econômica (ZAFFARONI, 1991).

O debate em torno da vulnerabilidade social se mostra adequado à análise do julgamento aplicado ao grupo das mulheres condenadas por tráfico de drogas, por se tratar de um conjunto de pessoas excluídas e marginalizadas, ao qual, majoritariamente, foi negado o acesso à educação e ao trabalho, que deveria ter sido obrigatoriamente promovido pelo Estado (BRASIL, 1988, art. 5º).

Importante salientar que é dever do Estado propiciar condições mínimas de saúde, educação e dignidade às pessoas hipossuficientes. Dessa forma, quando o Estado não oferece oportunidades mínimas para sobrevivência de forma saudável e outros direitos aos cidadãos, ele se torna corresponsável pelo cometimento dos delitos por parte dos mais vulneráveis. Tal circunstância culminou no desenvolvimento do princípio da coculpabilidade, que se encontra implícito em vários dispositivos da nossa Constituição Federal, e possibilitou a propositura no Projeto de Lei 3.473 de 2000 (BRASIL, 2000), que visa a alterar o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), a fim de reconhecer nas circunstâncias judiciais as oportunidades sociais oferecidas ao acusado e a responsabilização do Estado diante desta omissão.

Alternativamente, o referido Projeto de Lei prevê a denominada atenuante genérica (artigo 68A), em que o magistrado ao aplicar uma pena mais branda, após a primeira fase da dosimetria da pena, poderá reduzi-la de um sexto até metade, abaixo do mínimo legal, ao constatar as circunstâncias de vulnerabilidades presentes. Nesse sentido, embora a posição dominante da jurisprudência dos Tribunais não admita a redução de pena abaixo do limite mínimo legal (BRASIL, 1999), o fato é que não existe em nosso ordenamento jurídico norma proibitiva que afaste a pena abaixo do mínimo legal, em razão da incidência de circunstância atenuante.

Tal proposta legislativa vem ao encontro da concepção dogmática apresentada por E. R. Zaffaroni e Nilo Batista (2017): a culpabilidade pela vulnerabilidade, que não se mostra como

uma forma alternativa da culpabilidade tradicional, mas como uma nova perspectiva de compreensão do instituto, visando ultrapassar a culpabilidade normativa.

Segundo os renomados autores, a culpabilidade normativa reflete uma espécie de reprovação essencialmente vinculada à culpabilidade do autor de modo a tornar o sujeito vulnerável, diante da seletividade estrutural que atinge esses indivíduos a serem alvos do sistema penal. A culpabilidade pela vulnerabilidade parte do pressuposto de que existe diferença entre os sujeitos que praticaram atos delitivos, sendo que essas diferenças acabam por aprofundar a seletividade penal em face dos indivíduos socialmente considerados como vulneráveis (ZAFFARONI; BATISTA, 2017).

O estado de vulnerabilidade do indivíduo compõe alguns fatores, que dizem respeito a pessoas não privilegiadas pelo modo de produção capitalista, as quais estão em posição subalterna em relação à estrutura do capital, como questões de gênero, sexualidade e raça. Nesse sentido, as pessoas mais vulneráveis possuem maiores chances de serem criminalizadas pelas agências judiciais, como as mulheres condenadas por tráfico de drogas, tema recorrente da nossa pesquisa. Ao contrário, daquelas que detêm menor estado de vulnerabilidade, por ter uma relação estreita com o poder de classe, e, por isso, estão distantes da seleção criminalizante propiciada pelo próprio Estado e pelas instituições.

Assim, a culpabilidade pela vulnerabilidade se fundamenta na seguinte perspectiva: o esforço pessoal de cada pessoa ao empreender na sua conduta para atingir a situação fática e concreta de vulnerabilidade. Em outras palavras: o quanto precisará se esforçar para ser capturada pelo sistema penal em sua conduta delitiva; e o quanto de contribuição pessoal levou-a para ser criminalizada pelas pretensões legitimantes do poder punitivo.

4.2 Análise dos dados

No capítulo 3, apresentamos o parâmetro de vulnerabilidade encontrado nos processos julgados nos anos de 2018-2020. São elas majoritariamente pretas, com idade abaixo de 35 anos, com grau de escolaridade no ensino fundamental incompleto, solteiras, mães de dois a três filhos e desempregadas.

Para que se tenha uma dimensão mais concreta, os dados revelam o seguinte: o percentual de mulheres pretas nos processos analisados era de 76% em 2018, 63% em 2019 e 64% em 2020; enquanto o percentual de mulheres com menos de 35 anos era de 86 % em 2018; 60% em 2019 e 77% em 2020. Quanto à escolaridade, nos três anos analisados, os dados apontam que 60 % eram de mulheres com o ensino fundamental incompleto, sendo que em

nenhum ano foram encontradas mulheres com o ensino superior completo. No que diz respeito ao estado civil, todos os três anos apontam para uma maioria esmagadora de mulheres solteiras, com índice de apenas 8% de mulheres em união estável em 2018, 6% em 2019 e 11% em 2020. Já os dados sobre a maternidade mostram tratarem-se de mães em sua maioria, com mais 50% em todos os anos. Finalmente, no que diz respeito à ocupação dessas mulheres, os dados encontrados mostram que quase a totalidade delas encontra-se desempregada: 84% delas em 2018, 81% em 2019 e 89% em 2020.

Ao analisarmos a presença desses dados do capítulo 3, nas decisões proferidas pelo Tribunal, observamos que não há menção a qualquer um deles em relação às rés na fundamentação da pena, no tocante à absolvição, redução, manutenção ou para agravamento das penas. Ou seja, todos esses pontos sensíveis e marcadamente presentes nas estatísticas são invisíveis para os julgadores. Dentro da narrativa judicial e legal, esses pontos reveladores de violência sistemática sequer existem e, enquanto problemas inexistentes tampouco podem ser enfrentados e solucionados.

4.2.1 As absolvidas

No grupo estudado – de 15 acórdãos e sentenças –, as absolvições em segunda instância, considerando os três anos, 2018-2020, representam um percentual ínfimo, de apenas 7% do total dos processos de mulheres condenadas por tráfico (210 casos).

O padrão socioeconômico dessas mulheres absolvidas, a partir dos critérios de vulnerabilidade estipulados, segue a tendência geral dos dados apontada no tópico anterior. Ou seja, a predominância de mulheres pretas, jovens, solteiras e desempregadas se mantém entre as absolvidas nos três grupos analisados.

Nesse grupo todas as absolvições estão fundamentadas na ausência de prova suficiente sobre a autoria, nos termos do artigo 386, VII do Código de Processo Penal. Essa, no entanto, é a forma jurídica dada para diferentes situações concretas, como relataremos a seguir.

A primeira dessas situações envolve casos em que a quantidade de droga apreendida foi considerada pouca e as circunstâncias da prisão não permitiu deduzir tratar-se de traficância. O raciocínio operado pelos julgadores nesse ponto é técnico-jurídico e leva em conta a regra segundo a qual uma pessoa só pode ser condenada pela atribuição de responsabilidade que lhe foi feita na denúncia, ou seja, no início do processo. Nesses casos, quando no início do processo é feita uma acusação de mercantilização de droga e ao término do processo é constatada a situação de uso, o julgador considera não ser possível aplicar a condenação por tráfico e declara

a absolvição da pessoa acusada. Assim, decide-se que a ré seria usuária e que a imputação correta inicial deveria ser de uso, sendo impossível, naquele momento, mudar a denúncia para o consumo pessoal de drogas do artigo 28 da Lei de Drogas.

Cabe esclarecer que a atual Lei de Drogas criminaliza o consumo (art. 28) e o comércio de drogas (art. 33), diferenciando as condutas a partir da finalidade com a qual o agente tem a posse da substância entorpecente. Assim, pela lei, aquele que guarda, em depósito, transporta ou traz consigo drogas “para consumo pessoal” responde pelo crime de uso de drogas, enquanto aquele que pratica as mesmas condutas “para entregar a consumo ou fornecer” responde pelo crime de tráfico. Para o uso a lei adotou uma política de não encarceramento, punindo a conduta com penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas, enquanto para o crime de tráfico a pena é de reclusão, podendo variar entre 5 a 15 anos, além do pagamento de multa.⁸⁴

Para estabelecer essa diferenciação na destinação da droga, diz o texto da Lei:

Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006a, artigo 28, par. 2º)

É interessante observar que a legislação de drogas não estabelece um critério objetivo de quantidade para diferenciação entre traficante e usuário, nem determina uma quantidade formadora de presunção relativa, para o porte de cada espécie de drogas. Outros países assim o fizeram, variando numa escala de 20g de maconha até 200g da mesma droga.

No Brasil, como se vê, esse fator de diferenciação acaba ficando sob critério de discricionariedade dos operadores do direito – polícia, ministério público e magistratura, cabendo a eles analisar cada caso concreto e decidir se a droga apreendida seria para tráfico ou uso pessoal. (GOMES, 2013, p. 147).

A partir da publicação de uma fonte objetiva e científica, “Nota técnica – Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil”, (INSTITUTO IGARAPÉ, 2015), o tema ganhou espaço para avançar o debate sobre a determinação de critérios objetivos e técnicos para diferenciação legalmente de usuários e

⁸⁴ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. 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. (BRASIL, 2006a).

traficantes de drogas ilícitas. Essa nota é fruto de uma ação coordenada pelo Instituto Igarapé da qual participam e apoiam especialistas que atuam em diversas áreas.

Segundo o levantamento realizado pelo Instituto Igarapé, é possível estabelecer parâmetros objetivos para que os agentes públicos valorem o critério legal da quantidade de drogas, de acordo com sua natureza nos casos concretos. Cabe esclarecer que esse documento foi elaborado a partir da necessidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015) para delimitação de uma linha divisória de distinção entre o usuário e o traficante.

Diante de diferentes estudos nacionais e internacionais nas áreas médica, jurídica e político-criminal, e com base na experiência concreta de outros países (como México e Portugal), o documento sugere, para a realidade brasileira⁸⁵, os parâmetros de presunção relativa para a identificação de usuários: no máximo entre 40 e 100 gramas quando se tratar de maconha e do mesmo modo entre 12 e 15 gramas quando a apreensão tratar de cocaína.

Durante a análise dos casos concretos, verificamos que apenas um dos desembargadores baseou seu julgamento nesta Nota Técnica. Ainda assim, esse fundamento deve servir de parâmetro para que possamos analisar os casos que tiveram a pena reduzida, mantida ou agravada, e os que não foram objeto de análise nos outros acórdãos.

Utilizando esse referencial para análise dos casos de mulheres absolvidas, observamos que 8 delas se encontravam dentro dos parâmetros definidos de presunção relativa – entre 40 e 100 gramas de maconha ou entre 12 e 15 gramas de cocaína –, enquanto as outras 7 foram apreendidas com quantidades superiores. Desses 7 casos que ultrapassaram as balizas de identificação de usuários, 3 deles apresentavam quantidade expressiva (750g de maconha, 259g de cocaína, 1.318g de cocaína).

Isso nos remete à seguinte constatação: 13 réis foram presas, acusadas e processadas por tráfico quando, desde o momento da prisão, não havia elementos suficientes para a configuração do crime de que foram acusadas, ou seja, uma quantidade razoável apreendida para caracterização do tráfico de drogas.

É interessante observar como essas quantidades são interpretadas e trabalhadas pelo Poder Judiciário.

No caso de C.S., por exemplo, a ré teria sido abordada em um ponto de ônibus, juntamente com seu companheiro, por policiais militares que teriam encontrado em sua posse a quantidade de 1,18g de cocaína. Os policiais a conduziram para a Delegacia de Polícia, onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante pelo crime de tráfico. Consta na sentença de seu

⁸⁵ Observando o superencarceramento, a seletividade e outros problemas da nossa justiça criminal abordadas no artigo.

processo que a acusada teria confessado a autoria do crime de tráfico, bem como que *uma semana antes dos fatos narrados, foi presa em flagrante* pela prática dos mesmos crimes.

Na sentença, o juiz a condenou à pena de cinco anos de reclusão e multa em regime semiaberto, determinado que o início do cumprimento da pena fosse imediato e que o processo fosse encaminhado para o juízo de execuções penais. No seu entendimento:

A quantidade de material entorpecente apreendida, bem como sua forma de enrolação, aliada às reiteradas denúncias acerca do envolvimento da denunciada no tráfico de entorpecentes nesta cidade (...) denotam, indubitavelmente, a existência de comércio ilegal de drogas por parte da denunciada.

O acórdão reformou essa decisão, absolvendo C.S. por entender que a quantidade apreendida em seu poder se destinava para o uso próprio. Destaca-se que o desembargador relator de seu caso reconheceu explicitamente que a admissão de C.S. de posse das drogas para uso próprio parecia *ser razoável, ante a quantidade apreendida*. A diferença de tratamentos dados para esse mesmo caso, em primeira e segunda instância, ilustra bem a discricionariedade que a Lei de Drogas fornece aos operadores do direito na definição do que é suficiente para o reconhecimento dos crimes de tráfico ou de uso de drogas.

Inclusive, observamos um caso de absolvição com apreensão de drogas em quantidade acima dos parâmetros indicados pelo Instituto Igarapé, no qual, mesmo assim, o juízo de segunda instância considerou a prova insuficiente para a presunção de mercancia ilícita da droga. Trata-se do caso de M.O., que, mesmo presa com 34,4 gramas de cocaína, foi absolvida em segunda instância sob o fundamento de que:

Cabia ao Ministério Público a prova de que efetivamente os 34,4 gramas de substância entorpecente cloridrato de cocaína (...) se destinavam a mercancia, ônus do qual, no caso destes autos, não se desincumbiu, sem que se olvide que a presunção de inocência vem em favor da ré.

A segunda situação preponderante para a absolvição no tráfico é a ausência de anotações e antecedentes na Folha de Antecedentes Criminais⁸⁶. Dos 15 casos de absolvição analisados, 12 tratavam de mulheres sem nenhuma condenação penal anterior. Ser primária pesa fundamentalmente para o reconhecimento da inocência das rés.

⁸⁶ Folha de Antecedentes Criminais (FAC) é o documento emitido pelos institutos estaduais de identificação e pelos órgãos de segurança e onde constam investigações ou ações criminais envolvendo determinada pessoa.

A terceira situação que restou decidida pela absolvição, na análise dos três anos, foram os casos de ilicitude das provas obtidas pelos policiais, a partir de denúncia anônima e com invasão de domicílio. Nessas hipóteses, mesmo tendo havido apreensão de quantidade razoável de drogas, as decisões proferidas nos acórdãos estão fundamentadas na ausência de prova de autoria das condenadas em primeira instância, utilizando o brocardo latim *in dubio pro reo* – a dúvida favorece o réu – e o artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

A esse respeito, é expressivo o caso de C.J., presa e condenada por ter em depósito altíssima quantidade de drogas (1.318g de cocaína) acondicionada em 3.215 embalagens plásticas. Na sentença condenatória de C.J., o juiz registrou que *policiais militares receberam uma denúncia anônima informando que, em uma casa (...), C.J., já conhecida pela guarnição por ser responsável pela distribuição de entorpecentes, armazenava farta quantidade de drogas*. A condenação foi justificada pelo fato de os policiais terem encontrado o portão da casa aberto, o que permitiria o ingresso na residência da ré, sem mandado judicial de busca e apreensão. Entretanto, a segunda instância reformou a decisão, reconhecendo a ilicitude da prova, por ofender o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, proferindo absolvição. Nas palavras do Desembargador:

Se a polícia contava com a informação da existência de um depósito de droga, por força do ordenamento constitucional vigente, e em razão da própria sistemática processual, caberia ao agente policial busca da Justiça – que em nosso Estado funciona efetivamente 24 horas por dia, com amplo acesso - a competente permissão judicial para a diligência. Conscientemente optou pela diligência exploratória, sem a necessária ciência prévia da efetiva ocorrência de crime permanente, contaminando assim toda a sua atuação posterior. Não é só. Fala ainda a denúncia que os policiais visualizaram a acusada no interior da casa, e nela ingressaram com a alegação de que o portão estaria aberto. Assim, mais uma vez confessadamente, excluem o prévio consentimento do morador para ingresso na inviolável residência.

Relacionamos um ponto possivelmente pertinente com a posição de vulnerabilidade das mulheres selecionadas pelo sistema penal, a partir do contato com a polícia. Embora a localização geográfica dessas mulheres não tenha sido um dos parâmetros de vulnerabilidade utilizados na pesquisa, é ampla a literatura que demonstra a correlação entre pobreza, baixa instrução e periferização, e igualmente ampla é a lista de relatos de abusos policiais nesses espaços.

E, de fato, em todos os 5 casos em que houve reconhecimento de ilicitude da prova por violação de domicílio, todas elas envolviam mulheres que nem concluíram o ensino fundamental, sem um padrão de vida minimamente digno. Destaca-se que a simples hipótese

de a polícia adentrar na residência sem mandado já demonstra a situação de vulnerabilidade que se encontravam as réis. Dessa forma, podemos dizer que existe uma ligação entre os parâmetros de vulnerabilização trabalhados e os atritos com a atuação policial retratados nos acórdãos. De todo modo, as decisões não enfrentam essa problemática.

Além disso, também é possível constatar que os elementos que caracterizam a vulnerabilidade social, no que diz respeito à construção do padrão socioeconômico das réis, não se encontram presentes na argumentação das decisões, mesmo quando se tratam de absolvições.

Portanto, embora todos os casos analisados permitam entrever situações delicadas comuns às mulheres pobres, periféricas e pretas; os acórdãos tratam esses casos e decidem sobre as vidas das mulheres condenadas sem enxergar tais aspectos, mesmo havendo parâmetros de vulnerabilidade que podem ser apreciados pelo julgador.

4.1.2 Penas diminuídas

Em 84 dos 210 processos da pesquisa, a decisão de segunda instância determinou a redução da pena. Em razão desse grande número de casos, para o estudo das penas atenuadas utilizamos como recorte a avaliação dos 15 casos ocorridos em 2018. Também nesse conjunto confirma-se a tendência geral, com a predominância de mulheres pretas, jovens, de baixa escolaridade, solteiras e desempregadas. Dos 15 processos analisados, 5 tiveram a pena diminuída, entretanto, sem que houvesse sido aplicado o tráfico privilegiado, nos termos do artigo 33 da Lei de Drogas:

§4º - Nos delitos definidos no caput e no § 4 deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 2006a)

Isso significa que em 10 processos as penas privativas de liberdade foram substituídas por penas restritivas de direitos ⁸⁷.

⁸⁷ Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (VETADO); IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (BRASIL, 1940).

Na avaliação dos acórdãos, a análise dos antecedentes penais e o fato de a ré ser primária – ou seja, sem anotações em suas (FAC) e condenação transitada em julgado – é uma condição para que a redução seja aplicada, de modo a incidir o tráfico privilegiado.

Por outro lado, a fundamentação das decisões é sempre acompanhada de situações de extrema fragilidade dessas mulheres, que acabam sendo capturadas para o sistema penal. São casos recorrentes em que as réas carregam as drogas escondidas nos seus corpos ou dentro de suas vaginas para o interior dos presídios, como as chamadas “mulas”⁸⁸, quando se expõem a perigo na sua saúde física. Na pesquisa levantada identificamos 4 casos do tipo. Entretanto, assim como nos casos das mulheres absolvidas, não houve, nas decisões pesquisadas, qualquer alusão aos parâmetros de vulnerabilidade dessas mulheres.

Observamos ainda que ao menos 3 casos poderiam ter tido o mesmo desdobramento das decisões absolutórias. Isso porque as situações demarcadas nas decisões se repetem, tais como: a pouca quantidade de drogas e absolvição delas no crime de associação para o tráfico de drogas (BRASIL, 2006a, art. 35), cujo aumento inviabilizaria a aplicação do privilégio previsto no parágrafo 4º do artigo 33 (BRASIL, 2006a).

Selecionamos o processo de A.J.M., condenada a 5 anos de reclusão e multa no regime fechado na primeira instância, por ter sido apreendida com ela a quantidade de 1,5g de cocaína e 6g de maconha. Consta na sentença e no acórdão que ela foi presa a partir de denúncia anônima de um *transeunte*, que forneceu as características físicas de uma mulher em uma situação suspeita de atividade ilícita nas imediações de um bar. Os policiais teriam, então, identificado a ré como sendo essa mulher e, quando a abordaram, teriam encontrado *um tubo contendo pó branco*. Nessa ocasião, A.J.M. alegou que a droga se destinava *para seu uso próprio, por ser viciada*.

Correlacionando com o caso de absolvição de C.S., podemos observar a semelhança de circunstâncias relativa à quantidade de drogas apreendida e da prisão em flagrante. Ambas foram presas em locais de trânsito de pessoas (um ponto de ônibus e um bar) com uma pequeníssima quantidade de entorpecentes e eram primárias, apesar de terem anotações em suas folhas de antecedentes penais. Diferentemente da solução dada ao caso de C.S., no entanto, o julgador de A.J.M. registrou na decisão condenatória que *as circunstâncias dos autos não permitem concluir que a ré estivesse naquele estabelecimento portando drogas tão somente para consumo próprio*.

⁸⁸ O termo “mula” se refere a indivíduo que, conscientemente ou não, transporta droga em seu corpo, que pode ser para outros países. Em casos mais extremos, em orifícios, ou mesmo por meio da ingestão da droga, encapsulada ou em forma de pacotes, embrulhada com plásticos.

Ao tratar dos fatos, o juiz de primeira instância acolheu a prova produzida pela acusação, qual seja: os depoimentos dos policiais, que alegaram ter a ré afirmado, no momento da prisão, estar traficando em virtude de se encontrar desempregada. Em suas palavras: *os autos demonstram que a acusada estava comercializando sistematicamente as substâncias entorpecentes por estar em situação financeira difícil, conforme narrado pelos policiais.*

A situação de desemprego da acusada é, portanto, visível para o juízo, que a reconhece como *situação financeira difícil*, mas todos os aspectos estigmatizantes em torno da questão – a pobreza, a suscetibilidade a abusos e violências estatais – se mostram invisíveis, e estar desempregada se torna parte da reprovação pelo Estado. Na passagem dos fatos para o direito, as poucas informações sensíveis sobre a vida das presas são apagadas.

A invisibilidade desses fatores de vulnerabilidade é ainda maior nos trechos dedicados ao direito. No trecho dedicado a mensurar a culpabilidade de A.J.M. na sentença que a condenou, lê-se apenas que *a culpabilidade da acusada, aferível no caso concreto, não destoa da usualmente verificada em delitos da mesma natureza, que os motivos do crime não o justificam, as circunstâncias e consequências do delito são as próprias da espécie*; e, por fim, que não seria possível *avaliar sua personalidade e conduta com os elementos disponíveis nos autos.*

A afirmação de que a culpabilidade da acusada não destoa da usual tem como ponto de partida a premissa de existência de um ser humano médio, ideal, que, diante de um universo de condutas lícitas e ilícitas, escolhe de modo puramente racional sua forma de agir. A remissão implícita à figura desse homem, que sequer existe, leva o juiz a ignorar a situação concreta de vulnerabilidade imposta à A.J.M, uma mulher que, de acordo com os dados do processo, teve pouco acesso à educação formal e precisava cuidar de três filhos sem ajuda de um companheiro e estando desempregada. Assim, a situação social concreta da acusada indicia um universo reduzido de opções de comportamento, que facilitam a sua “contribuição pessoal às pretensões legitimantes do poder punitivo” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 168), facilitando a sua criminalização e, consequentemente, o incremento de sua vulnerabilidade.

O estado de vulnerabilidade é composto pelos parâmetros alusivos à classe social do sujeito, sua posição nas relações sociais de produção, como escolaridade, profissão, residência, além da sua posição numa categoria social, conforme a etnia, religião e opção sexual, de forma que esses dados referenciais possam servir de aplicação a um estereótipo criminal. Em princípio, o estado de vulnerabilidade não criminaliza ninguém, pois este estado permanece latente enquanto não se manifesta o ilícito penal. Entretanto, partindo dessa premissa, o que precisamos constatar é a situação de vulnerabilidade, o esforço pessoal de cada um envolvido

para alcançar a concreta situação dos fatos enquanto consequência da violência do poder punitivo (ZAFFARONI; BATISTA, 2017).

O esforço pessoal de A.J.M. para se colocar nesse estado de maior exposição ao poder punitivo é, portanto, baixíssimo, mas, em contrapartida, sua punibilidade é definida pelo juízo como *normal*. Considerando que boa parte dos fatores que expõe A.J.M. a essa situação concreta de vulnerabilidade são assumidas pela Constituição como responsabilidades estatais, defendemos que casos semelhantes a esse sejam tratados à luz da teoria da coculpabilidade, como sugere o Projeto de Lei nº 3.473 (BRASIL, 2000), em que a responsabilidade do Estado também é aferida no momento da fixação de pena.

Caberia, portanto, ao juiz avaliar a responsabilidade estatal de prover assistência material a essa mãe e a seus filhos, garantindo-lhes acesso à educação, moradia, saúde, alimentação, trabalho, lazer e a outros tantos direitos sociais. A partir disso, o juiz deveria também avaliar em que grau a privação de tais direitos influenciou na autodeterminação da acusada, ponderando entre a redução da pena ou até mesmo a exculpação, por ser menos exigível que evitasse praticar a conduta incriminada; além do menor esforço dela para o cometimento do crime.

Outro caso interessante digno para a análise é o de A.S.R. e T.S.R., condenadas na primeira instância pelos delitos dos artigos 33 e 35 da lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006a), em concurso material, a 08 anos de reclusão, em regime fechado por trazerem consigo 37,10 gramas de cocaína. Em segunda instância, o acórdão absolveu as apelantes do delito de associação, mas manteve a condenação pelo tráfico de drogas, aplicando a redução do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas (BRASIL, 2006a), no total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão em regime aberto e multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Segundo a palavra dos milicianos, no dia dos fatos receberam uma denúncia anônima de que elas estariam traficando em determinado local. Ficaram observando a suposta venda de drogas e concluíram que T.S.R ficava com o dinheiro e a droga, com A.S.R. As rés negaram a atividade mercantil do tráfico.

Em juízo, declararam que são primas, e foram comprar drogas para as duas consumirem e aguentarem fazer programas de prostituição, mas os traficantes fugiram quando os policiais chegaram. Observamos o impacto das múltiplas vulnerabilizações a que estão sujeitas essas mulheres, pois T.S.R. admite que cobrava de *100 a 200 reais por cada programa* e que precisa da droga *para suportar* se prostituir. A quantia encontrada de oitocentos reais, segundo elas, seria resultado de quatro programas.

O juiz na sentença, ao analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), se depara com mais de uma situação de vulnerabilidade e as ignora, uma vez que as acusadas encontravam-se expostas à criminalização desde a adolescência e assumem depender dos entorpecentes para aguentar o trabalho arriscado e, não raro, violento que é a prostituição. Ao contrário, ao passar para a análise jurídica dessas situações, o magistrado afirma na sentença que *as circunstâncias judiciais são desfavoráveis às rés*, argumentando serem *desajustadas socialmente, além de possuírem personalidades distorcidas e voltadas para a prática de crimes*, principalmente pelo fato de terem respondido procedimentos infracionais por delitos análogos ao tráfico.

Embora *desajuste social e distorção da personalidade* não sejam conceitos jurídicos, com base neles o juízo fixou a pena base acima do mínimo legal, por considerar *justa e necessária para a reprovação e prevenção do crime*.

O juiz, ao fixar a pena dessas mulheres, não examina as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Tais circunstâncias têm como pressuposto principal a culpabilidade do agente. Dentre outras circunstâncias constam também os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Na sentença o juízo sobre a *personalidade distorcida* da ré é pessoal do juiz, que estabelece implicitamente a presença de uma personalidade normativa, ideal, cujos parâmetros para identificação se encontram fora dos códigos legais. Esse exame parte necessariamente de perspectivas pré-estabelecidas e íntimas do julgador, que são convertidas em um critério subjetivo ou preconcebido em desfavor das rés. Afinal, o que seria uma personalidade distorcida e voltada para o crime? A expressão contém juízos morais acerca da conduta de ambas, bem como uma profecia ideologizada de suas reputações sociais. No fundo, pune-se as acusadas por quem o juiz considera que elas são, e não pelo que elas fizeram.

O ingresso no âmbito de autodeterminação moral dos indivíduos, no entanto, não seria parte da função judicial no julgamento de casos criminais, uma vez que nosso ordenamento busca dar tratamento a pessoas culpáveis, e não reprováveis. Assim, o juízo condenatório deveria se abster de valorações éticas e respeitar a autonomia moral dessas mulheres, assegurada em diversos dispositivos constitucionais “protetivos da pessoa, em atenção à sua dignidade e cidadania” (BRASIL, 1988, art. 1º, inc. II e III), diante da liberdade de crença e consciência e “da proibição de toda privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre manifestação de pensamento e expressão da atividade intelectual, artística

científica e de comunicação, e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada” (BATISTA; NASCIMENTO, 2015, p. 173-174).

Mais uma vez caberia ao juiz avaliar a participação estatal no estado de exposição ao poder punitivo em que se encontravam essas mulheres. Não apenas em razão do desemprego e da exposição aos riscos da prostituição, mas também por se tratarem de mulheres pretas, com idade entre 18 e 25 anos e apenas com o ensino fundamental incompleto. Mesmo a existência de antecedentes nas fichas criminais - infrações do Estatuto da Criança e do Adolescente - de ambas merecia um tratamento diferente do dado pelo júzo, uma vez que o fato de terem sido selecionadas pelo poder punitivo desde a adolescência aumenta ainda mais suas situações concretas de vulnerabilidade.

Para além da questão relativa à culpabilidade dessas acusadas, é necessário observar que o caso tratava também de apreensão de pouca quantidade de drogas, de modo semelhante aos casos de C.S e A.J.M., de acordo com os critérios estipulados pelo Instituto Igarapé (2015): não passam de 100 gramas de maconha ou de 15 gramas de cocaína. Entre as absorvidas, havia outros 12 casos que ultrapassaram tais limites, sendo que 6 deles envolviam quantidades expressivas de drogas, indo de 800g a 6.000g de maconha e de 100g a 1.000g de cocaína.

Essa constatação permite concluir que a falta de antecedentes e condenações anteriores não são parâmetros objetivos e claros para distinguir os casos de aplicação da absolvição e da forma privilegiada. Isso, por si só, demonstra a dificuldade de distinguir usuários de traficantes.

Além de não instituir um parâmetro objetivo para essa distinção, a Lei de Drogas (BRASIL, 2006a) ainda aumentou a severidade da punição para os crimes de tráfico, estabelecendo penas de no mínimo 5 anos de reclusão. Tal circunstância tem levado à prisão muitos inocentes, muitas vezes cumprindo uma pena antecipada, quando poderia ter sido reconhecida a situação de usuário. E se verifica também nos índices de encarceramento feminino, que se mostram em ampla expansão.

Na pesquisa, chama atenção a semelhança das versões dos fatos apresentadas pelos policiais na prisão em flagrante das ré: todas com denúncia anônima como fonte originária para servir de instrumento probatório e incriminar as acusadas. Outra versão é a alegação do franqueamento da residência de forma espontânea. Observamos que em 3 casos o Tribunal admitiu as provas obtidas ilegalmente na prisão em flagrante com a invasão do seu domicílio pelos policiais, sem autorização judicial.

Dentre eles, destacamos o caso de F.A.B. Segundo os policiais militares, a partir de uma denúncia anônima, abordaram a ré juntamente com seu companheiro, que estava caminhando na rua. Ambos foram revistados pelos policiais sem que fossem encontrados entorpecentes ou

materiais suspeitos com eles. Ainda segundo os policiais, o companheiro da ré conduziu os policiais até a casa em que moravam, onde foram encontrados 30g de maconha e sessenta reais. No julgamento o companheiro da ré admitiu a propriedade da droga e ela afirmou que não presenciou a apreensão.

Apesar disso, o juízo considerou-a culpada da prática dos crimes de tráfico e associação, condenando-a às penas de 10 anos e 10 meses de reclusão e multa, mesmo ostentando primariedade e bons antecedentes. Ao analisar sua culpabilidade, registrou apenas: *Art. 59 do Código Penal: culpabilidade normal à espécie; bons antecedentes; motivos e consequências normais ao tipo penal*. Entretanto, a estrutura tópica adotada pelo juízo é expressiva da postura compartilhada entre os julgadores, pois a maioria passa pelos elementos descritos no artigo 59 (BRASIL, 1940) como por um *checklist* de expressões vazias, de modo tão superficial quanto desvalorado.

Neste caso, as circunstâncias de vulnerabilidades estão expostas no processo: preta, baixa escolaridade, menos de 35 anos, solteira, com filhos e pouca quantidade de maconha, além de ter negado a autoria do delito que foi assumido pelo seu companheiro. Além de tais circunstâncias, o que mais chama a atenção nos autos é o efeito da vulnerabilidade na seleção criminalizante, pois os policiais, mesmo sem ter encontrado nada com a acusada no momento da abordagem, procederam à residência que ela alegou ser de seu namorado. O juízo por sua vez, mesmo diante da pouca quantidade de drogas e da confissão de seu companheiro de que as drogas pertenciam a ele e não a ela, ainda assim a condenou pela prática de tráfico e associação. Trata-se, evidentemente, de mais uma condenação baseada em julgamento sobre a pessoa e não sobre o fato, o que se extrai principalmente do trecho em que o juiz analisa as fotos encontradas no celular da ré para concluir por sua autoria na condenação.

De acordo com o que o juiz fez constar na sentença, havia no celular da ré *diversas imagens da acusada em diferentes poses, fotos de seus pertences*, tais como botas e roupas, e *imagens de pessoas ostentando drogas e cigarros feitos com material entorpecente*. Nesse trecho o juízo revela a parcialidade de seu olhar punitivista, deduzindo a criminalidade de meras imagens da vida social da acusada. Cabe lembrar, nesse ponto, que a condenação por crimes de tráfico depende de materialidade, da droga fisicamente apreendida e quimicamente analisada a fim de aferir seu potencial entorpecente. Não haveria modo, portanto, de se saber se as imagens encontradas no celular de F.A.B. eram de materiais entorpecentes de fato. Se na imagem havia jovens com cigarros, estes poderiam ser de tabaco ou mesmo meros símbolos de uma sociabilidade diferente da que o juiz considerava adequada.

Vê-se que há casos em que a vulnerabilidade é tamanha que sequer é necessário que se faça algum esforço para ser criminalizada. Fosse por ausência de provas ou por excesso de vulnerabilidade, o caso de F.A.B. certamente era de absolvição, por ausência de provas de autoria, conforme dispõe o artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Em segunda instância, os desembargadores aplicaram a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação " (RIO DE JANEIRO, 2003). Porém reconheceram que o caso não tinha provas seguras de que os acusados estavam associados a outros indivíduos para a prática dos crimes de tráfico, nem de que se dedicavam a essa atividade, afirmando ainda que era pouca a quantidade apreendida. Mesmo assim mantiveram a condenação por tráfico sobre F.A.B, aplicando-lhe a forma privilegiada, com pena final de apenas 1 ano e 11 meses de reclusão em regime aberto e multa de 244 dias, substituída por duas penas restritivas de direito.

Nesse caso, o fundamento da análise feita dos acórdãos aponta que a redução se operou pela ausência de antecedentes, da sua primariedade e por ter sido apreendida pouca quantidade da droga com a ré. Entretanto, não leva em consideração a garantia constitucional da inviolabilidade da privacidade e do domicílio, que consagrou a casa como asilo inviolável do indivíduo, de modo que ninguém nela pode penetrar sem o consentimento do morador, nem mesmo o Estado, a não ser em casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, que atualmente é compreendido no período entre 6h e 18h, exigindo-se, neste último caso, determinação judicial (BRASIL, 1988, artigo 5º, inc. XI).

É importante salientar que o caso de F.A.B segue as circunstâncias de vulnerabilidades observadas na pesquisa. Trata-se de mulher preta, menor de 35 anos, desempregada e com nível de instrução baixo (ensino fundamental incompleto), o que aumenta as chances de configuração da violência e do ingresso em sua residência de modo forçado pelos policiais.

Depreende-se que, apesar do domicílio ser, em regra, inviolável, o que temos visto ser concretizada, principalmente diante do caráter punitivo que reina em nosso sistema de justiça criminal, é a violação cada vez mais intensa da casa das mulheres mais vulneráveis, tudo devidamente autorizado por meio de decisões judiciais das mais variadas, que buscam uma oportunidade de punir cada vez mais, não importando se legal ou ilegalmente, justa ou injustamente. Observa-se, nesses casos, a desigualdade de tratamentos jurídicos quando se constata as diferenças de classes sociais e a maior vulnerabilidade de pessoas que moram em periferias e com pouca instrução.

Nesse sentido, vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça em precedentes que considerou ilegal a entrada forçada de policiais em uma casa em São Paulo para a apuração. Como consequência da anulação da prova – os agentes encontraram cerca de 12 gramas de cocaína no local –, o colegiado absolveu duas pessoas que haviam sido condenadas por crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2021a).

Além disso, a jurisprudência da referida Corte tem precedentes de que as circunstâncias que antecederam a violação do domicílio devem estar evidenciadas, de modo objetivo e com as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito. Não basta a simples desconfiança policial, apoiada em mera “suspeita” ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, sem que estivesse necessariamente portando ou comercializando substância entorpecente. Para esta Corte, até mesmo o consentimento dos réus deve ficar devidamente comprovado nos autos pelo Estado, para que o ingresso das autoridades públicas sem mandado judicial seja considerado lícito. (BRASIL, 2021b).

Em nossa pesquisa, podemos identificar nos acórdãos que aplicam a forma privilegiada do tráfico às condenadas, ao reduzir a pena, majoritariamente o fazem a partir do reconhecimento de posições de subordinação, não sendo elas mandantes ou *chefes do tráfico*⁸⁹. No entanto, essa diminuição das penas pelos acórdãos não é indicativa de uma política protetiva das mulheres, ou de resposta à vulnerabilidade, mas sim a expressão de uma das faces da vulnerabilização decorrente de gênero: estar na ponta final da entrega da droga e pertencer a uma fração mais exposta e, assim, mais vulnerável ao poder punitivo.

Tal subordinação feminina, como decorrência da vulnerabilidade de gênero, está na base dos casos de mulheres presas por pressão de companheiros, para entrar em presídios ou para transportar drogas. Como resposta, seu encarceramento é “fonte adicional de vulnerabilização” (GERMANO; MONTEIRO, 2018, p. 29). Assim como no mercado formal as mulheres têm menor acesso e dificuldade de ascensão a posições de liderança, no tráfico também lhes é relegada a posição de subalternização que as expõe a circunstâncias de maior vulnerabilidade.

Nesse sentido, apontamos o caso de K.A., presa em flagrante ao visitar o seu companheiro preso, por entrar no presídio com 180 gramas de cocaína escondidas no *short* e 105 gramas de maconha no interior da vagina. A versão dos agentes penitenciários que realizaram a prisão, registrada na sentença, é de que a ré teria admitido levar drogas para o seu marido, em razão de ameaças que ele sofria *por estar devendo na cadeia*. O juiz de primeira instância condenou a ré e seu companheiro pelo artigo 33 da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006a)

⁸⁹ Categoria encontrada quando se tratavam de companheiros ou outros suspeitos ligados às acusadas.

à pena de 7 anos e multa. Por considerar aplicável o aumento do artigo 40, III, da legislação (BRASIL, 2006a) – aplicável a quem comete o crime nas dependências do presídio – estabeleceu a pena final em 8 anos e 2 meses de reclusão, cumulada com 820 dias-multa.

Ocorre que no momento da fixação da pena, o magistrado não individualizou a pena de cada um dos réus – não existe pena coletiva, por força de garantia constitucional (BRASIL, 1988, art. 5º, inc. XLVI). Outro problema é a fundamentação da pena, em que o julgador não explicita todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940).⁹⁰ Suas razões são completamente ilegais, a começar pela *personalidade voltada para o crime* que atribui aos dois réus do caso sem individualizá-los. Em segundo lugar, ele aumenta a pena base de acordo com a concepção moral que ele tem a respeito das drogas, se valendo disso para agravar a pena. É um discurso fundamentalista, que não cabe ao julgador enunciar. Em terceiro lugar, há o problema da aplicação da culpabilidade do autor e não do fato praticado. Nesse sentido, o julgador registra na sentença:

Quanto à culpabilidade dos réus, entendo de classificá-la como maior o índice de reprovação, eis que o tráfico de drogas é hoje um poderoso meio de degradação da sociedade e desagregação da família. Suas personalidades e condutas sociais são desfavoráveis, posto que trata-se de traficante de entorpecentes, cuja atividade instaura na localidade um verdadeiro estado de pânico e insegurança, causando desgraça de famílias que assistem seus entes queridos no abismo do vício e dependência, quase sempre sem retorno a normalidade. Os motivos e circunstâncias do crime também não lhes favorecem, pois a finalidade do traficante é, ao lado de exercer um poder contraposto ao Estado, auferir indevido lucro financeiro ao preço da desgraça daqueles que se viciam no uso das drogas.

Embora se admita que o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) imponha alguns elementos dirigidos ao autor, como a sua personalidade, conduta social e os seus antecedentes, tais circunstâncias judiciais estabelecidas devem ser apreciadas pelo julgador como um roteiro para a valoração do homem concreto e sua história na prática do delito, de forma que a censura seja graduada nos termos de uma culpabilidade do fato, ou seja, punindo-se a pessoa pelo fato praticado e não seguindo um padrão de valoração comprometido com a ética sobre essa pessoa.

Não se admite em nosso sistema jurídico constitucional um direito penal que visa punir o agente em si e sim o direito penal do fato e da conduta, de modo que a punição decorra de um delito e não de uma representação do autor. Por essas razões não se devem considerar elementos ligados à personalidade do agente, pois esta é anterior ao fato típico, não importando a conduta

⁹⁰ A sentença é nula por falta de individualização da pena (art. 93, inc. IX, da CF). Salienta-se que o julgador não poderá fazer uma análise genérica em relação aos critérios estabelecidos no artigo 59, do Código Penal, sendo obrigado a individualizar a cada uma delas, com fundamentação plausível. Esse entendimento se encontra pacificado tanto pela doutrina quanto pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2010).

antissocial do autor e nem a circunstância de ter anotações criminais e por haver condenação anteriormente.

Em segunda instância foi reconhecido em relação à K.A. o tráfico privilegiado, fixando a pena em 2 anos e 4 meses e multa, substituída por pena restritiva de direitos. Nas palavras da Desembargadora relatora do julgamento, registradas no acórdão que julgou a apelação de K.A.: *trata-se de ré primária e portadora de bons antecedentes, sendo de ressaltar que a quantidade de drogas não evidencia a dedicação em atividade criminosa.*

Entretanto, nenhum dos indicadores socioeconômicos ou pessoais da acusada é observado no processo pelos julgadores. Ao contrário, tivesse procurado nos autos, como era o seu dever, o magistrado avistaria se tratar de uma mulher preta, jovem com idade entre 26 e 35 anos, mais de 2 filhos e desempregada. Era necessário analisar as oportunidades sociais que foram oferecidas pelo Estado a esta mulher e seu grau de participação nelas, bem como avaliar o grau de esforço de K.A. para se colocar na posição de vulnerabilidade que levou a sua prisão. É dever dos julgadores se aprofundar sobre todas essas análises para que alcancem decisões mais justas.

Sobre esse tema, o projeto de Lei nº 3.473 de 2000 (BRASIL, 2000) - arquivado em 31 de dezembro de 2022 no Congresso Nacional - buscava alterar a Parte Geral do atual Código Penal, em seu artigo 59, incluindo a responsabilidade geral do Estado dentre as circunstâncias judiciais a serem apreciadas pelo magistrado, no momento de examinar a individualização da pena, e consideradas no juízo de culpabilidade.⁹¹ Ou seja, este mesmo Estado que, em princípio, vai impor uma sanção ao réu passa a ser objeto de imputação, estabelecendo-se, assim, uma “coculpabilidade” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 613; BATISTA, 1990, p. 105).

Outra face dessa mesma vulnerabilização diz respeito às expectativas e pressões de desempenho de papéis domésticos das mulheres, que foram identificadas nos acórdãos, indicando que, mesmo expostas aos riscos inerentes à posse ou venda de drogas, estas se esforçavam para o desempenho do papel materno, ou, em outros termos, dos papéis produtivo e reprodutivo. As mulheres, muitas e repetidas vezes, em decorrência do patriarcado estrutural implantado pelo capitalismo, são abandonadas e sujeitadas a carregar e criar seus filhos sozinhas, a prover a educação, saúde, alimentação e moradia.

É o caso de L.S.C., presa com 48,39 g de cocaína em sua residência e condenada a seis anos de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 600 dias-multa por tráfico. Na sentença que a condenou, consta que os policiais militares admitiram ter ficado observando o

⁹¹ Já na etapa de fechamento do texto, o projeto de lei foi arquivado, por conta do fim da última legislatura sem andamento na tramitação.

comportamento da acusada do lado de fora da casa e nela ingressado sem autorização judicial, mais uma vez baseados em denúncias anônimas de que ela seria traficante. O fato de a ré ser mãe de uma criança de colo é algo relatado pelo juiz, que mais uma vez cita o depoimento policial para reconhecer *que ela tem uma criança de colo e outras maiores* e que a idade de cada um dos *três filhos, é de 4, 7, e 1 ano*. Atravessando sua situação de maternidade, constata-se também a pobreza e desamparo no relato de L.S.C., que assumiu ter se separado do companheiro e estar *vendendo drogas para comprar fraldas*.

A situação de desemprego de uma mãe solteira, com três filhos, sendo um de colo, imporia sobre o julgador a reflexão sobre o nível de esforço pessoal para o cometimento de um delito como o de tráfico – que nas camadas pobres do país é uma alternativa econômica –, bem como o nível de esforço necessário para habilitar o poder punitivo contra si. Ao revés disso, a avaliação do juiz, ao sentenciar, é de que ela *demonstra ser desajustada socialmente e detentora de maus antecedentes, com personalidade distorcida e voltada para a prática de crimes*. A sua vulnerabilidade e o seu ato de buscar recursos para prover o mínimo para seus filhos são ressignificados como um desajuste social e de personalidade, quando o magistrado deveria examinar quais foram as oportunidades oferecidas a ela pelos entes públicos e aferir, concretamente, qual o seu nível de autodeterminação.

Além disso, encontram-se registrados no processo os fatos de se tratar também de uma mulher parda, com menos de vinte e cinco anos, sendo clara a sua marginalização e não integração ao mercado de trabalho formal. Sua culpabilidade, pensada a partir desses termos objetivos, deveria culminar em uma redução de sua pena ou absolvição e em maior preocupação dos entes públicos no oferecimento de oportunidades que aumentem o seu grau de autodeterminação.

É importante destacar que a avaliação da culpabilidade da ré pelo juiz deve considerar, além do esforço pessoal empreendido, também a situação fática capaz de gerar a incriminação e punição do agente pelas agências de repressão. Em outras palavras, se a concreta situação de vulnerabilidade proporcionada pelo ilícito é que possibilita a seleção criminalizante, sua punição não decorre da sua autodeterminação e sim de seu grau vulnerabilidade. Assim, cabe ao Estado “impedir que o exercício de poder punitivo ultrapasse o nível da responsabilização que se possa atribuir ao criminalizado pelo esforço pessoal que empreendeu para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade”. (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, pp. 166 e 167).

Nessas circunstâncias, a atividade de pequena traficância cometida por mulheres se mostra como uma prática de complemento da renda e sustento do lar e de seus filhos. Por vezes,

é a única viável, o que as coloca em uma posição de maior risco de encarceramento e do aprofundamento do ciclo de vulnerabilização de que já são alvos.

Observa-se que essa problemática da questão abordada retrata a feminização da pobreza (CORTINA, 2015), reservando a responsabilidade da mulher na chefia do lar e no cuidado dos filhos, sem que haja a cooperação de outra pessoa para compor a renda familiar, nem para compartilhar tal encargo. Cuida-se de uma perspectiva relevante a ser considerada em torno das construções sociais das novas famílias ou dos arranjos familiares. O significado da paternidade assumiu contornos diferentes, deixando para as mulheres a exclusividade do dever de cuidado, sustento, educação e afeto aos/às filhos/as.

A compreensão desse quadro se enriquece a partir da perspectiva interseccional de gênero, classe e raça, que nos permite compreender como a opressão de classe e do sexismo pode gerar mais vulnerabilidades nas mulheres negras (DAVIS, 2016). Além disso, a análise descritiva e estancada dos fatores envolvidos na prática do crime de tráfico cometido por mulheres, e seu conseqüente encarceramento, nos esclarece como o sistema judicial pode incorporar e perpetuar não apenas a desigualdade, mas também a injustiça social.

Como as oportunidades não são iguais para todos, muitas mulheres se prestam a realizar serviços que em outras situações seriam evitados, por estarem ao seu alcance e permitirem garantir o bem de suas famílias e o futuro de seus filhos. O Estado, por outro lado, nada faz para garantir a mínima subsistência delas, que são descartadas pelo modo de produção capitalista.

Ainda podemos destacar, em nossa análise, 4 casos em que as mulheres foram presas juntamente com seus companheiros. Há uma multiplicidade de fatores que as levam a ingressar no tráfico de drogas.

A participação da mulher no tráfico por razões afetivas (COSTA, 2008) ao companheiro, tio ou irmão, tem sido retratada quando vende, guarda ou transporta entorpecente para dentro de um presídio, mas, especialmente, por razões financeiras; outra causa é o envolvimento com traficantes com o fim de obter drogas, por serem usuárias.

As mulheres, na qualidade de usuárias de drogas, envolvem-se com os traficantes, cujo intuito é ter acesso às drogas “e esse envolvimento, que primeiramente toma uma dimensão mercadológica, torna-se facilmente um relacionamento afetivo” (COSTA, 2008, p. 26). Dessa forma, diferentes formas de representação social sobre o envolvimento afetivo das mulheres presas é que motivam o envolvimento delas no comércio varejista de entorpecentes. Trata-se de uma “idealização de um modelo de amor e a necessidade de dar constantes provas aos homens” (COSTA, 2008, p. 26).

O caso de M.A.S. retrata como relações afetivas podem estar ligadas ao ingresso de mulheres no tráfico, especialmente após a prisão de seus companheiros. Segundo a denúncia, os policiais militares teriam recebido informe anônimo, dando conta de *um indivíduo*, com apelido e características de um carro identificado, que *iria até a residência dela (companheira de um traficante local) para buscar drogas para posterior comercialização*. Os policiais alegaram que, ao chegarem ao local, interceptaram o veículo indicado, encontrando com ele alta quantidade de drogas. A pessoa que conduzia o veículo, depois de abordada, indicou a residência de M.A.S. como sendo o local onde fora buscar o material. Ainda segundo a denúncia, os policiais seguiram para o imóvel indicado, no qual *foram recepcionados pela denunciada que franqueou sua entrada, de modo que em buscas no local, os agentes apreenderam o montante final dos entorpecentes, além de dois artefatos explosivos*.

Em sua defesa, a ré confessou a autoria e alegou que foi a primeira vez que guardava droga para fins de tráfico, em decorrência de dificuldades financeiras e pelo fato de seu marido se encontrar preso. Revelou que lhe ofereceram R\$1.000,00 (mil reais) para realizar tal serviço, que tinha dois filhos que moravam com ela e que só conheceu o corrêu no dia de sua prisão em flagrante, quando recebeu um telefonema de uma mulher informando que ele iria até sua residência para buscar as drogas.

Na sentença o juiz aplicou a pena-base muito acima do mínimo legal previsto para o delito de tráfico, subindo de 5 para 06 anos e 3 meses a pena de reclusão e 625 dias-multa, para cada acusado. Ao tratar das circunstâncias pessoais, afirmou de forma lacônica que: *poucos elementos foram coletados a seu respeito, razão pela qual deixo de valorizá-las*. E acrescentou, ainda, que *os motivos dos crimes já são punidos pela própria tipicidade e que as consequências das infrações penais são comuns a estas*.

Na sequência, tratando da culpabilidade, o magistrado entendeu pela maior *reprovabilidade social da conduta ilícita praticada, em razão da natureza de uma das drogas apreendidas (cocaína), a qual ostenta um maior potencial lesivo à saúde pública, do que se comparada, por exemplo, com a “maconha”*.

Em segunda instância, tanto o procurador de justiça como o desembargador relator do caso ressaltaram que *a acusada M.A., a partir da prisão de seu companheiro (...), se associou ao corrêu (...) e a demais traficantes do Comando Vermelho para explorar o tráfico de entorpecentes*.

A crescente participação feminina no tráfico de drogas não se explica somente através da aparente leitura de que elas foram aliciadas ou influenciadas pelos companheiros envolvidos

na mercancia da traficância ilegal. O envolvimento de mulheres com esse tipo de crime vem sendo também discutido como um mecanismo para obter reconhecimento e status social.

Em regra, as relações discriminatórias de gênero as atingem também nesse mercado de trabalho ilícito, já que para elas são destinadas às atividades consideradas secundárias e inferiorizadas. As mulheres reproduzem nessas organizações criminais os papéis ou tarefas subservientes às ordens dos chefes do tráfico, como cozinhar, limpar, embalar drogas, transportar (como “mulas”) ou realizar pequenas vendas (BARCINSKI, 2009). Sobre essa questão, vale a pena conferir os dados da pesquisa de campo realizada por Soares e Ilgenfritz (2002) com presas do Rio de Janeiro, ocasião em que constataram que a maioria das mulheres entrevistadas não ocupava uma posição de liderança no tráfico de drogas.

Entretanto, a ocupação, por parte das mulheres, de altos escalões na estrutura do tráfico de drogas, tais como gerente, dona de boca de fumo, merece ser mais bem aprofundada por pesquisas científicas, tais como da autoria de Helpes, (2014). A própria autora lembra que são necessários maiores estudos sobre o contexto envolvendo essa realidade da mulher traficante de drogas. Nesse sentido, a partir das conclusões das pesquisas realizadas na penitenciária feminina da cidade de Juiz de Fora/MG, a pesquisadora retrata ter encontrado outras funções das mulheres no tráfico. Apesar de não discordar que, no mundo do tráfico, são reproduzidas essas relações de poder do masculino sobre o feminino, a autora observou que algumas mulheres, embora não sem dificuldades, conseguiram alcançar postos mais valorizados na estrutura do narcotráfico (2014).

Em nossa pesquisa, confirmamos na análise das decisões as conclusões de Soares e Ilgenfritz (2002), ao afirmarem que parte significativa das mulheres presas pelo tráfico de drogas desempenha papéis subordinados na atividade, e que tal circunstância pode revelar-se como um elemento facilitador de sua prisão. As mais vulneráveis não dispõem de condições de negociar sua liberdade com os policiais, como ocorre com os líderes do tráfico. Este elemento também deve ser pensado para compreendermos o aumento de mulheres condenadas pelo tráfico de drogas.

Não bastasse toda essa realidade cruel, a mulher sobrevivente do sistema prisional assume uma carga de responsabilidade penal muito maior, diante desse rígido papel de gênero atribuído pelo Estado machista. Na verdade, a mulher que comete um delito, além de transgredir normas sociais, rompe com os papéis convencionais de gênero impostos por uma sociedade patriarcal, o que é confirmado em nossa pesquisa nos julgamentos das decisões de segunda instância.

Desta forma, outras sanções são aplicadas por violar os atributos de docilidade e privacidade, que deveriam caracterizá-las, pois não lhe cabe apenas ser castigada pelo delito que cometeu – exercício do controle de justiça formal –, mas também a ela se impõe um julgamento moral, o que particularmente ficou bem evidenciado na análise das decisões. A tendência é julgar as mulheres “por seu mau comportamento como significativamente mais anormais e muito mais ameaçadoras para a sociedade do que suas numerosas contrapartes masculinas” (DAVIS, 2018, p. 55).

4.1.3 Penas mantidas

As penas mantidas analisadas correspondem ao grupo de mulheres cujas sentenças foram proferidas em 2019, ainda que seus acórdãos tenham sido julgados nos anos de 2019, 2020 e 2021. Essa parte representa o maior número de processos analisados, tendo sido levantados 46 acórdãos e sentenças para examinarmos as argumentações neles desenvolvidas.

Nas penas mantidas em segunda instância, existe a diferença entre aquelas que, em primeira instância, foram condenadas por tráfico em sua forma privilegiada, com penas abaixo de 4 anos, e aquelas condenadas por tráfico simples, com penas geralmente acima de 4 anos de reclusão. Além dos casos em que há a condenação pelo tráfico (BRASIL, 2006a, artigo 33) – 5 a 7 anos de reclusão e multa – e pela associação (BRASIL, 2006a, art. 35), cuja pena é superior a 7 anos de reclusão e multa.

Os 47 casos se distribuem entre os grupos mencionados acima do seguinte modo: 17 mulheres condenadas por tráfico privilegiado, 21 por tráfico simples, 8 condenadas por tráfico e associação e apenas uma mulher condenada apenas por associação ao tráfico.

Mais uma vez vemos presente a tendência de seleção de mulheres pretas (60%), jovens (67 % com menos de 35 anos), com baixa escolaridade (65% com ensino fundamental incompleto), mães (59%), solteiras (84%) e desempregadas (84%).

Inicialmente, em nossa pesquisa, verificamos que 12 acórdãos mantiveram as condenações de mulheres na forma privilegiada do crime de tráfico. São casos recorrentes que denotam, além da pouca quantidade, o fator de vulnerabilidade das rés. Nessas condenações, podemos observar as mesmas circunstâncias presentes nos casos que levaram à absolvição das mulheres.

Seguindo os parâmetros de distinção objetiva para valoração do critério legal das quantidades máximas de drogas proposto pelo Instituto Igarapé (2015) – entre 40 e 100 gramas de maconha, ou entre 12 e 15 gramas de cocaína – identificamos 4 casos que podem ser

entendidos como de pequenas quantidades de entorpecentes, possibilitando uma decisão absolutória.

Dentre eles destacamos o de M.D., uma mulher jovem, com pouca escolaridade e desempregada, e presa por guardar 17g de cocaína e 9g de maconha. A sentença que a condenou registrou a narrativa dos policiais de que teriam se posicionado próximos a um bar, depois de duas denúncias anônimas de possível comércio ilícito de drogas. Disseram ter observado M.D. vendendo entorpecentes com outras duas pessoas no local, sendo uma delas menor de idade. Quanto à acusada, lê-se na sentença condenatória que *a ré é primária, de bons antecedentes e não há nos autos qualquer elemento que demonstre ser integrante de organização criminosa*, motivo pelo qual a pena foi fixada em 1 ano e 11 meses, e posteriormente substituída, de acordo com o artigo 44, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940), por prestação de serviços à comunidade e multa de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Nesse caso, o que mais chama atenção é a valoração feita pelo julgador na segunda instância, na fase de recurso, especialmente quanto à quantidade e diversidade de drogas. Embora reconheça também que a ré seja primária, sem antecedentes e de se tratar de *criminosa eventual*, afirma: *fosse este Relator o Juiz, sequer aplicaria as penas-base no seu mínimo legal, o redutor legal e a fixação de regime aberto para cumprimento de pena, mas nada se podendo fazer em razão da ausência de recurso do parquet.*

Segundo o magistrado, o único motivo para M.D. não ser submetida a uma pena privativa de liberdade maior foi o fato de o Ministério Público não ter recorrido da sentença, o que em nosso sistema processual impede o agravamento da situação das acusadas, pois mover a ação penal é responsabilidade desse órgão. Em nosso sistema processual vige o princípio acusatório, que coloca as partes do processo em posições antagônicas (acusação e defesa) e o juiz de modo desinteressado e imparcial entre elas. Por conta dessa regra e para que haja um equilíbrio entre as partes, não pode um julgador aplicar uma sanção mais grave do que a requerida pelo acusador, que no caso era o Ministério Público.

A fundamentação do Desembargador revela o quão subjetiva e arbitrária pode ser a valoração das quantidades de drogas nas decisões, uma vez que as 17g de cocaína e 9g de maconha encontradas com M.D. são expressamente reconhecidas por esse julgador como *grandes quantidades*. Entretanto, sob os parâmetros dados pelo Instituto Igarapé (2015), essas quantidades não ultrapassam significativamente as balizas máximas para presunção relativa de uso – 15 gramas de cocaína e 100 gramas de maconha -; o que neste particular (9g. de maconha) chega ser irrisório. Além disso, revela também sua falta de imparcialidade, por assumir o desejo de punir mais, sem que isso sequer fosse uma questão *sub judice*.

M.D. também apresentava as condições de vulnerabilidade diante da ausência de oportunidades que poderiam ter sido oferecidas pelo Estado, por se tratar de uma mulher negra, jovem e desempregada. Tais circunstâncias são absolutamente ignoradas e invisíveis pelo poder estatal, tanto pelo juiz de primeira instância quanto pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A aplicação do projeto de lei 3.473 de 2000 (BRASIL 2000), que tramitou no Congresso Nacional e trata da responsabilidade do Estado na fixação de pena, levaria o julgador a ter em conta a importância de analisar as condições concretas de vida das pessoas sob julgamento, de forma que as condições socioeconômicas pudessem ser analisadas também no âmbito da autodeterminação das rés. Afinal, “se a sociedade não brinda a todos com as mesmas oportunidades, em consequência, há sujeitos que têm menor âmbito de autodeterminação.” (CARVALHO, A.; CARVALHO, S., 2001, p.62).

Não era caso apenas de diminuição de pena, mas sim de absolvição, uma vez que o decreto condenatório se baseou unicamente no relato dos policiais, aplicando a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação" (RIO DE JANEIRO, 2003)

Tendo sido presa em um bar, era perfeitamente possível que os policiais tivessem buscado a obtenção de testemunhos ou outras formas de corroborar seus relatos. Além disso, não era grande a quantidade de droga apreendida, ao contrário do que alegou o desembargador, não existindo indícios de que a droga se destinava de fato à mercancia. Ao contrário, a ré negou a autoria do delito de tráfico.

Em contraponto ao posicionamento do desembargador que julgou M.D., colacionamos o julgado em que houve a absolvição da ré M.O., acusada de ter em depósito 34,4 gramas de cocaína, quantidade que pode ser considerada alta a partir do critério objetivo estipulado pelo Instituto Igarapé. Nesse caso, a decisão de segunda instância considerou que não existiam provas suficientes de que a droga se destinava à atividade de mercancia. Essas decisões respaldam a conclusão de discricionariedade no tratamento dos casos de tráfico e de uso de drogas pela Justiça criminal.

A política criminal em andamento adotada pelo Tribunal demonstra claramente que o objetivo não é a diminuição da circulação de drogas. A par de reconhecer a necessidade de despenalização de usuários, o Tribunal, no entanto, mantém o compromisso em preservar o controle dos indesejáveis no sistema penal, ao impor a condenação das rés pelo crime de tráfico de drogas, ainda em sua modalidade privilegiada, ao invés de proferir sua absolvição, mesmo

quando as circunstâncias fáticas e jurídicas denotam a possibilidade de os julgadores adotarem medidas abolicionistas, ou ainda redutoras do poder punitivo.

Nossa pesquisa revelou 8 casos de confirmação das condenações por tráfico (BRASIL, 2006a, art. 33), mesmo tendo por objeto pouca quantidade de drogas. Desses casos, destacamos 3 em que a apreensão das drogas teria ocorrido em presídios, sob a vigilância do poder estatal.

O primeiro é de C.I.O, presa com 3,79 gramas de maconha e condenada a 7 anos, 11 meses e 3 dias de reclusão e multa no regime fechado. No momento de sua apreensão com as drogas, ela cumpria pena por uma condenação anterior. Segundo as agentes penitenciárias, a apreensão das drogas teria ocorrido durante *uma geral*, procedimento de separar, algemar, revistar e submeter às presas a *scanner* corporal, logo após o recebimento de visitas. C.I.O, segundo as agentes penitenciárias, tinha sido uma das selecionadas para a revista e caminhava algemada e de punhos fechados para a revista, quando as agentes penitenciárias perceberam que teria a droga em sua mão.

C.I.O negou a versão das agentes e, por sua vez, explicou ao juízo que a droga não fora encontrada com ela. Sua versão foi de que, na manhã daquele dia, entre agentes penitenciárias e presas, teria ocorrido uma discussão acerca da falta de materiais de higiene na unidade prisional. Em represália, na tarde do mesmo dia, C.I.O e outras colegas de cela teriam sido conduzidas para o pátio do presídio, onde a droga fora apreendida pelas agentes penitenciárias, que perguntaram quem seria a culpada. Segundo ela, nesse momento *houve uma discussão e as outras presas jogaram a droga para a mão dela*.

Assim como em outros casos, não foram apresentadas testemunhas do fato e as provas se limitaram à droga apreendida e às palavras contraditórias das agentes penitenciárias, além da versão apresentada pela ré. Entre a versão das agentes penitenciárias e a da acusada, o julgador do caso tomou como verdadeira a das carcereiras, sob o repetitivo fundamento registrado na sentença de *validade probatória dos depoimentos policiais*, condenando-a pelo crime de tráfico de drogas. Ao analisar a culpabilidade de C.I.O, o juiz de primeira instância se limita a dizer na sentença condenatória que ela *é inerente ao tipo penal*, mascarando o emaranhado de violências e a invisibilidade das vulnerabilidades e da omissão do poder estatal neste caso.

A possível responsabilidade de C.I.O, na verdade, se situava em uma rede complexa de omissões estatais, violências e vulnerabilizações inerentes ao cárcere, a começar pela própria presença da droga no ambiente penitenciário. Afinal, é o Estado penal que assume a responsabilidade de afastar presos e presas dos entorpecentes ilícitos, lançando mão, para esse fim, de inúmeros equipamentos tecnológicos e procedimentos de revista (frequentemente vexatórios). Se C.I.O desobedeceu a proibição de possuir drogas (fosse para uso ou comércio),

o fez em consequência da omissão estatal de se propor uma tarefa impossível de realizar, pois “ainda está para ser criada a cadeia livre de drogas ilícitas (...), nas prisões em que se acha confinada a grande massa carcerária do mundo é humanamente impossível abolir o tráfico”. (VARELLA, 2017, p. 55)

Estudos etnográficos e de saúde pública (MALLART, 2019; FELTRAN, 2018; DALMASO; MEYER, 2017) mostram que a incapacidade estatal de impedir a circulação de drogas no interior de presídios não se deve apenas ao fato de ser uma tarefa homérica e irrealizável pretender “revistar minuciosamente as roupas de cada visitante, a vagina e o reto de todas as mulheres, as sacolas com comidas e mantimentos” (VARELLA, 2017, p. 39), além dos caminhões de alimentos, ferramentas e mantimentos que entram diariamente nos presídios e identificar os funcionários coniventes ou corruptos. Mais do que isso, há efetiva participação dos agentes estatais na entrada da droga e na circulação. Frequentemente, existem agentes corrompidos, recebendo parte dos ganhos do comércio varejista de drogas intramuros, bem como aqueles que conduzem uma política tácita de tolerância a medicamentos e entorpecentes calmantes, uma vez que facilitam a rotina e a administração do contingente carcerário.

As drogas efetivamente entram nos presídios e movimentam uma economia interna de valores e de poder entre as presas e os agentes estatais. Em todo presídio, muitas são as presas que usam drogas, outras tantas as que vendem, mas nem todas são efetivamente selecionadas pelo sistema punitivo. Assim, é possível afirmar que, em escala muito menor, mas diametralmente mais perversa, reproduz-se a tônica da seleção criminalizante e vulnerabilizante, de modo que é selecionada(o) quem, por diferentes motivos, se encontra em posição de maior vulnerabilidade dentro das grades. No caso de C.I.O verifica-se claramente os efeitos perversos da criminalização primária e secundária ⁹².

Refletindo a partir desses termos, a versão das agentes penitenciárias para o caso de C.I.O não era a única verossímil. Diferentemente do que reconheceu o juiz sentenciante, também era verossímil a alegação de que a droga não pertencia a ela, mas que lhe foi atribuída por uma desavença entre presas e carcereiras por falta de materiais higiênicos – problema comum em unidades para “presos que menstruam” (QUEIROZ, 2015) –, e por uma falta de cobertura das colegas no enfrentamento com as agentes. Por outro lado, é igualmente verossímil que C.I.O de fato estivesse em poder da ínfima quantidade de “maconha” (3,7 gramas) desde

⁹² O processo de criminalização primária é representado pela elaboração das normas, isto é, pelo momento em que o Estado define quais são os bens jurídicos mais importantes e que devem ser protegidos pela lei. A criminalização secundária refere-se à atuação do Estado na identificação, acusação e julgamento daqueles que praticaram um crime, ou seja, trata-se da atuação das instâncias oficiais, entendidas como Polícia, Ministério Público e Judiciário.

antes, com o conhecimento e convivência da administração – uma vez que acalma as presas –, e que tenha sido apreendida em razão do conflito com as agentes penitenciárias, como forma de represália.

Os referidos estudos etnográficos e de saúde pública apontam para esse papel duplamente vitimizador da circulação de drogas entorpecentes e calmantes nas unidades prisionais. A droga facilita que presas lidem com as dores e agruras do cárcere de modo menos conflitivo; que as recém-chegadas consigam dormir e lidar com o tormento dos primeiros dias; que as mais antigas consigam alguma forma de lazer e relaxamento; e que exista uma mecânica de distribuição de poder e *status* entre as presas, facilitando a submissão e obediência, ou, ainda, a docilização dos corpos (VALOIS, 2020). Ademais, as drogas lícitas e ilícitas que circulam atrás das grades se mantêm sempre aptas a habilitarem o poder punitivo e disciplinar do Estado, seja em razão de retaliações, de reequilíbrio da distribuição de poder interno ou por mera conveniência da gestão penitenciária. (DALMASO; MEYER, 2017).

Na prisão, traficantes e usuários permanecem comercializando e usando drogas. Trata-se de uma mercadoria altamente valorizada, cujo valor de troca e de uso é definido, respectivamente, pelo grau de dificuldade de acesso e pelos sentidos atribuídos às drogas. No contexto de ociosidade, no qual o tempo vivido é encarado pela maioria dos presos como um tempo “perdido”, “mal empregado”, “que passa devagar”, o consumo de drogas apresenta-se como uma das formas de “matar o tempo” na prisão (CARVALHO, R., 2011). Ainda que de maneira provisória, mantém o tempo em suspenso - da aparente mesmice da vida prisional e diminui a tribulação mental. Devido às condições degradadas e degradantes da prisão, e o consumo, muitas vezes abusivo, apresentam problemas físicos e emocionais. A inexistência de programas de justiça de prevenção e de redução de danos nas prisões é fator agravante. (CARVALHO, R., 2011).

Finalmente, caberia uma reflexão: haveria lógica em se afirmar, assim como fez o juiz sentenciante, que a culpabilidade de C.I.O. era normal ou inerente ao tipo, diante de tantos dados sobre a responsabilidade do Estado e sobre o seu papel vulnerabilizante no cárcere? Neste caso, é indubitável que toda a estrutura carcerária contribuiu para a posição de vulnerabilidade desta acusada e que, se houve algum esforço por parte de C.I.O, ele foi ínfimo. Se as condições do cárcere que sujeitaram a acusada ao poder punitivo, não é lógico afirmar que sua condenação é legítima, pois “é insustentável e imoral a pretensão de exercer poder punitivo sobre alguém cujo injusto foi determinado e não evitado pelo próprio poder punitivo.” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 22).

Caso muito semelhante ao de C.I.O é o de T.S.L., também presa com pequena quantidade de droga enquanto cumpria outra pena, condenada a 6 anos 9 meses e 2 dias de reclusão em regime fechado e multa, por *trazer consigo* 41 gramas de maconha e 1,5 grama de cocaína. Segundo os agentes penitenciários responsáveis pela prisão, a acusada teria sido tirada de sua cela junto de outras mulheres, para uma inspeção aleatória. Todas foram colocadas em um *banquinho detector de metal* e, na vez de T.S.L., o detector apitou. Ao ser levada para a revista íntima, teriam sido encontrados *um saco de erva seca picada, balinhas de erva seca picada, pó branco, uma quantia de 7,00 em dinheiro e um papel de contabilidade, dentro da vagina dela*.

T.S.L. negou a versão das agentes penitenciárias e explicou perante o juiz que o material teria sido apreendido em sua cela e que sequer estava em posse das drogas. De acordo com sua versão, registrada na sentença, uma vizinha de cela teria *jogado a droga em cima das coisas dela*, enquanto a agente penitenciária que a prendeu teria *implicância* com ela, por conta de desavenças anteriores no interior das grades.

Mais uma vez, não foram produzidas outras provas acusatórias para além da palavra das agentes em confronto com a palavra da acusada, levando o juízo a atribuir maior credibilidade às servidoras estatais. Neste caso, os julgadores tanto de primeira quanto de segunda instância deveriam ter absolvido T.S.L. nos termos do artigo 386, inciso VII do CPP⁹³, por ausência de provas; ou, ainda, ter reconhecido a presunção relativa do Instituto Igarapé (2015) para caracterização do crime de tráfico, já que a quantidade de drogas encontrada - 41 gramas de maconha e 1,5 gramas de cocaína - está dentro da escala prevista: máximo de 100 gramas de maconha e 15 gramas de cocaína.

Além de todas as complexidades envolvendo casos de mulheres presas com base exclusivamente na palavra de agentes do Estado, é interessante notar o peso da reincidência como um fator preponderante de agravamento das reprimendas e de um juízo de desvalor que recai sobre as acusadas.

Em primeira instância, por exemplo, o juiz correlaciona na sentença condenatória a reincidência e *patente comprometimento da ordem pública* como sinônimos e, por conta disso, aumenta a sua pena em 10 meses, impondo-lhe o regime fechado. Com isso, impede que lhe seja concedido o benefício do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas⁹⁴. No final da aplicação da

⁹³ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII – não existir prova suficiente para a condenação.” (BRASIL, 1941)

⁹⁴ Art. 33, § 4º: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (BRASIL, 2006a).

pena, o magistrado agrava a pena em mais 11 meses, pela incidência da causa de aumento ⁹⁵ do inciso III, do artigo 40, da Lei de Drogas, totalizando-a em 6 anos 9 meses e 2 dias de reclusão em regime fechado. Todos esses argumentos são corroborados pelos julgadores de segunda instância, que mantêm a pena de T.S.L.

De acordo com o Código Penal, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 1940, art. 63) e, para que seja reconhecida, deve haver sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime anterior e um lapso de tempo inferior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior.

A principal consequência da reincidência para a ré é o aumento da pena relativa a suas novas condenações, além da imposição de outros gravames, como: não poder, por exemplo, gozar de políticas desencarceradoras, tal qual a suspensão condicional do processo ⁹⁶, a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou por multa ⁹⁷; ou mesmo poder celebrar acordos processuais ⁹⁸, entre outros impedimentos.

Para o pensamento penal tradicional, o fundamento da reincidência seria a “exteriorização de uma tendência delituosa” naquele que comete um novo crime, o que exigiria uma “punição mais grave” (WELZEL, 2003, p. 353). A lógica do instituto está radicada na noção falaciosa de efeito preventivo das penas, segundo a qual tanto maior é a intimidação exercida sobre a pessoa quanto maior consistir a severidade da punição.

⁹⁵ Desde a reforma da parte geral do Código Penal de 1984, o Brasil passou a adotar o chamado sistema trifásico de dosimetria das penas. A primeira fase é chamada de fixação da pena base, na qual o juiz avalia se o cálculo começa a partir do mínimo definido em lei, se aumenta a pena desde o início pela presença das circunstâncias inscritas no artigo 59 do mesmo código; já a segunda fase é onde o juiz avalia a incidência de agravantes e atenuantes, previstas do artigo 61 ao 65; por fim, na terceira fase, aplicam-se as chamadas “causas de aumento” ou “de diminuição”, geralmente calculadas em frações definidas nos próprios tipos legais. (BRASIL, 1940)

⁹⁶ Lei 9.099 de 1995 “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena” (BRASIL, 1999, art. 89).

⁹⁷ Código Penal Brasileiro: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...) II – o réu não for reincidente em crime doloso”; art. 60, §2º: “a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código [Penal]”. (BRASIL, 1940).

⁹⁸ Como o acordo de não persecução previsto no art. 28-A, §2º, inc. II, do Código de Processo Penal Brasileiro: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...) § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (...) II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. (BRASIL, 1941).

O conceito e os fundamentos do instituto são problemáticos, por si, e foram alvo de diversas críticas por parte do pensamento penal e criminológico críticos.⁹⁹ Entre as diferentes questões fundamentais já levantadas contra a reincidência, uma das mais importantes busca saber o que exatamente se pune com o incremento de pena decorrente da reincidência. Como explicam Amilton Bueno e Salo de Carvalho (2001), a previsão legal de que a pena deve ser aumentada em razão de um delito pretérito cria situação jurídica que não se afina com a Carta política de 1988, a qual determina que as penas sejam individualizadas, proíbe que tenham caráter perpétuo e impede que se puna uma pessoa mais de uma vez pelo mesmo fato¹⁰⁰ (*ne bis in idem*¹⁰¹).

E de fato, a exasperação da pena pela reincidência indica a projeção de consequências futuras decorrentes de um ato passado já juridicamente respondido e “integralizado”, fazendo com que o delito anterior produza efeitos duas vezes. (CARVALHO, A.; CARVALHO, S., 2001, p. 60).

Outro ponto de embate entre o pensamento tradicional e as escolas críticas de direito penal e da criminologia encontra-se na premissa geral de que a imposição de sofrimento teria alguma correlação necessária com a dissuasão de comportamentos. A premissa é falsa e a realidade comprova isso diuturnamente, pois “os efeitos criminógenos da prisão são conhecidos” (SANTOS, 2008, p. 245), e, não raro, homens e mulheres selecionados por pequenos desvios se expõem e envolvem em dinâmicas mais complexas de marginalização.

Se, ao contrário do que pretende, a pena e suas modulações de intensidade não têm eficácia preventiva real, mas expõem os seus alvos ainda mais ao desvio, à vulnerabilidade e à seleção criminalizante, não há lógica abstrata que possa sustentar a sua operacionalização enquanto circunstância agravante de penas (SANTOS, 2008).

Para além, Zaffaroni defende que a reincidência é, na verdade, a “consagração legal da estigmatização” (1991, p. 60), demonstrando que o Código Penal contém uma concepção sobre a personalidade dos indivíduos, tomando os reincidentes como desviantes inatos,

⁹⁹ A questão foi, inclusive, objeto de provimento judicial pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 453.000/RS (BRASIL, 2013), que declarou a constitucionalidade do instituto, por, nos termos do voto do relator, tratar como desiguais presos em situação desigual e por ser medida válida de política criminal.

¹⁰⁰ Art. 5º: inc. XLV “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”; inc. XLVI “a lei regulará a individualização da pena (...)”. Indiretamente, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, também vige a regra segundo a qual “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. (BRASIL, 1988).

¹⁰¹ O princípio do *non bis in idem* (com o significado de “não duas vezes o mesmo”) representa a proibição à repetição de uma pena ou outra ocorrência de forma duplicada. A expressão pode ser usada em todas as áreas do direito, mas é especialmente aplicada no direito penal, direito tributário e no direito administrativo.

essencialmente perigosos. Essa leitura se mostra ainda mais pertinente ao observarmos a própria história do instituto no sistema repressivo brasileiro, pois a antiga parte geral do Código Penal (BRASIL, 1940) previa expressamente que eram “presumidamente perigosos os reincidentes em crimes dolosos” (CARVALHO, A; CARVALHO, S., 2001, p. 46).

Essa noção de periculosidade social e/ou patologia individual decorria diretamente da influência positivista, e Nelson Hungria (1959), um dos principais idealizadores da parte geral do Código Penal, defendia abertamente que, no caso da reincidência, era presumida *iuris et de iure*. Assim, enquanto não sobreviesse a “cessação da periculosidade do agente, reconhecida por laudo técnico” (HUNGRIA, 1959, p. 109), aquele continuaria privado de liberdade, mesmo após ter cumprido a pena privativa de liberdade.¹⁰²

Desde a origem, portanto, a reincidência se afasta de um direito penal do ato ou fato, que pune cidadãos por violação de uma norma; e se aproxima de um direito penal do autor. Nesse sentido, essa concepção divide os réus entre “aqueles que aprendem a viver em sociedade e aqueles que não aprendem a viver em sociedade” (STRECK, 2000, p. 66). Os problemas em torno do conceito se agravam quando observadas situações concretas como a de T.S.L., fazendo-se necessária uma crítica, também, a partir da culpabilidade por vulnerabilidade. A seleção criminalizante produz mais vulnerabilização.

Todo condenado vive sob uma ameaça maior de nova seleção criminalizante, com ou sem provas de cometimento de novos delitos (abordagens aleatórias, livros de suspeitos, etc.). Ou seja, a pena criminal incrementa a vulnerabilidade, pois aumenta o risco de seleção (muitas vezes injusta). Se o estado penal não procura punir os criminosos, mais sim os vulneráveis; a resseleção de vulneráveis deve implicar uma menor culpabilidade, afinal, “o direito penal não pode admitir que o poder punitivo selecione em situações de vulnerabilidade criadas por ele mesmo” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 160).

Dessa forma, T.S.L. encontrava-se concretamente mais vulnerável, não apenas pela dinâmica amplamente vulnerabilizadora da prisão, mas também por carregar consigo um signo, que a tornava mais propensa a novas incriminações: o estigma da reincidência. Em outras palavras, para as agentes estatais era mais fácil fazer aderir à T.S.L. um novo rótulo de desviante, uma vez que já rotulada anteriormente pelo poder judiciário como criminosa.

¹⁰² Tal presunção absoluta de periculosidade foi questionada por Aníbal Bruno (1984, p. 124) para quem: “Um espírito mais realista, no Direito, conduziria naturalmente a não admitir por absoluta essa presunção e preferir o exame aprofundado de cada ocorrência, do agente e das condições em que num e noutro caso delinuiu, para daí concluir sobre a existência ou não da real perigosidade”.

Destaca-se que T.S.L. encontrava-se no terceiro ano de cumprimento de uma pena de cinco anos de reclusão quando, alegadamente, foi surpreendida com drogas no presídio. Sobre essa pena, a despeito de toda a realidade prisional comentada, o juiz impôs mais 6 anos e 9 meses de reclusão, de modo que a pena remanescente de T.S.L. somava 8 anos e nove meses de reclusão.

No caso, os julgadores instrumentalizam o direito penal na direção contrária a de sua finalidade: ao invés de racionalizar e, assim, conter o poder punitivo, o que se faz é intensificá-lo, tornando-o menos racional. A base possibilitadora disso é uma opção política viciada, qual seja, a de tomar a suposta ação de T.S.L. (portar entorpecentes ilícitos) de modo isolado de todos os fatores de vulnerabilidade que condicionaram a sua seleção pelo poder punitivo; é considerar o sistema jurídico e o direito penal como neutros e igualmente aplicáveis a todos.

A escolha política mais racional e adequada para o caso de T.S.L. teria sido considerá-la, no mínimo, menos culpável, uma vez que significativamente mais vulnerável, operacionalizando o poder punitivo “como um limite à irracionalidade seletiva” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 165). A circunstância altamente provável de ter sido criminalizada meramente por sua vulnerabilidade, se assim mantida, conforma a culpabilidade à “permanente injustiça distributiva”. (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 160).

Caberia aos julgadores de primeira e de segunda instância analisarem também, além dos indicadores de vulnerabilidades de T.S.L. (preta, menos de 35 anos, ensino fundamental incompleto), o menor esforço de vulnerabilidade na seleção criminalizante, de forma a atenuar ou excluir sua pena.

Outro aspecto desse mesmo quadro de vulnerabilidade se apresenta no caso M.M.S., condenada a 6 anos e 6 meses de reclusão e multa em regime fechado, por trazer consigo 6g de cocaína. De acordo com o relato dos policiais, transcrito na sentença condenatória e tomado como verdadeiro pelos julgadores, a acusada estava em uma região com muitos bares no bairro da Lapa e foi abordada depois de denúncia anônima repassada via rádio. Ainda, segundo os responsáveis pela prisão, a acusada teria confessado a prática do tráfico ao ser abordada, embora não tenha sido colhida nenhuma prova disso.

Quando ouvida perante o juiz, negou o relato policial, afirmou que a droga apreendida era para uso próprio e que teria *arrumado o dinheiro fazendo biscate*.

Para a reprovação de M.M.S., teve grande peso o fato de ter sido condenada anteriormente pela prática de outros crimes. Em seu caso, no entanto, essa circunstância foi negativamente valorada por meio de dois institutos jurídicos diferentes: a reincidência e os antecedentes.

Ao fixar a pena de M.M.S., o juiz de primeira instância assinala ter que *levar em consideração os maus antecedentes da ré, pelo que, aumenta-se a pena-base em 06 (seis) meses de reclusão*. Ou seja, inicia o cálculo dosimétrico da sentença já considerando uma maior reprovabilidade na conduta da ré, pelo fato de ter condenações anteriores. Além disso, na segunda fase, ainda acresce mais um ano de reclusão, por entender que devia *reconhecer a agravante da reincidência em desfavor da ré*.

Esse entendimento é ratificado pelo julgador de segunda instância, que, no acórdão, ainda reforça ser *inequívoca a relevância das condenações anteriores para o juízo de culpabilidade, porque a apelante, tornando a delinquir apesar de já ter sido antes advertida, faz jus a uma exasperação qualitativa e quantitativa da sua pena*.

É irônico que o judiciário, no caso de M.M.S, aposte em um reforço *quantitativo e qualitativo* da punição, mesmo quando ela já havia se mostrado mais prejudicial do que benéfica para M.M.S. Em casos como esse, a fé do poder judiciário na função preventiva da pena mais parece indiferença do que ilusão para com sua falácia: desde que a punição cause enclausuramento ou sofrimento, pouco importa se não promove dignidade alguma à apenada.

É evidente que o rigor da punição aplicada à M.M.S – cuja pena final corresponde a mais de um ano de reclusão para cada grama de droga apreendida com ela – decorre de uma interpretação sobre a sua personalidade, de uma leitura que enxerga nela “alguém-que-não-aprendeu-a-viver-em-sociedade” (STRECK, 2000, p. 66) e, por isso, deve ser mais marginalizada e punida moralmente.

Nesse sentido, a valoração dos antecedentes como maus se mostra ainda menos compatível com a Constituição Federal, pois, além de partir dos mesmos fundamentos e problemas da reincidência, ainda apresenta um caráter mais abstrato e não sofre nenhuma limitação temporal. Enquanto a reincidência conta com uma mínima definição pelo Código Penal (BRASIL, 1940) e se limita à constatação de mais de uma condenação transitada em julgado no intervalo de 5 anos, os antecedentes apenas são mencionados no artigo 59, sendo deixado à discricionariedade do juiz definir o que constituem bons ou maus antecedentes.

Os Tribunais do país têm firmado o entendimento de que se verifica a existência de maus antecedentes quando presentes condenações penais que não geram reincidência, ou seja, com trânsito em julgado há mais de 5 anos ou com trânsito em julgado durante o julgamento da infração penal posterior.

A combinação maus antecedentes e reincidência não deixa dúvida de que o alvo do poder punitivo é também a história de vida do acusado (CARVALHO A.; CARVALHO S., 2001). Esta opção política diminui o grau de controle democrático sobre o arbítrio judicial, pois

autoriza que o juiz aumente ou diminua penas de acordo com um entendimento íntimo acerca do que é uma história de vida adequada e do que habilita o reconhecimento de bons ou maus antecedentes. Como já observou Amilton Bueno de Carvalho, "muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu." (CARVALHO A.; CARVALHO S., 2001, p. 43)

Com isso, cria-se uma situação normativa que autoriza que pessoas sejam punidas sucessivas vezes pelos mesmos fatos pretéritos, com penas cada vez mais altas e degradantes, e com mais e mais chance de serem selecionadas e recriminalizadas pelo sistema punitivo. Nesse processo, mulheres altamente vulneráveis perdem a condição de pessoa e "passam a ser indivíduos 'marcados', 'assinalados', estigmatizados pela vida afora, reduzidos à condição de marginalizados perpétuos" (CARVALHO A.; CARVALHO S., 2001, p. 44), como acontece com M.M.S., mulher preta, desempregada, mãe solteira e com passagens recorrentes pelo sistema penitenciário.

Assim, a seleção criminalizante imposta pela justiça criminal acaba por selar os destinos dessas mulheres que são compelidas ao sistema penal, transformando suas penas em prisões perpétuas ou até que consigam a liberdade condicional sem novas acusações.

Nenhuma das penas impostas e cumpridas por M.M.S. mostra-se definitivamente quitada aos olhos dos juízes, pois, para eles, cada nova condenação confirma o julgamento realizado sobre a personalidade dela e não sobre suas ações. Se o Estado é quem assume a responsabilidade pela ressocialização dos condenados, não é razoável que recaia sobre os condenados a responsabilidade pela frustração dessa tarefa impossível. Assim, maus antecedentes e reincidência não são meios aptos para se depreender uma maior culpabilidade.

O caso de M.M.S. tinha elementos suficientes para o reconhecimento da hipótese de uso, invés de tráfico, uma vez que era ínfima a quantidade de drogas em sua posse, que estava em uma região boêmia e urbana da cidade do Rio de Janeiro, sem outras provas de que estivesse comercializando. De todo modo, ainda que estivesse ligada ao pequeno varejo de drogas, que não raro seduz a grande massa de desempregados e excluídos sociais, seu caso não revela a necessidade de aumento da pena, mas sim de diminuição.

Outro caso é o de A.O.L., condenada a 6 anos e 5 meses de reclusão e multa por tráfico, com aumento de pena pelo cometimento do crime nas imediações de unidade prisional ¹⁰³, em

¹⁰³ "Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: **III** - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes

razão de ter transportado, dentro de seu órgão genital, 97g de maconha para o seu marido, que cumpria pena em um presídio. Ressalta-se que a quantidade apreendida com ela está dentro dos parâmetros do estudo do Instituto Igarapé (2015) para presunção relativa de uso: entre 40 e 100 gramas de maconha, o que descaracteriza a alegação de alta atividade mercantil.

Podemos destacar que A.O.L., ao ser ouvida em juízo, confessou a prática do delito, justificando que o praticou em virtude de tentar obter recursos financeiros para tratamento do seu filho de 1 ano de idade, que nasceu com doença do lábio leporino. Segundo ela, seu filho realizou uma cirurgia, mas continuou a ter muitos refluxos e foi informada pela médica que esses refluxos são perigosos, na medida em que o líquido poderia entrar no pulmão da criança, de modo que precisaria de outro procedimento preparatório. A acusada disse ainda que *fez essa besteira em momento de desespero, a fim de conseguir dinheiro para levar seu filho a uma clínica particular*.

Para o magistrado de primeira instância, o fato de a ré ingressar no presídio com a droga e a *quantidade elevada* (97g) foi suficiente para deduzir a *finalidade mercantil*, pois, para ele, como registrou na sentença, *o fato de ter um filho portador de malformação conhecida como lábio leporino, por si só, não autoriza que a ré, a pretexto ajudar o filho exerça atividade criminosa*. No acórdão que julgou seu recurso, os desembargadores mantiveram a decisão de primeira instância, e ainda asseveraram que ela *ignora completamente a prole*, pois, *mesmo sabendo os riscos de sua conduta, persiste no tráfico de drogas*. Além disso, também negou a prisão domiciliar, porque *permitiria que a ré permanecesse em contato com a associação criminosa local*.

Observamos o peso do olhar dos julgadores em manter as decisões condenatórias das mulheres envolvidas com drogas, usuárias e, portanto, com pouca quantidade de drogas, cuja atividade de pequena traficância se mostra, muitas vezes, para elas como uma opção viável de complemento da renda e sustento do lar e de seus filhos. Isso as coloca em uma posição de maior risco de encarceramento e reiteração do ciclo de (re)vulnerabilizações, pois desde o início se encontram mais suscetíveis à seleção criminalizante.

Afirmar que a condição do filho *não autoriza a atividade criminosa* é um reducionismo do problema exposto pela acusada para o juízo, pois mesmo a atual legislação penal não coloca a questão da responsabilidade em termos absolutos, de sim ou não, autorizada ou negada. O juiz deve, em respeito ao artigo 59 do Código Penal, considerar e atender “à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e

consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima” (BRASIL, 1940); ou seja, deve considerar um espectro de fatores a partir dos quais poderá deduzir o grau de culpabilidade e punibilidade de um acusado.

Assim, cabe frisar que A.O.L. não se valeu de uma mera alegação defensiva ao afirmar que seu filho era portador de uma má formação congênita. Mais que isso, a mãe, por meio da Defensoria Pública, trouxe ao processo laudo médico de hospital municipal atestando o diagnóstico de *fenda labial unilateral com fissura em palato duro e mole*, e apontou literatura médica especializada, segundo a qual *a morbidade das crianças com FLP (fissura labiopalatal) é maior, decorrente da dificuldade para se alimentar, podendo ocorrer desnutrição, anemia, pneumonia aspirativa e infecções de repetição*.

Se por um lado o juízo de primeiro grau simplifica indevidamente a análise da culpabilidade da acusada, pior é a postura do julgador em segunda instância. O ponto de franca vulnerabilidade da acusada, mãe solteira e desempregada, é tomado por ele como razão de desvalor, afirmando que A.O.L. *ignora a prole* ao comercializar a pequena quantidade de droga pela qual foi presa, ainda que tivesse praticado tal conduta, a fim de salvar a mesma *prole*, seu filho. Há, na verdade, um julgamento de cunho moral por parte do Desembargador, que, de modo implícito, coloca a realidade entre termos não necessariamente antagônicos: para ele, ou A.O.L. era boa-mãe ou era traficante.

A escolha do julgador de valorar a maternidade da acusada, de definir se ela ignora ou se cuida da *prole*, revela uma concepção de culpabilidade que se alimenta da ética tradicional, que busca na personalidade, no caráter e nas próprias opções existenciais da pessoa a base para sua punição. Essa postura: “retorna à confusão entre moral e direito, entre pecado e delito, ao incidir numa reprovação do autor incompatível com o direito penal do ato” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 161). E a partir disso, coloca em xeque a própria legitimidade do ato de punir, afinal, “onde estaria a moralidade de reprovar o criminalizado sabendo-se que nenhuma reprovação se dirigirá a outros que incorrem em idênticos ou maiores injustos?” (ZAFFARONI; BATISTA, p. 164).

É necessário retornar aos dados levantados em nossa pesquisa. A presença de mães condenadas por tráfico nos 3 anos analisados é uma regra e não uma exceção: em 2018 eram 52%, em 2019 eram 65% e em 2020, 70%. Esse dado não é isolado e ecoa em outros diferentes estudos e censos penitenciários (CEJIL, 2007; RBEP, 2021; CNJ, 2022).

Maternidade e criminalização não são elementos dissociados. Frequentemente é a necessidade de prover o sustento dos filhos e da família, somada ao desemprego e à exclusão social, que induzem as mulheres à posição de risco no pequeno comércio de drogas. Mais uma

vez o levantamento de dados sobre as presas contribui para a reflexão, já que, nos três anos estudados, cerca de 80% delas estavam desempregadas.

Como defende Moura, a partir de entrevistas com presas no Ceará, “trabalhar no tráfico de drogas não é opcional, mas, via de regra, surge como consequência da falta de oportunidade de trabalho, tanto no setor formal como informal.” (MOURA, 2005, p. 57)

De acordo com a autora e com outros estudiosos do tema (VALOIS, 2016; VARELLA, 2017), ser mãe é uma atividade geralmente compatibilizada com o pequeno comércio varejista de drogas, a ponto de definir a forma de participação das mulheres no ilícito. Isso porque, mesmo submetidas à precariedade de empregos e à situação de miséria, a tendência é que as mulheres mantenham o compromisso com a esfera doméstica, de cuidado com os filhos e de manutenção do lar, de modo que suas “atividades ilegais se estabelecem em base matrifocal” (CHAVES, 1999, p. 21-41).

Dessa forma, por preservarem o esforço de sustentar os filhos e a casa, não raro a atividade de mulheres no tráfico se centra “no foro doméstico e em relações comerciais estratégicas e não tanto na construção de uma fachada de rua” (CHAVES, 1999, p. 41).

Vê-se, portanto, como o julgamento de A.O.L. em segunda instância se encontrava dissociado de qualquer dado sobre a realidade social das mulheres presas por tráfico e muito mais ligado à uma concepção moral subjetiva de seu julgador. Nesse sentido, alerta Zaffaroni: “para secularizar o conceito de culpabilidade será preciso lançar ao mar não só as cargas religiosas (embarcadas na pena expiatória), mas igualmente cargas morais”, (ZAFFANONI; BATISTA, 2017, p. 164). E, a esse pensamento, acrescenta Juarez Tavares (2011, p. 133) que “a fusão da culpabilidade jurídica e da moral contém um resquício da concepção religiosa da culpa”.

Considerando que A.O.L. admitiu se encontrar em uma situação de dificuldade financeira e que recorreu ao tráfico não apenas pelo ganho financeiro, mas para tratar seu filho; e considerando, ainda, que a acusada comprovou a situação clínica grave dele e seu esforço para tratá-lo, entendemos que seu caso exige o reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa.

Esses dois fatores, desemprego e risco de vida do filho, colocam em xeque a reprovabilidade da acusada. Por um lado, não se pode exigir um comportamento estritamente conforme a norma de uma mulher a quem a sociedade não oferece oportunidades suficientes. E sua posição enquanto desempregada, por si, já reduzia o âmbito de autodeterminação de que dispunha, uma vez que “em conjuntura de desemprego, multiplicam-se as oportunidades de exploração extorsiva de trabalhadores” (ZAFFARONI; BATISTA, 2017, p. 357). Agravando

sua posição, ou seja, diminuindo seu grau de autodeterminação, havia ainda o dever de preservar a vida e a saúde de seu filho, quando sequer dispunha de recursos para tanto. O ato de valer-se do pequeno mercado de drogas, sob essa perspectiva, encontrava-se justificado. Para além disso, ao Estado incumbiria o dever de promover o tratamento da criança, sem que a mãe se visse obrigada a dispor de recursos para a nova cirurgia.

Dessa forma, ao compararmos o caso de A.O.L com as pessoas do círculo social típico dos magistrados, o esforço de vulnerabilidade delas seria enorme para que chegassem a uma situação concreta de criminalização, sendo quase impossível que fossem punidas em virtude do estado de situação socioeconômica, dentre outros fatores. Nessa comparação, o esforço de A.O.L é baixíssimo para se colocar na situação de vulnerabilidade criminalizante. A culpabilidade de A.O.L. deveria ser considerada menor, podendo ser excluída.

Seguramente, a análise dos antecedentes das réis passa a ser o elemento preponderante e fundamental de valoração dos julgadores, ao invés de outras circunstâncias de vulnerabilidade que deveriam ser objeto da decisão, presentes na vida dessas mulheres, tais como o risco de exposição à saúde por manterem as drogas dentro de suas genitálias; além do fato de serem mulheres pretas, jovens, desempregadas, com pouca instrução e mães de mais 2 filhos. A vida de milhares de mulheres está ameaçada pela manutenção da irracionalidade punitiva.

Ainda, é relevante destacar os casos em que se mantêm as condenações tanto por tráfico quanto por associação ao tráfico. A própria Lei de Drogas (BRASIL, 2006a), dá margem a essa criminalização indiscriminada quando, no artigo 35, dispõe que a associação se caracteriza pela reunião de duas ou mais pessoas com o fim de praticar os crimes de tráfico, “reiteradamente ou não”.

Na análise do total de 46 processos com penas mantidas, 8 deles dizem respeito a tráfico e associação de drogas. São casos recorrentes em que as réis possuem anotações em suas folhas de antecedentes criminais. Nestes casos, as penas aplicadas ultrapassam o patamar de 8 anos de reclusão no regime fechado, porque, além da aplicação da pena mínima de 5 anos do tráfico, ainda é fixada a pena de no mínimo 3 anos pelo crime de associação para o tráfico.

O artigo 35 da Lei 11.343/06¹⁰⁴ traz modalidade especial de associação criminosa (artigo. 288 do CP¹⁰⁵). Contudo, diferentemente desta, a associação para o tráfico exige apenas

¹⁰⁴ “Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.” (BRASIL, 2006a).

¹⁰⁵ “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos” (BRASIL, 1940).

duas pessoas (e não três), agrupadas de forma estável e permanente, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, os crimes de tráfico de drogas e o tráfico de maquinário da mesma lei.

A atual Lei de Drogas inseriu o tipo penal do artigo 35 como crime autônomo da associação para o tráfico. Nesse artigo, a condição “reiteradamente ou não” (BRASIL, 2006a) significa que a reunião deve visar à prática, reiterada ou não, de crimes futuros; e de modo algum se dispensa a estabilidade e o ânimo de associação de caráter duradouro e estável.

Entretanto, em muitos acórdãos analisados trata-se de mero concurso de pessoas, cuja norma estabelece o seguinte: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade” (BRASIL, 1940). Nesse sentido, vêm-se posicionando os Tribunais Superiores (BRASIL, 2019b). Portanto, os acórdãos mantêm a aplicação da pena de associação às mulheres, além do tráfico, quando deveriam reconhecer a coautoria, avaliando somente a participação de cada uma na infração, de acordo com a sua culpabilidade. Nesse caso, aplicar-se-ia a pena do tráfico de drogas, sem considerar o aumento do crime de associação.

Como nas condenações por tráfico de drogas, os casos em que se considera a associação se repetem: as réas possuem anotações em suas folhas de antecedentes criminais; e tais condenações se baseiam em transcrições subjetivas em torno da palavra dos policiais para instruir os autos de prisão em flagrante das réas no crime de tráfico e na associação, quando, na verdade, tratar-se-ia de uma simples coautoria.

Nesse sentido, relatamos o caso de E.S.M., que foi condenada, juntamente com outros dois acusados, por tráfico e associação, à pena de 8 anos de reclusão e multa, no regime fechado, porque, segundo a acusação, traziam e mantinham em depósito 39,88g de cocaína e 23,19g de maconha.

Segundo os policiais que realizaram a prisão da acusada, eles teriam se dirigido à residência em que em que ela estava e lá ingressado *para averiguar informação de ocorrência de tráfico*, encontrado os materiais entorpecentes listados acima com a ré e mais dois acusados. Ainda, segundo os policiais, todos os envolvidos *eram vapores* do tráfico local e E.S.M. era *usuária*, que *vende drogas para manter o próprio vício*. Essa versão foi confirmada pela acusada, que reconheceu estar comercializando aquela pequena quantidade de drogas, a fim de *sustentar o próprio vício*. Ela disse *fazer uso de drogas há muito tempo* e que a corré lhe dava cocaína e *dinheiro para comprar cachaça e drogas*, sendo que afirmou ter dois filhos e não possuir trabalho.

Esses trechos da fala de E.S.M., transcritos na sentença que a condenou, não mereciam o registro de mera confissão de um delito. O que a ré assume é estar presa a um ciclo de

vitimização, pois afirma ser viciada há muitos anos, não ter emprego e, com isso, depender desse trabalho para sustentar o vício, o que a expõe reiteradamente à posição de maior risco no comércio da droga.

Segundo dados do processo, E.S.M. é uma mulher preta e, quando foi condenada, tinha menos de 35 anos, ensino fundamental incompleto, dois filhos e estava solteira. O quadro desenhado sob as cores desses poucos dados permite apenas vislumbrar uma parte da vida concreta de E.S.M., mas que é suficiente para, no mínimo, assegurar um cenário provável de menor esforço de vulnerabilidade.

Como é típico das dinâmicas de mercado capitalistas, é nos níveis mais baixos da hierarquia que se encontram os maiores graus de expropriação de valor pelo trabalho (mais-valia) e os maiores riscos. Enquanto a maior parte da receita do mercado ilícito de drogas vai para bolsos desconhecidos, são pessoas como E.S.M. que se expõem a invasões domiciliares, disputas territoriais e operações policiais, que arcam com a sucessão de estigmatização e com penas sempre maiores, tudo em troca de *sustentar o próprio vício*.

Longe de perquirir mais detalhes sobre a situação de vulnerabilidade da acusada, que teria o potencial de minorar sua pena ou mesmo de exculpá-la, o juiz de primeira instância registra o relato da acusada como mera tentativa de se esquivar da responsabilidade penal, de forma indiferente ao drama vivido pela ré. Com isso, presume como falsa a sua versão e valora negativamente a sua conduta, dizendo que:

(...) é próprio daqueles que são acusados, procurar se defender de toda forma do que lhe seja atribuído como prática delitiva, amparados pelo legítimo direito de autodefesa, sempre protegidos pelo direito constitucional do acusado de permanecer calado ou mesmo, mentir.

Também nesse caso o juiz reforça *que os milicianos são servidores públicos, merecedores, a priori, de toda a confiança do cidadão e do aplicador da Lei*. A força do depoimento dos policiais opera, no entanto, apenas em desfavor da ré, uma vez que o reconhecimento de uma das testemunhas, o policial que efetuou a prisão de E.S.M., sobre ela ser *usuária* e sobre o fato de que *vende drogas para manter o próprio vício* não foi suficiente para impedir a condenação dela pelos crimes de tráfico e associação.

Para os julgadores de primeira e segunda instância, todos os acusados tinham o vínculo associativo e permanente para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes. Contudo, a situação de E.S.M. chega a ser teratológica, pois o único elemento que permite distinguir entre coautoria e associação é a palavra dos policiais e, ainda assim, de maneira extremamente contraditória e precária.

Isso porque as ações objetivamente descritas no tipo incriminador da posse para uso¹⁰⁶ encontram-se também listadas na previsão legal do tráfico¹⁰⁷. Ambos os preceitos tratam de “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo” (BRASIL, 2006a) e o único elemento diferenciador é a finalidade dessas condutas, que deve ser “para consumo pessoal” (BRASIL, 2006a) no caso de uso. Como a definição legal de tráfico não traz uma finalidade específica, parte da jurisprudência e dos pensadores do direito penal afirma que a prática do tráfico depende exclusivamente da vontade de cometer um de seus verbos.

Na prática esta distinção é marcada por problemas, impondo ao juiz prudência e lucidez, sob pena de provocar graves consequências penais como a privação de liberdade do usuário. Quando um usuário é condenado injustamente como traficante fere-se uma série de princípios constitucionais, dentre eles o da legalidade e da proporcionalidade.¹⁰⁸ Pela previsão legal, o usuário deve ser encaminhado ao sistema de saúde e de inclusão social e não à prisão, como frequentemente ocorre.

No caso de E.S.M., o fato de suas ações estarem orientadas para a aquisição e consumo de entorpecentes não importou para o juiz, que, por falta de instrumentos – ou de empatia –, deixou de perceber o evidente ciclo de dependência e vulnerabilidade confessado pela acusada e plenamente reconhecido pelo policial que a apreendeu.

A análise deste processo e dos outros nos incita a refletir como o imaginário social e o dos julgadores configura as mulheres traficantes de drogas. Certamente, são representadas como pessoas muito perigosas, destituídas de valores morais, péssimas mães, reincidentes, que integram organizações criminosas e ganham muito dinheiro em detrimento da desgraça alheia.

Contudo, tal representação não corresponde à realidade brasileira. Na sua grande maioria, são mulheres, mães de 2 a 3 filhos, pobres, pardas ou pretas, com baixa escolaridade, moradoras de bairros periféricos, com pouca ou nenhuma qualificação profissional, desempregadas ou que exercem precariamente o trabalho informal. Para elas, o tráfico significa

¹⁰⁶ Lei 11.343 de 2006, art. 28: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.” (BRASIL, 2006a).

¹⁰⁷ Na mesma Lei, artigo 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.” (BRASIL, 2006a)

¹⁰⁸ Princípio da legalidade é o que se encontra expresso no artigo 1º do Código Penal Brasileiro e no artigo 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Já o princípio da proporcionalidade é entendido como implícito em todo ordenamento baseado em uma aplicação racional de valores e regras (BRASIL, 1940).

um *bico*, uma alternativa de sobrevivência; e por vezes, o consumo da droga pode ser uma maneira de lidar com a angústia, o abandono, a exclusão social ou mesmo uma fuga da própria realidade. Condenadas pelo seu passado e sem chances de um futuro promissor, estas mulheres usuárias são alvo preferencial do sistema penal. Na verdade, são parte exposta e vulnerável de um negócio lucrativo, em que os grandes traficantes e donos de boca de fumo não chegam a serem capturados pelo (in)eficientismo do sistema de justiça criminal.

Nesse sentido, confirma a pesquisadora Luciana Boiteux (2009) que os integrantes do sistema penal são na grande maioria usuários e dependentes, réus primários, levados ao pequeno tráfico para sustentar o próprio vício. Da entrada em vigor da Lei de Drogas, em 2006, até o ano de 2021, a população prisional mais que dobrou. Saiu de 401.236 mil para 820.689 mil; um aumento de 48,49%. O tráfico de drogas é o crime de maior incidência. Saltou de 31.529 mil em 2006 para 218.233 mil em 2012, 30,28% do total de presos. Deste total, 200.742 são homens e 17.513 são mulheres. (DEPEN, 2021).

Em verdade, o Poder Judiciário depara-se com grandes desafios e dilemas que não são enfrentados. Em que pese a existência da nova Lei de Drogas – 11.343/2006 (BRASIL, 2006a) e sua previsão legal em relação ao sistema de prevenção e redução de danos -, sua aplicação atinge seletivamente os mais vulnerabilizados e seus efeitos giram em torno fundamentalmente da proibição da produção, da comercialização e do consumo de drogas ilícitas.

Embora o legislador tenha optado pela descrição das medidas despenalizadoras ou descarcerizadoras e dos procedimentos dos Juizados Especiais Criminais, limitado ao crime de porte para consumo pessoal do art. 28 (BRASIL, 2006a), contudo, não cuidou da descriminalização do uso ou porte. Dessa forma, permanecem as mesmas idiosincrasias envolvendo as suspeitas em relação aos policiais que efetuam a prisão em flagrante, pois são eles que julgam, inicialmente, a situação concreta, definindo o enquadramento legal; ou seja, quem é usuário e quem é traficante, a partir do seu critério subjetivo de quantidade da droga apreendida.¹⁰⁹

Cuida-se de tema extremamente sensível e complexo, entretanto, a necessidade de repensar abordagens mais adequadas que atendam às expectativas da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006a) e às necessidades dos dependentes, usuários, incluindo mulheres que são condenadas como traficantes - em geral, são usuárias que ingressam nessa atividade para

¹⁰⁹ Inclusive tramita no Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, ANO – ADIN 4274), em que se discute a constitucionalidade da proibição de posse para uso. A ação está pendente de julgamento desde 2015, mas já conta com três votos pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006a).

sustentar o próprio vício - nos conduz a admitir que as práticas da justiça restaurativa devem ser melhor estruturadas e amplamente instituídas em todo o país.

A justiça restaurativa visa combater o modelo de justiça criminal e é inspirada na criminologia crítica e nos movimentos do abolicionismo penal, especialmente na concepção de Louk Hulsman (2004) e Nils Christie (2020) Nesse sentido, ela argumenta que o sistema penal e o direito penal não protegem as pessoas. Eles produzem danos e dor não só às pessoas rotuladas como criminosas, mas à sociedade em geral. As regras e os princípios penais não garantem o funcionamento de uma justiça imparcial e justa. Princípios como da igualdade perante a lei penal e da intervenção mínima são deixados de lado, prevalecendo tão somente a vingança retributiva. A partir da crítica às contradições do direito penal e da justiça criminal as contribuições do abolicionismo se aproximam da justiça restaurativa seguindo uma perspectiva inovadora para lidar com os conflitos, afastando os danos decorrentes da justiça criminal tradicional (ACHUTTI, 2016).

Um ponto de partida fundamental que deve ser apropriado pela justiça criminal no caso de mulheres presas por tráfico é o foco na noção de dano social enquanto categoria que abarca o conjunto de lesões sofridas pela pessoa colocada na posição de ré. Com isso há uma recolocação de todos os termos usualmente empregados na justiça criminal, como: crime, pena, criminoso, vítima e dano. O uso atual desses conceitos culmina na provocação de novas lesões, novos sofrimentos e, por isso, demandam reparação.

Casos como o de E.S.M. sofreriam uma inversão completa, caso sua trajetória fosse analisada a partir dos danos sociais que vivenciou até chegar na posição de *vender drogas para sustentar o vício*. E do mesmo modo, outra seria a situação caso o processo de A.O.L. tivesse enfoque em sua situação de desempregada e garantidora de uma criança enferma, dependendo de dinheiro para tratá-la. Tal enfoque explicita a incoerência de se responder com a imposição de mais sofrimento a quem já se vê vítima de diferentes dores.

A fim de evitar novos danos, a justiça restaurativa habilita um maior esforço pela contenção do poder punitivo e pela busca de intervenções significativas e eficazes nas situações de conflito. A partir de tal olhar, mesmo casos como os de T.S.L. e M.M.S. mudam de prisma, uma vez que foram condenadas a penas mais duras por já contarem com condenações anteriores; ou seja, sofreram um novo dano em resposta ao dano causado pelo Estado.

É a partir dessa sensibilidade que Vera Regina Andrade Pereira (2017) e Robson Augusto de Carvalho (2022) argumentam ser relevante expandir a justiça restaurativa para outros crimes considerados graves, a exemplo do tráfico de drogas. Além disso, é importante uma análise de base crítica sobre a violência dos processos de criminalização (primária e

secundária) para que a justiça restaurativa não caia nas armadilhas camufladas em discursos aparentemente inovadores e protetores, mas que reforçam o paternalismo e o controle penal, tais como a Lei dos Juizados Especiais Criminais (BRASIL, 1995) e a Lei das Penas Alternativas (BRASIL, 1998), em que não houve diminuição do controle penal e da população carcerária (CARVALHO, 2022). Somente com uma leitura de inspiração abolicionista é possível romper com a lógica autoritária que orienta os sistemas punitivos e “superar o modelo de culpabilização centrado na equação crime-processo-pena” (CARVALHO, 2016, p.23).

Ainda, em nossa análise, examinamos as decisões que mantiveram a condenação das rés, apesar da alegação de ilicitude de prova, com invasão de domicílio, sem autorização judicial, em virtude de prisão em flagrante pelos policiais, com base em denúncia anônima. Do total de 46 processos examinados nesta etapa, podemos observar que 13 processos foram iniciados nessas mesmas circunstâncias, dos quais optamos por destacar 5 casos para comentários.

O primeiro é de A.R.M. e L.M.C., corrés condenadas a 8 anos de reclusão e multa no regime fechado por tráfico e associação, por terem em depósito 56,67 g de maconha e 2,12 g de cocaína.

No caso, os policiais responsáveis pela prisão relataram que *tinham informações sobre o envolvimento das acusadas com o tráfico de drogas*, o que os levou a montar um ponto de observação em frente à casa para lá ingressarem sub-repticiamente e efetuarem a prisão em flagrante das rés, sem que, para tanto, buscassem uma ordem judicial. Registre-se que ambas são primárias, apesar de os policiais afirmarem que L.M.C. teria sido presa uma semana antes, sem que houvesse a comprovação dessa informação nos autos.

Da mesma forma, B.S.B. foi condenada nos artigos 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006a), à pena de 08 (oito) anos de reclusão e multa em regime semiaberto, por ter em depósito 31g de maconha. Segundo afirmaram os policiais, receberam uma denúncia anônima de que na residência da ré estava ocorrendo a mercancia ilícita de drogas. Sem mandado judicial, se dirigiram para o local e se depararam com ela *do lado de fora da casa na posse de uma sacola contendo entorpecentes*. Em continuidade, os policiais ingressaram na residência de B.S.B. e, em busca domiciliar, encontraram *dois sacolés de maconha* semelhantes àqueles anteriormente apreendidos.

A terceira, A.O.S., apenada no tráfico e na associação em 12 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, por ter em depósito 14,20g de cocaína pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação (artigos 33 e 35), aplicado o aumento de emprego de arma de fogo e pelo envolvimento de adolescente (artigo 40, inciso IV e VI, todos da Lei nº. 11.343/06,

BRASIL, 2006a). Segundo os policiais, a partir de denúncia anônima de que a ré estaria exercendo atividade mercantil de drogas em sua residência, com a participação de menores infratores, procederam à residência e nela ingressaram sem autorização judicial.

Outro processo selecionado é o M.G.C, em que se manteve a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, e 160 dias-multa, em regime aberto, pela prática do crime previsto nos artigos 33, caput, da Lei 11.343/06, substituída por duas penas restritivas de direitos por ter em depósito 105,8g de maconha. Segundo a versão dos policiais, eles teriam se dirigido à residência da ré a partir de uma denúncia anônima de vizinhos que reclamaram do cheiro de maconha no local em que ela fora presa em flagrante. Apesar da negativa de autoria quanto à comercialização de drogas, além de que muitas circunstâncias da prisão permitissem deduzir uma situação de simples usuária, M.G.C. foi condenada na primeira e segunda instância, no tráfico de drogas, com base na palavra dos policiais; ou seja, sem que houvesse outras testemunhas, a palavra dos policiais é que levou à condenação da acusada por tráfico.

Finalmente, destacamos o processo de E.B.S, condenada no artigo 33, caput, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006a), às penas de 05 anos e 10 meses de reclusão e multa, em regime fechado, por guardar e ter em depósito 138g de cocaína e 715,6g de maconha. Segundo a acusação, os policiais estavam em *operação de buscas na localidade*, e observaram uma casa com a porta aberta onde lá ingressaram, avistando ré deitada na cama num dos cômodos. Após buscas no local, encontraram a droga no assoalho do sofá escondida dentro de uma bolsa preta e prenderam a acusada em flagrante delito.

E.B.S negou a autoria dos fatos, afirmando que a droga fora deixada por um garoto conhecido do seu filho, que pediu para dormir na residência, e que desconhecia o fato de que esse menino tinha levado essas drogas. Revela ainda que no dia dos fatos *tinha tomado cinco "Rivotril" para dormir e que ela toma remédio antidepressivo*, além de *que é dependente química desde cerca de 20 anos*. Embora tenha sido condenada tanto na primeira como na segunda instância no tráfico, a ré era primária e sem antecedentes, o que autoriza a redução da pena pela aplicação do tráfico privilegiado, tal como decidido em outros julgados já examinados.

Nos cinco casos relatados, assim como em outros analisados anteriormente, nota-se a mesma forma de relatar a dinâmica dos fatos. Todos os casos tiveram origem a partir de flagrantes realizados por policiais militares. Neles encontram-se narrados o recebimento de um informe anônimo, o proceder ao local, a invasão da residência tida como suspeita e a apreensão de entorpecentes e pessoas encontradas. Em nenhum deles são apresentados detalhes sobre a

procedência da referida informação tida como anônima, meio de coleta (informantes, disque-denúncia, investigação, etc.) ou qualquer outro dado que permita aferir a sua credibilidade.

Mesmo assim, o flagrante é utilizado para oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público e, ao final – mesmo sem qualquer outra prova que contradite a negativa de autoria apresentada pelos acusados e sob os protestos das defesas – as acusadas são condenadas pelos juízes e essas decisões são mantidas pelos desembargadores.

A esmagadora presença de processos iniciados por informes anônimos indica uma tática processual institucionalizada por parte da polícia, de se blindar contra alegações de abuso de poder e garantir que suas apreensões levem a condenações. Ao afirmarem ter recebido tais informes anônimos, os agentes do estado criam uma situação de suspeita aparentemente fundamentada de flagrante delito, que é o estado daquele que se encontra “cometendo uma infração penal”, que “acabou de cometê-la”, que foi perseguido ou “encontrado logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” (BRASIL, 1941)¹¹⁰.

Como a Constituição Federal concede à casa o status de “asilo inviolável” (artigo 5º, BRASIL, 1988), a entrada de agentes do estado sem autorização judicial é condicionada às hipóteses de consentimento do morador, flagrante delito, desastre ou prestação de socorro¹¹¹. Com a alegação de que teriam recebido denúncias ou informações anônimas, a conduta policial aparentemente ilícita se reveste de uma legitimidade ilegal.

Em todos os cinco casos destacados, de A.R.M e L.M.C, B.S.B, A.O.S, M.G.C e E.B.S, os julgadores entenderam como *justificado o ingresso dos policiais* nas residências, com base meramente em *informes anônimos*, mesmo quando carentes de corroboração. Para eles, a entrada forçada nas casas das mulheres estaria legitimada pela posterior apreensão de entorpecentes e pelo alegado dever de considerar os testemunhos policiais como verdadeiros em razão de serem *agentes públicos e longa manus do Estado*.

Enquanto a palavra dos policiais é dotada de fé pública, a dos acusados é absolutamente esvaziada de credibilidade. Nesse sentido, o caso de M.G.C. é exemplar, uma vez que os desembargadores consideraram que sua negativa sobre os fatos *evidencia tão somente o exercício de autodefesa assegurado*, pois, para eles, sua versão *não apresenta qualquer prova*.

¹¹⁰ “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.” (BRASIL, 1941).

¹¹¹ Art. 5º, inc. XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” (BRASIL, 1988).

A falta de isonomia no tratamento dos depoimentos é evidente: enquanto a palavra dos policiais é uma prova incondicional; a palavra dos acusados é mero *exercício de autodefesa assegurado*, que exigiria a comprovação de outras testemunhas, documentos, filmagens ou outras formas de corroboração.

Assim, depreende-se do raciocínio dos julgadores uma contradição intransponível, porquanto fundamentam o exercício da autodefesa como *assegurado* e, por outro lado, na mesma frase negam sua credibilidade no processo. Nessa dinâmica, o Poder Judiciário esvazia não apenas a garantia fundamental de inviolabilidade do domicílio, mas também a sua função republicana de contenção de injustiças e desigualdades.

Apesar de ser esta a postura predominante no judiciário fluminense, o Superior Tribunal de Justiça tem qualificado o debate e exigido provas mais seguras para a suspeita policial de flagrante delito nas residências dos cidadãos. Desde 2019, o Tribunal da Cidadania tem consolidado o entendimento de absoluta inadmissibilidade de ingresso forçado em domicílios “apenas com base em delação anônima, sem a produção de elementos capazes de evidenciar fundadas suspeitas da prática delitiva” (BRASIL, 2019c). Para a Corte Superior, a informação anônima dá início a uma suspeita que precisa ser corroborada com outras diligências devidamente documentadas. Além disso, em situações de contradição entre as declarações dos policiais e do preso em flagrante, pois “se não houver comprovação de que a autorização do morador foi livre e sem vício de consentimento, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar e conseqüentemente de toda a prova dela decorrente” (BRASIL, 2022a).

Inclusive, no final do segundo semestre de 2022, o Tribunal chegou perto de consagrar uma mudança paradigmática no tratamento da questão, ao julgar o agravo em Recurso Especial nº 1.936.393 do Rio de Janeiro (BRASIL, 2022b). O processo julgado pela Corte Superior tratava de prisão realizada pela polícia militar do Rio de Janeiro, com apreensão prévia de entorpecentes, durante busca pessoal realizada na porta da casa do réu que supostamente teria autorizado o ingresso em seu domicílio. No seu voto, o Ministro Relator Ribeiro Dantas entendeu pela necessidade da corroboração de gravação audiovisual dos fatos pela polícia para ter validade, quando não houvesse outros elementos probatórios trazidos aos autos, tese que é amplamente defendida pela doutrina estrangeira e aplicada pelos Tribunais americanos.

Em sua fundamentação, o Ministro pontua a frequência com que os julgadores da Cortes Estaduais afirmam incidir a presunção relativa ou absoluta de veracidade no que é dito pelos policiais; ser ônus da defesa comprovar a falsidade de suas versões; não ser crível que agentes estatais queiram incriminar dolosamente os réus; ser contraditório encarregar a polícia de reprimir a criminalidade e desacreditar seus depoimentos; e ser a negativa de autoria mera

invenção dos réus para escapar da condenação. Ainda segundo ele, tais conclusões são estampadas na súmula 70 do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2003) e “há uma crença subjacente de legitimidade da atuação policial, umbilicalmente atrelada a uma descrença na fala do acusado” (BRASIL, 2022).

A posição do Ministro Relator, na decisão, se fundamentou pela impossibilidade de condenação somente com base na palavra dos policiais – em oposição à súmula 70 –, no entanto, apenas um Ministro (Reynaldo Fonseca) acompanhou o seu voto. Para os demais, a palavra dos policiais pode ser tomada como prova, embora no caso concreto, a contradição entre os diferentes agentes públicos exigia a absolvição do acusado, por ausência de provas para a condenação.

Tais entendimentos aumentam a efetividade da garantia de inviolabilidade do domicílio, mas não enfrentam a conflitividade presente nas relações sociais que os casos revelam, pois se mantém a postura típica do Poder Judiciário de olhar cada processo de modo descolado da realidade social. Mesmo nos precedentes garantistas apontados, a situação de fragilidade das mulheres e de exposição estrutural à violência e ao abuso policial não são tomados como fatores de proteção do cidadão, reduzindo o problema à presença ou ausência de comprovação anterior sobre as suspeitas de flagrantes.

Esse modo redutivo de julgar, presente tanto nos julgados do TJRJ quanto no STJ, mais uma vez denota o modo pelo qual opera o Direito. Dessa forma, o mundo de exploração e desigualdade apresentado em nossa sociedade capitalista não aparece como tal, pois é ocultado pelo discurso aparente de igualdade reconhecido entre os sujeitos no âmbito jurídico.

Os mecanismos e sistemas de justiça não deixam de ser contaminados por essa visão de mundo, que permite a fabricação de uma história imaginária (ilusão) a qual é assumida como verdadeira, relativizando a percepção de uma realidade belicosa, que opõe de um lado o cidadão-de-bem e do outro extremo o inimigo a ser exterminado, o perigoso-traficante. “Por intermédio dessa realidade acaba-se por tomar o falso por verdadeiro, o injusto por justo, uma vez que opera com lacunas e silêncios, ocultando a realidade social e a dominação de classes.” (TAVARES, 2023)

Nesse sentido, Michael Löwy argumenta que tanto a polícia, os membros do ministério público, quanto os magistrados e advogados devem ser considerados representantes ideológicos (em nível jurídico) da classe dominante, segunda a qual esses “intelectuais são assimilados por essa classe, se integram a elas, são, de alguma maneira, apêndices dela, mas não representam em si mesmos uma força independente, uma força autônoma, que tenha poder real distinto do poder das classes dominantes” (LÖWY, 2010, p. 119-120)

É impossível não associar as decisões examinadas sem uma contextualização de sociedade baseada na divisão das categorias sociais antagônicas, que compõem o quadro das relações de produção e da formação social do sistema capitalista. É a partir do discurso ideológico que o direito, especialmente o direito penal, se racionaliza através da aplicação da pena.

A pena não constitui apenas uma resposta à prática de um crime; para além, a pena incorpora nessa resposta uma ideologia penal, no sentido de basear sua racionalização na ideia de que ela é necessária. Como adverte Tavares: “O direito, portanto, está imbricado de tal forma na formação social capitalista que não pode frutificar, a não ser como modalidade de racionalização do sistema, ou seja, como sua ideologia, para, assim, sustentá-lo politicamente.” (TAVARES, 2012, p. 162).

Portanto é relevante destacar que nos cinco casos, A.R.M. e L.M.C, B.S.B., A.O.S, M.G.C. e E.B.S., tenhamos mulheres pretas solteiras, desempregadas e com filhos, carentes de oportunidade e intensamente expostas ao poder punitivo desigual, mas tais fatos são tratados como irrelevantes para o Poder Judiciário no processo, que se atém a discutir a *credibilidade da palavra dos agentes estatais*, a *coerência e harmonia das provas*, entre outras tecnicidades jurídicas. A premissa fundamental de tal modo de julgar é a noção de que todos são iguais e de que a lei e o poder devem tratar a todos igualmente. Ressalta-se, assim, a validade incondicional e imodulável das normas jurídicas enquanto minimizam-se ou mesmo anulam-se as desigualdades sociais, neutralizando-se os problemas da exploração e opressão a partir das diferenças de classes.

Mais do que um problema de prova, a alta conflitividade inerente à atuação policial deve ser tomada como possível critério de vulnerabilidade, especialmente quando demonstrada uma predileção da seleção criminalizante sobre pessoas pobres, pretas e socialmente excluídas das oportunidades de educação e trabalho, moradores na periferia. É fácil de compreender por que a polícia invade a residência dessas mulheres, sem mandado judicial, sempre com a suposta alegação de que franquearam espontaneamente o ingresso em suas residências. É óbvio que opera nessas circunstâncias de vulnerabilidade estrutural a forma ideológica baseada na divisão das categorias sociais antagônicas do próprio sistema capitalista. Certamente, a polícia não entraria da mesma forma na residência de uma mulher moradora em outra localidade, pertencente à classe diversa, com maiores oportunidades sociais.

Esse modo de pensar o direito, em um esforço declarado de redução dos efeitos ideológicos e desiguais já foi renunciado por Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2015), ao refletirem sobre o direito penal no Brasil – e, em certa medida, em toda a América Latina.

Segundo os mestres, o discurso jurídico teoriza uma dinâmica de poder “exatamente inversa à real” (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 71), pois, além de sustentar a ilusão de atingir a todos igualmente, ainda propõe uma hierarquia e estrutura de controle do poder segundo a qual emanaria dos legisladores a habilitação para punir (com a previsão dos crimes) e caberia aos juízes exercê-la por meio das agências policiais apenas segundo suas instruções. Com isso, o Direito cria um mundo próprio e irreal, que “ensaia a planificação de todo o exercício do poder punitivo como se este se adequasse às pautas dos teóricos” (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 71).

A dinâmica real do poder, no entanto, aponta para um exercício majoritariamente fora do alcance dos juristas e extremamente concentrado nas mãos das agências policiais: “na prática a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida.” (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 51).

De fato, a interação cotidiana com a população, a seleção dos conflitos em que haverá intervenção policial, também, a seleção dos espaços para abuso de poder na atuação da polícia encontram-se concentrados, sendo que apenas uma parte ínfima dessas interações e seleções são levadas ao conhecimento e submetidas à resposta dos juristas. A maior parte do poder de criminalização secundária é “puro exercício seletivo, mais ou menos arbitrário e estruturalmente inevitável”. (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 52).

O efeito de ignorar a dinâmica histórica e real de funcionamento do poder punitivo é uma ampliação desmedida das agências executivas e policiais e uma redução do poder jurídico judicial, que se limita a tratar dos casos em que é chamado para atuar e se retira de todo o resto da dinâmica de operação do poder punitivo.

O exercício do poder punitivo deve ser levado em conta a partir de sua manifestação real no presente, mas também a partir de sua contextualização histórica e social. Nesse sentido, Darcy Ribeiro (1995) ao descrever o processo e a constituição da formação da sociedade brasileira desvela como se reproduzem “as práticas autoritárias e violentas como a tortura, revelando a permanência e as consequências destes ranços dos passados até os dias atuais, no imaginário social das autoridades brasileira, principalmente nas instituições” (TAVARES, 2023). O autor e grande antropólogo brasileiro, ainda, sinaliza como essa sociedade, que carrega na alma o signo do torturador de séculos de escravidão, é marcada pelas injustiças e desigualdades sociais; para “além de uma ideologia racista e classista, que cumpre silenciosamente a função de apagar as diferenças de classe e fornece aos membros da sociedade tão somente uma percepção aparente do sentimento de identidade social” (TAVARES, 2023).

Nesse sentido, podemos observar que os cinco casos destacados: A.R.M e L.M.C, B.S.B, A.O.S, M.G.C e E.B.S demonstram concretamente essa dinâmica. Suas apreensões são os poucos momentos de exercício do poder punitivo pelas agências policiais que chegam ao conhecimento dos juristas e, mesmo nesses momentos, ao invés de exercer um controle qualificado da atuação policial, os julgadores tendem a apenas endossar as revistas aleatórias, os ingressos em domicílios sem mandado judicial, diminuindo ainda mais o poder das agências jurídicas. Sem o controle judicial posterior da atuação dos policiais, esses agentes contam ainda com mais discricionariedade para as atividades diárias de “controle configurador positivo da vida social” (ZAFFARONI; BATISTA, 2015, p. 52).

O modo de funcionamento do poder punitivo, estrutural e invariavelmente concentrado nas agências policiais, é também um fator de vulnerabilidade no julgamento e condenação das mulheres presas por tráfico de drogas. E este fator deve ser considerado justamente na análise da culpabilidade das réas, uma vez que o fato de terem sido criminalizadas é efeito não só de seus esforços pessoais, como também de uma estrutura de funcionamento do poder punitivo que acirra as desigualdades ao atribuir um poder de seleção ilimitado e distante do regramento jurídico.

Portanto, verifica-se que a palavra dos policiais influencia o julgador a adotar um posicionamento mais rigoroso quanto ao tráfico, tendo o mesmo peso até que os antecedentes formalmente não reconhecidos. Essa constatação confirma os efeitos da seletividade penal da criminalização secundária, que incide sobre as mulheres condenadas por tráfico de drogas com a atuação do sistema de justiça criminal.

A culpabilidade de A.R.M e L.M.C, B.S.B, A.O.S, M.G.C e E.B.S decorre, assim, de suas posições de desvantagem social e econômica, que as expõe com maior intensidade aos abusos da atuação policial. Diante disso, não é possível afirmar que ostentem uma culpabilidade *normal* ou *maior* - tais como aludem os julgadores nas decisões -, por terem praticado condutas supostamente graves. Deveriam contar, sim, com culpabilidades menores, por não serem as únicas responsáveis pelas próprias condenações.

4.1.3 Penas agravadas

Desde o início de nossas pesquisas, a expectativa é que nos defrontaríamos com um grande número de decisões cujas penas seriam agravadas especialmente pelo Tribunal. Entretanto, observamos que o aumento de pena em segunda instância é excepcional, pois nos três anos pesquisados encontramos apenas três processos para análise.

L.S.F foi denunciada no artigo 33, VI, 34 e 35 da Lei 11.343/2006, além do artigo 16 da Lei 10.826/2003 (BRASIL, 2003), pela guarda e depósito, em sua residência, de 201g de cocaína; 82,5g e duas pedras, totalizando 197g de crack; e, por fim, 258 munições de 9mm e 70 munições de 40mm. Como relatam os policiais, a partir de denúncia anônima, sem qualquer averiguação de investigação sobre a origem, receberam informações de que o referido local estava sendo utilizado como depósito de preparação de material entorpecente que pertencia ao Comando Vermelho. Sem mandado judicial, dirigiram-se à casa e lá ingressaram, onde foi franqueada a entrada deles pela ré, encontrando a droga apreendida, além de materiais (pinos e embalagens) de preparação da cocaína e munições. Ainda, informam os policiais que no momento da prisão o telefone da ré tocou. Ao atender a chamada, os policiais identificaram que era uma adolescente, dizendo estar levando certa quantidade de droga para ser endolada no local.

Condenada em primeira instância a 6 anos de reclusão e multa nos artigos 33 da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006a) e 16 (posse de munição) de Lei 10.826 (BRASIL, 2003), no regime fechado, o magistrado reconheceu a prática do crime de tráfico e a posse de munição, absolvendo-a no delito da associação. Destaque-se que, embora primária e sem antecedentes, o juiz textualmente fundamenta sua decisão na prova policial em juízo, de que *nunca tinham ouvido falar da ré como traficante, sendo até uma surpresa para eles*; e, nesse sentido, afastou o referido crime. Além disso, em relação ao envolvimento da adolescente, o magistrado embora tenha aplicado o aumento da pena relativo ao inciso VI do artigo 33 entendeu que não haveria prova suficiente de que a ré estivesse associada ao tráfico (BRASIL, 2006a, art. 35).

Inconformado, o Ministério Público recorreu dessa decisão para que o Tribunal reconhecesse também o delito de associação. O acórdão reformou a decisão de primeira instância para condenar a ré por tráfico e julgou também que a ré estava associada à adolescente para a prática de atos de mercancia. Embora tenha feito a redução no mínimo legal em relação ao crime de tráfico – 5 anos e 10 meses de reclusão, o julgador de 2º instância aplicou a pena de associação em 3 anos e 6 meses de reclusão e multa, e confirmou a sentença em relação à pena de posse da munição: 3 anos e 10 dias de reclusão, totalizando tudo em 12 anos e 4 meses e 10 dias de reclusão e multa.

Embora a pena aplicada seja restritiva de direitos – substitutiva da prisão – prestação de serviços comunitários e pagamento de multa, o regime imposto é o aberto; o que não deixará de mantê-la sob o peso do sistema de justiça criminal. Parte das mulheres egressas do sistema carcerário fica em dívida com o Estado por outro tipo de condenação: a pena de multa.

Esse tipo de pena é uma espécie de sanção penal que possui natureza patrimonial e que está prevista na grande maioria das normas criminalizadoras, isolada ou em conjunto com a pena privativa de liberdade, nos regimes aberto, semiaberto ou fechado.

A multa consiste no pagamento de determinado valor em dinheiro em favor do Fundo Penitenciário Nacional para fins de supostamente custear o sistema carcerário brasileiro. Em outras palavras, a pena-multa tem como função primária custear e perpetuar a máquina produtora e reprodutora de violência do sistema penal.¹¹²

Nesse sentido, a cobrança da pena pecuniária afetará o próprio sustento da família, criando uma situação de mais vulnerabilidade para essas mulheres por cada cobrança, a partir da notificação do débito, juros e correção monetária que são adicionados ao débito, aumentando o valor, em um percurso sem fim. A mulher presa e egressa do sistema penal, sem oportunidades sociais de trabalho, de estudo e de vida, não conseguirá pagar. A consequência é a não extinção da pena em decorrência da falta de pagamento da pena de multa. Dessa forma, esse tipo de penalidade serve para dificultar ainda mais a ressocialização da vida das mulheres condenadas pretas, pobres e marginalizadas, sobreviventes do cárcere por uma sociedade excludente.

Além do débito, os seus direitos civis e políticos também permanecem suspensos, impossibilitando a regularização do seu título de eleitor, por exemplo, e não será extinta a sua punibilidade. Esta mulher estará impedida de votar, de regularizar documentos como carteira de trabalho, RG e CPF e ainda, de se candidatar em concursos ou redes de ensino público, que possam melhorar sua qualidade de vida. Ainda, pela falta dos documentos, não haverá chances de ser incluída nos programas de benefícios sociais, além da liberação da negativa de antecedentes criminais e com isso diminuem também as chances de conquistar um emprego para suprir as necessidades mais básicas como a moradia, seu próprio sustento e de seus filhos.

Já no caso de J.O.S trata-se de denúncia que imputou o crime de tráfico à acusada pelo transporte e posse de 19,5g de cocaína e 7,48g de maconha. Segundo os policiais militares que realizaram a prisão, a ré foi abordada e revistada dentro de uma van, em decorrência de denúncia anônima de que ela *ia visitar o marido dela no presídio e no retorno trazia drogas*. As drogas

¹¹² A pena de multa prevista no artigo 51 da parte geral do Código Penal brasileiro sempre ficava a cargo da Fazenda Pública, que sempre considerava insignificantes os valores devidos. A partir de 2018, o Supremo Tribunal Federal determinou, através da ADI 3150, que: “o Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal” (BRASIL, 2018a). Essa tese garantiu elevado poder ao Ministério Público, que passou a cobrar diversas penas de multa. Em 2019, houve a publicação da Lei 13.964/2019, que ficou conhecida vulgarmente como “Pacote Anticrime”, tendo entrado em vigor em janeiro de 2020. (BRASIL, 2019a). Essa lei alterou diversos artigos do nosso ordenamento jurídico, sobretudo a parte que trata da pena de multa. Nesta nova redação, a pena de multa passou a ser executada perante o juiz de execução penal e considerada dívida de valor com aplicação das normas referentes à dívida ativa da Fazenda Pública. Assim, desde que o Ministério Público assumiu essas cobranças, o número de casos de pessoas com as referidas execuções passou a aumentar, causando prejuízos ainda maiores para os egressos do sistema penal e suas famílias.

foram encontradas em momentos diferentes: no momento da abordagem foi identificada a quantidade de maconha mencionada acima e, após ser conduzida até a delegacia de polícia, a acusada afirmou que possuía mais substância entorpecente, no caso, cocaína (...) em seu órgão genital. Os policiais enfatizaram ainda que *os sacolés estavam dentro de uma sacola transparente suja de sangue, já que a acusada se encontrava no período de menstruação.*

A dinâmica relatada pelos policiais que prenderam J.O.S. foge à regra observada até aqui. Ao invés de buscar drogas para levar até o marido no interior do presídio, *a acusada descia mais de uma vez na semana para visitar o esposo, ocasião em que adquiria entorpecentes em Acari para revender em Teresópolis.* Em sua defesa, a acusada disse ser usuária desde os 17 anos, e que costumava comprar as drogas de consumo em Teresópolis, *porém o preço era bem mais caro e pesquisou onde poderia comprar no Rio de Janeiro.*

Para o juiz de primeira instância, o caso de J.O.S. era na verdade de uso e não tráfico, determinando que a acusada fosse julgada por esse crime perante o juizado especial criminal¹¹³ decisão que justificou *pela quantidade de substância entorpecente apreendida na posse da ré, bem como as circunstâncias em que ocorreu a apreensão e uma vez que ela admitiu ser usuária de entorpecentes.*

Em segunda instância, no entanto, os desembargadores decidiram cassar a referida decisão e condenar J.O.S como incurso no crime de tráfico em sua modalidade privilegiada, submetendo-a à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e multa, substituída por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana). Para esse desfecho do caso, foi especialmente relevante a palavra dos policiais, o julgador não concordou com a tese de falta de prova da destinação da droga a mercancia, pois, em suas palavras *os agentes da lei já tinham ciência anterior do modus operandi da recorrida.*

Vê-se, ao contrário, que a pouca quantidade e o relato dos fatos trazidos, a partir da exaustiva análise feita neste estudo, revelam que seria crível que a droga apreendida em poder da ré, tal como nos casos elencados no item 4.1.1, se destinaria ao uso próprio.

Por fim, A.P.M foi denunciada pela prática do crime de tráfico após ser presa em flagrante durante visita ao marido preso, por transportar 66,5 g de cocaína. Segundo os agentes penitenciários responsáveis pela prisão, através do *scanner* de revista na entrada do presídio, foi identificada a quantidade de drogas mencionada entre os materiais de higiene que a acusada levava para o marido em sua bolsa. Perante o juízo, os agentes chegaram a afirmar que já no

¹¹³ Órgão do poder judiciário com competência para julgar crimes de menor potencial ofensivo.

momento da prisão a acusada explicou que *uma mulher na fila pediu para entrar com aqueles bens, já que na bolsa dela não cabia mais e não sabia que tinha entorpecentes ali.*

Em sua defesa, A.P.M explicou que a prisão não teria ocorrido na entrada do presídio, e sim na saída, repetindo a versão dada no momento de sua prisão para os agentes prisionais. Para o juiz de primeira instância, a autoria do caso estaria demonstrada por meros indícios, insuficientes para a condenação criminal, por força do princípio *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, chegando a frisar que: *as duas testemunhas ouvidas em juízo pouco ou quase nada se lembram do evento, sustentando somente que em meio a objetos portados pela acusada foram encontrados entorpecentes, o que não é por esta negado.* Assim, decidiu o magistrado pela absolvição, já que o Ministério Público, neste caso, não foi capaz, com a devida vênia, de alcançar um nível de verdade probatória além da dúvida razoável suscitada pela autodefesa contida no interrogatório.

Após recurso do Ministério Público, em segunda instância, no entanto, entenderam os desembargadores em reformar a decisão para condenar a ré como incurso nas sanções do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006a), às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime aberto, e multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma de prestação de serviços à comunidade e a outra prestação pecuniária. Destaque-se que o principal fundamento para decisão foi o valor da credibilidade do testemunho dos agentes penitenciários, pois segundo o acórdão, *tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa.*

Na análise das penas agravadas - mesmo tendo o suporte de 3 acórdãos - chama especial atenção como os julgadores impõem o controle estatal pela reação institucional ao comportamento desviante (BARATTA, 1997) com penas altíssimas e regime fechado, sem avaliar as circunstâncias e o contexto de vulnerabilidades em que as réas estão inseridas. Nesse sentido, podemos reconhecer que o Poder Judiciário desempenha um papel estruturante no agravamento do encarceramento feminino brasileiro¹¹⁴.

Embora se continue acreditando, desde o início do século XIX, que a pena não tem somente a função de retribuir, mas a de prevenir o crime e ressocializar o delinquente, a aplicação da pena de prisão aplicada no regime fechado cumpre apenas sua finalidade repressiva, ao punirem-se os crimes cometidos e impor tão somente o castigo sem a menor chance de reinserção social (ZAFFARONI e BATISTA, 2015).

¹¹⁴ Embora não seja objeto da nossa pesquisa, é preciso registrar que no fim de 2016 essa população subiu para 44.721 detentas, segundo o INFOPEN 2018 (BRASIL, 2018b).

Assim, na aplicação da pena de prisão - fechado e semiaberto - pelo Tribunal, antes de expressarem a finalidade em prevenir novos crimes, os acórdãos confirmam a função especial negativa da pena¹¹⁵, que é a de neutralizar e segregar as mulheres condenadas, medida que se caracteriza pela inefetividade de prevenção do crime. Além de impossibilitar a ressocialização, já que o cárcere é um ambiente criminógeno que, em verdade, gera uma desressocialização.

Em outras palavras, os efeitos deletérios da estigmatização criam, no Brasil, uma justiça seletiva e estão presentes nos acórdãos examinados das penas agravadas pelo Tribunal tanto quanto em relação ao julgamento de primeira instância. Entre outros, tendem a manter-se em um ciclo de vulnerabilizações, ao redirecionar as mulheres condenadas no sistema penal mesmo quando impõe as penas restritivas de direitos, por exemplo, em vez de reconhecer a absolvição.

A análise desta etapa de pesquisa revela o distanciamento dos vetores democráticos, sobretudo o princípio constitucional da igualdade e de que a lei penal deve atender a interesses coletivos a ser construída e aplicada de forma isonômica. Assim, a igualdade da lei penal, quer na sua elaboração ou aplicação, constitui um verdadeiro mito no contexto do ordenamento brasileiro (BARATTA, 1997).

As decisões legislativas na escolha das condutas a serem taxadas como crimes e no estabelecimento das sanções que serão aplicáveis retratam bem como os socialmente desfavorecidos são tratados com muito mais rigor pela lei penal. A imensa maioria dos tipos penais previstos na legislação brasileira descreve condutas praticadas pelos estratos sociais mais desfavorecidos e, desta feita, pode-se afirmar que a escolha do legislador condiciona quem exercerá o papel de delinquente. Nesse sentido, a justiça penal atua desigualmente não apenas na criminalização primária quanto no impacto do tratamento destoante que pode ser auferido também na criminalização secundária, na atuação dos agentes públicos e perceptível em todas as fases da persecução penal. Por isso, a desconstrução conclusiva de Alessandro Baratta em resposta ao enunciado fictício proclama: “A lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de forma desigual entre os indivíduos” (BARATTA, 1997, p. 197).

¹¹⁵ Assinale-se a distinção entre as funções geral e especial da pena. A função preventiva pode ser geral e aplicada com a finalidade de reafirmar a vigência da norma perante a sociedade. A função de prevenção especial (individual) tem o objetivo de evitar crimes futuros. Ou pela ação positiva de correção do autor, por meio da execução da pena, ou mediante a ação negativa de proteção da comunidade pela neutralização do autor através do encarceramento.

CONCLUSÃO

“Erguendo-nos enquanto subimos.”
(DAVIS, 2017)

Em nossa pesquisa nos debruçamos sobre as decisões condenatórias por tráfico de drogas, aplicadas a mulheres punidas com pena privativa de liberdade, com ênfase nos acórdãos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre junho e dezembro de 2018, e durante os anos de 2019 e 2020. Levantamos 14.830 processos por condenação de tráfico, porém, entre mulheres, selecionamos 210 processos com sentenças recorridas ao Tribunal no período especificado: 49 em 2018, 105 em 2019 e 56 em 2020. A análise desses processos permitiu verificar que os protótipos de mulheres pretas, solteiras, com filhos, desempregadas e de baixa escolaridade compõem a maioria das condenadas.

Para uma análise do teor – considerando as decisões da segunda instância, em comparação às de primeira – trabalhamos com um recorte de 79 processos, obtidos a partir dos seguintes critérios: os 15 processos do período entre 2018-2020 em que o Tribunal decretou a absolvição; os 15 casos de 2018 em que as penas foram diminuídas; os 46 casos de 2019 em que as penas foram mantidas; e, finalmente, 3 processos cujas penas foram agravadas pelo Tribunal nos anos 2018-2020.

Por último, definimos um conjunto de 21 processos – que corresponde a 10% do total dos processos – para apresentar o conteúdo substancial das histórias narradas e das argumentações jurídicas destacadas em cada processo.

A análise revelou um mecanismo de construção do estereótipo nas decisões que resultaram em penas mantidas, diminuídas ou agravadas nesse período perante o Tribunal. O norte da pesquisa foi esclarecer de que forma as circunstâncias de vulnerabilidades são consideradas nas decisões daquele colegiado, especialmente na determinação da pena, quando valoradas a culpabilidade e outras circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Na análise foi possível confirmar, nos três grupos das decisões examinadas - penas diminuídas, mantidas e agravadas -, a hipótese de que os julgadores não reconhecem, na fundamentação da pena, as circunstâncias de vulnerabilidades das mulheres. Foi possível detectar, ainda, que os indicadores que marcam a maioria das condenadas - mulheres pretas, solteiras, com filhos, desempregadas, baixa escolaridade - tornaram-se motivo de maior reprovação na aplicação de pena das réis, comprovando a perspectiva de Juarez Cirino dos Santos, para quem o julgamento se traduz como o exercício do poder político e seletivo orientado pela ideologia penal, que incide quase sempre ativada por estereótipos, preconceitos

e outras idiossincrasias pessoais, provocados “por indicadores negativos de pobreza, desemprego, marginalização, etc.” (SANTOS, 2005, p. v).

Todos esses elementos sensíveis e marcadamente presentes nos processos julgados são invisíveis para os julgadores. Dentro da narrativa judicial e legal, as circunstâncias reveladoras de violência sistemática a que estão subjugadas essas mulheres sequer existem e, enquanto problemas inexistentes, tampouco admitem ser consideradas nas decisões analisadas. Verificamos que essa indiferença é o modo de operar que se manifesta mais frequentemente na primeira instância e, em segunda, reiteradamente nos casos de manutenção da sentença.

Uma das hipóteses iniciais do estudo era de que encontraríamos, tanto da primeira quanto da segunda instâncias, grande número de decisões que agravariam a pena dessas réis. A expectativa era de que o punitivismo e a ideologia de defesa social estariam presentes na atuação do judiciário fluminense e que se manifestassem de modo marcante nesses casos. Ao contrário do esperado, observamos que o aumento de pena em segunda instância é a exceção, uma vez que nos três anos analisados encontramos apenas três processos nesse caso.

No entanto, o agravamento da pena em segunda instância ser exceção, não significa que o Tribunal não exerça o poder punitivo de forma irracional, de vez que os casos de penas mantidas constituem a maioria dos processos estudados.

Isso decorre do fato de que, nos processos em que os juízes enfrentam algum fator de vulnerabilidade, como pobreza e maternidade, o tomam como um desvalor moral da conduta das réis e fundamento para agravar a pena, já na primeira instância. Mães que, mesmo expostas ao pequeno comércio de drogas, se esforçam para cuidar e sustentar os filhos são taxadas como socialmente desajustadas ou como mães que ignoram suas proles. Mulheres hipossuficientes e desempregadas, em situação financeiramente precária são também chamadas de desajustadas ou portadoras de personalidade distorcida, com comportamento voltado para o crime. São mulheres que usam droga para suportar a vida, ou para suprir necessidades urgentes e profundas de seus filhos. Ou são mulheres subjugadas pelo próprio território em que vivem, conflagrado e permeável à ação violenta da própria polícia. Ou são mulheres cooptadas para a vida do crime de tráfico por influência dos companheiros presos, ou para salvar suas próprias vidas, ameaçadas dentro do sistema prisional.

Dores e sofrimentos intimamente ligados ao gênero, como o risco de saúde e a exposição íntima de transportar drogas em órgãos genitais, passam despercebidos pelos julgadores. Uma absoluta falta de empatia marca a ação dos julgadores: são homens fazendo as regras sobre suas vidas, seus filhos e suas histórias, ressignificando o impacto da vulnerabilidade na Justiça criminal.

O resultado da pesquisa revela, ainda, o drama das mulheres que são condenadas por tráfico, mesmo tendo alegado o vício, e estando de posse de pouca quantidade, casos em que deveriam ser consideradas usuárias. A atual Lei de Drogas não apresenta um parâmetro objetivo e quantitativo que sirva para distinção entre usuário e traficante. Essa realidade revela a condução de uma política criminal irrazoável, seja na perspectiva econômica de custo desproporcional para o Estado, seja na perspectiva de proteção da dignidade das acusadas que carregam o estigma da prisão, além de uma rigorosa condenação por tráfico de drogas.

A vulnerabilidade dessas mulheres é ainda ressignificada, em maiores proporções, diante da análise dos casos de reincidência e dos antecedentes criminais. Esses elementos tornam-se preponderantes no agravamento na aplicação da pena, quando expressam um juízo de maior reprovação na conduta das acusadas. O arbítrio da discricionariedade judicial autoriza que o juiz aumente as penas de acordo com seu entendimento do que efetivamente venha a constituir maus antecedentes. Dessa forma, a seleção criminalizante imposta pela justiça criminal acaba por impactar de forma irracional os destinos dessas mulheres, que são compelidas ao sistema penal, convertendo suas penas, muitas vezes, em prisões perpétuas ou até quando elas consigam se libertar do estigma dessa mácula sem novos processos criminais.

Outra consequência relevante, merecedora de ser destacada nesta conclusão da pesquisa, é a grande quantidade de processos que se inicia por prisão em flagrante pelos policiais, a partir de denúncia anônima, com ingresso nas residências das réis, sem mandado judicial, e sem qualquer investigação prévia sobre os fatos referentes à incriminação. Vale ressaltar que, nestes casos, sempre a alegação recorrente é a de que as réis franquearam espontaneamente a entrada da polícia para justificação da ilegalidade. A despeito da irrazoabilidade da versão a palavra dos policiais predomina, desqualificando a versão das condenadas.

Em verdade, a pesquisa demonstra que esses processos já vêm julgados pela própria polícia, desde o início, a partir da prisão arbitrária e ilegal das mulheres que acabam condenadas mesmo, o que demonstra que a justiça criminal se apoia na sobrevalorização probatória da prova policial, atentando contra os direitos fundamentais dessas mulheres, já tão vulnerabilizadas pelo racismo estrutural e pela opressão de gênero e classe.

No âmbito tanto da sociologia quanto do pensamento criminológico de perspectiva crítica feminista, o resultado da pesquisa reforça a premissa da abordagem nas decisões analisadas, de como a mulher é inserida em um lugar de objeto, operando o discurso machista e da discriminação de gênero. Tais elementos de desequilíbrio são, ainda, aprofundados no caso das mulheres negras, jovens, protagonistas da força social e econômica de milhões de famílias brasileiras. A elas são impostas, no julgamento, as condições de maior discriminação, exclusão

social e marginalização pelo qual “o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras.” (CRENSHAW, 2002, p. 171). Na realidade, tais sistemas, frequentemente, se sobrepõem, criando intersecções complexas nas quais dois, três ou quatro eixos se entrecruzam.

A perspectiva da interseccionalidade contribui para pensar como as relações sociais de raça, sexo e classe podem impactar nos desafios de adoção de políticas públicas eficazes, que visem a redução da desigualdade social e da seletividade penal na Justiça criminal, como nos casos de mulheres julgadas por tráfico de drogas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em nosso estudo debatemos, também, como a concepção de vulnerabilidade percorre os caminhos da desigualdade, da exclusão social, do racismo estrutural, da ausência de reconhecimentos de direitos; para além da necessidade de se repensar mecanismos de redução das desigualdades, através de ações afirmativas.

A luta pela conquista da igualdade material exige a elaboração de uma política de redistribuição que leve em consideração tanto a privação econômico-social, a fim de uma distribuição mais igualitária dos recursos e bens, como também as políticas sociais universalistas transformadoras, que visem à redução das desigualdades sociais (FRASER, 2002; SANTOS, 2003).

Em sua obra, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, a filósofa estadunidense Judith Butler (1990) apresenta uma reflexão sobre o sujeito do feminismo e o reconhecimento da integração entre política e vulnerabilidade. Para ela, a política acaba sendo camuflada, porque o próprio espaço público é definido em uma perspectiva ética e de não-violência. Colocar a vulnerabilidade como objeto da política pública é um grande desafio, porquanto ela constitui um elemento essencial para se buscar o exame das injustiças sociais a serem enfrentadas; assim como, os obstáculos externos e internos à sua emancipação, a fim de se estabelecerem os remédios políticos necessários para combatê-la.

Desta forma, as ações afirmativas têm sido promovidas para garantir a igualdade material tratamento e oportunidade, a fim de compensar a desigualdade historicamente acumulada no Brasil, em virtude da discriminação por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero. Tais medidas especiais são voltadas a grupos discriminados e vitimados pela exclusão social, conforme ocorreu no passado e devem ser previstas como mecanismo de redução do impacto da vulnerabilidade.

Embora sociologicamente se proponham critérios para conter a desigualdade, é necessário, por outro lado, pensar também em como reduzir os mecanismos de agravamento das desigualdades pelo poder punitivo. Além da negativa de acesso a direitos básicos, o Estado, por meio do seu poder punitivo, ainda agrava a pena, ressignificando o impacto da vulnerabilidade das mulheres condenadas por tráfico de drogas diante da seletividade penal.

A análise dos processos comprova, também, a existência de um problema maior, que resulta em uma preocupação já existente, qual seja a de evitar que grupos já vulnerabilizados socialmente sejam ainda mais impactados pela Justiça criminal. Por essas razões, é necessário defender a ampliação de políticas públicas, de modo a reduzir, na atual quadra da Justiça criminal, as discriminações de gênero, racial-étnica e de classe.

A atual redação do artigo 59 do Código Penal desperta um olhar reprovador na aplicação da pena, o qual é retratado nas decisões examinadas. Todas as circunstâncias judiciais presentes no dispositivo estão listadas teleologicamente, e voltadas para a “reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940). Especialmente quanto à culpabilidade das rés. Em nenhum dos casos são ponderadas as situações de vulnerabilidades como causa de exclusão ou redução da pena. Assim, tais circunstâncias conduzem ao agravamento das penas.

O Projeto de Lei 3.473 de 2000 - que foi arquivado em 31 de janeiro de 2022 -, prevê a modificação do Código Penal, na aplicação de pena, para incluir dentre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a responsabilidade do Estado pela omissão das oportunidades sociais não oferecidas a elas. Alternativamente, o referido Projeto de Lei propõe acrescentar, na segunda fase da dosimetria da pena, uma atenuante genérica, em que o magistrado pode aplicar uma pena mais branda, podendo ser reduzida abaixo do mínimo legal, nas hipóteses em que as circunstâncias de vulnerabilidades estejam presentes a fim de conter o poder punitivo.¹¹⁶ Apesar de o STJ apresentar entendimento sumulado “de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à pena abaixo do mínimo legal” (Súmula 231), o fato é que não existe nenhuma proibição legal de modo a impedir a atenuação abaixo do limite mínimo legal.

Embora tenha sido arquivado, desde sua proposição, em 18 de agosto de 2000, o referido Projeto de Lei apresentou um amplo debate. Após tramitar na Comissão de Constituição e Justiça, foi encaminhado ao Plenário em 14 de maio de 2003 para voto; e, posteriormente,

¹¹⁶ Artigo 68 A: “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz, observado o critério do art. 59, e havendo desproporcionalidade entre a pena mínima cominada e o fato concreto, poderá, fundamentadamente, reduzir a pena de um sexto até metade.” (BRASIL, 2000).

enviado para apensamento ao Projeto de Reforma do Código Penal - PL 7123/2014. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Em face do exposto, diante dessa iniciativa no âmbito legislativo, cabe a argumentação sobre a necessidade da renovação do conteúdo do Projeto de Lei nº 3.473/2000, haja vista já existir em nosso país uma percepção bem aguçada por parte da doutrina e dos Tribunais dos países, bem como o reconhecimento em outros países latino-americanos da positivação do princípio da coculpabilidade.

Assim, mediante a mudança da legislação penal (artigos 59 e 68 do Código Penal brasileiro) - (BRASIL, 1940) - para incluir entre as circunstâncias judiciais as oportunidades sociais oferecidas pelo Estado, haveria a redução do poder punitivo, já que a norma penal seria aplicada de forma mais filtrada e restrita. Neste particular, esta alteração pode acarretar um julgamento mais equânime e justo, considerando as condições pessoais e socioeconômicas das pessoas envolvidas em situação de desigualdades sociais e de maiores vulnerabilidades; o que certamente representaria um avanço para a proteção dos grupos vulneráveis socialmente, tal como as mulheres condenadas por tráfico de drogas.

Na dogmática penal, o tema foi amplamente desenvolvido a partir da teoria da coculpabilidade, buscando adequar a reprovação penal, ao prever Zaffaroni (1991) e Nilo /Batista (1990) a responsabilidade da sociedade e do Estado pelas consequências de marginalização e exclusão social gerada, e sobre as quais podem recair nas condutas julgadas pelo magistrado.

Nesse sentido, o juiz deve avaliar a coculpabilidade e reconhecer a diminuição do poder de autodeterminação no âmbito da culpabilidade material das mulheres condenadas por tráfico de drogas, diante da omissão estatal em prover os direitos sociais e constitucionais necessários na busca pela igualdade material. A aplicação do princípio da coculpabilidade democratiza o critério de juízo de censura no sistema de justiça desigual brasileiro (ZAFFARONI, 1991).

O tema foi ampliado sob os auspícios dos professores Nilo Batista e E. R. Zaffaroni (2017), ao apresentarem a proposta da culpabilidade pela vulnerabilidade, cuja concepção não corresponde a uma forma alternativa da culpabilidade tradicional, mas sim propõe nova perspectiva de compreensão do instituto; visando conduzir a aplicação de pena de forma menos injusta e como medida de redução de danos, em busca de um direito penal mais humano, justo e menos seletivo. Através do esforço pessoal na análise concreta das circunstâncias de vulnerabilidades das mulheres condenadas por tráfico de drogas, o juiz poderá avaliar o menor grau de culpabilidade no âmbito da sua autodeterminação; e, desta forma, fixar uma pena bem mais branda ou até excluí-la.

A partir dessa perspectiva deverá ser proporcionada uma melhor aplicação da pena pelos julgadores, em alguns casos podendo ser reconhecido o estado de necessidade exculpante ou que não seria exigível uma conduta diversa no caso concreto, tal como a mãe que foi levada à prática do tráfico para conseguir pagar a operação do filho, vítima de lábio leporino. Desse modo, o Poder Judiciário passaria a adotar a situação concreta enfrentada pela pessoa a quem se pretende imputar um ato delitivo, que se encontra nas características típicas do estado de vulnerabilidade.

Eis o caminho de esperança que venha trazer mudanças de paradigmas na justiça criminal para transformar a vida de milhares de mulheres jovens, pobres e pretas, as quais se encontram encarceradas pelo sistema penal brasileiro.

Finalmente, não poderíamos concluir este estudo sem ao menos mencionar o pensamento de Marx e Engels, fruto de nossas inspirações desde o início desta pesquisa, esperando que o trabalho desenvolvido possa servir de mote para iluminar os caminhos de outros estudos no âmbito da Justiça, de modo que as decisões condenatórias levem em consideração que:

Se o homem não goza de liberdade em sentido materialista, quer dizer, se é livre não pela força negativa de poder evitar isso e aquilo, mas pelo poder positivo de fazer valer sua verdadeira individualidade, os crimes não deverão ser castigados no indivíduo, mas [devem-se] sim destruir as raízes antissociais do crime e dar a todos a margem social necessária para exteriorizar de um modo essencial sua vida.

Se o homem é formado pelas circunstâncias, será necessário formar as circunstâncias humanamente.
(MARX e ENGELS, 2003, p. 149-150).

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. G.; PINHEIRO, L. C.; LIMA, F. S. e MARTINELLI, C. **C. Juventude, Violência e Vulnerabilidade Social na América Latina: Desafios para Políticas Públicas**. Brasília, UNESCO, 2002.
- ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- AGÊNCIA BRASIL. **O Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado> Acesso em: 4 jan.2021.
- AKERMAN, Marco. **Qualidade de vida e exclusão**. São Paulo: Debates Socioambientais, v. 2, n. 4, 1996.
- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.
- ALBUQUERQUE, P. S. P. de. **Introdução à Actual Discussão Sobre o Problema da Culpa em Direito Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- ALEXANDER, Michelle. 2018. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. Apresentação. Dossiê marxismo e questão racial, in: **Revista Margem Esquerda**, n.27: outubro de 2016.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, Coordenação Djamilia Ribeiro, 2019.
- AMARAL, Jefferson Ney; LOPES, Brenner (Supervisão); CALDAS, Ricardo Wahrendorff (Cordenação). **Políticas públicas: conceitos e práticas**. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. p. 15. Disponível em: [http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/E0008A0F54CD3D43832575A80057019E/\\$File/NT00040D52.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/E0008A0F54CD3D43832575A80057019E/$File/NT00040D52.pdf) Acesso em: 8 jun. 2020.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. **A ilusão de segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997a.
- ANDRADE, Vera Regina P. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. **Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC: sequência de estudos jurídicos e políticos**, v. 18, n. 35, 1997b, pp. 42-49.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Sequência: estudos jurídicos e políticos, v. 27, n. 52, p. 163-182, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão/ Vera Regina Pereira de Andrade**. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. (Pensamento Criminológico; 19) 1ª. Reimpressão, março 2017.

ANJOS FILHO Robério Nunes dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho, HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras, CAZETTA, Ubiratan (coord). **Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. Orientador: Gilberto Bercovici. 27 mai. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (org.). **Direitos humanos: estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Juspodivm, 2010. V. 1.

ARENDT, H. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V. Coleção Os pensadores, vol. 1. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Report of the fourth session of the subcomission on prevention of discrimination and protection of minorities to the commission on human rights**. General. 1 October 1951. Tradução livre. Disponível em: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/E/CN.4/641>. Acesso em: 12 jul. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 8 jun. 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha; SANTOS, Marcel Ferreira. **Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 136, 2017.

ÁVILA, Gustavo Noronha; SANTOS, Marcel Ferreira. **Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 136, 2017. p. 269.

AYRES, J. R.; FRANCA JUNIOR, I.; CALAZANS, G. J.; SALETTI FILHO, H. C.. O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios. In D.

Czeresnia (Org.). **Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**. (2ª ed.), Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal**. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 3, p. 57-69, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica E Crítica Ao Direito Penal**, 3ª Edição, Editora Revan, RJ.1997.

BARATTA, A. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, C. H. de. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARCINSKI, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 2, p. 577-586, mar./abr. 2009.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Consultor Jurídico. **Igualdade entre sexos: Carta de 1988 é um marco contra discriminação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BARRETO, Daniela Lima. O direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: Batista, Nascimento, André. **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011 p. 161-180.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990a, p 105.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, ano 3, nº 5/6, 1998, p. 81.

BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos – Violência, Justiça, Segurança Pública e Direito Humanos No Brasil de Hoje**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990b.

BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. In: **Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Ed.Revan, 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro:Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel**. 2009. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/18102/public/18102-18103-1-PB.html>>. Acesso em: 20 maio 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BAYLÃO, Raul Di Sergi. **Um conceito operacional de minorias**. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano, v. 17, p. 209 - 233, jan./jun. 2001

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. São Paulo: Difel, 1967.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony;

BECK, Ulrich; LASH, **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Ed. Unesp, 1997, p. 11-72.

BERHING, E. R.; BOSCHETTI, Ivonete. **Política Social: Fundamentos e História**. São Paulo: Cortez, 2006.

BOBBIO, Norberto. Existe uma doutrina marxista do Estado? In.: BOBBIO, Norberto. **O Marxismo e o Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273f. Tese (Doutorado – Programa de Pós Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006

_____. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, p. 83-103, 2014.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Feminismos Plurais, 2018.

BRAH, Avtar. Difference, Diversity, Differentiation. In: **Cartographies of Diaspora: Contesting Identities**. London:New York, Routledge, 1996

BRANDI, Ana Carolina Dias; CAMARGO, Nilton Marcelo de. Minorias e Grupos Vulneráveis, multiculturalismo e Justiça Social: Compromisso da Constituição Federal de 1988. In: **Minorias e Grupos Vulneráveis: Reflexões para uma tutela inclusiva**, Dirceu Pereira Siqueira e Nilson Tadeu Reis Campos Silva (Orgs). 1. Ed. Birigui-SP: Boreal, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 399/2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/947642> Acesso em 20 jan. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701> Acesso em 20 jan. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Departamento penitenciário nacional**. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2ZlZWVmNzktNjRlZi00MjNiLWFhYmYtNjE4NmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 24 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. 2a. ed. Brasília, DF: 2018(b). Disponível em: https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 24.548 de 3 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24548.htm Acesso em 20 jan. 2022

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm#:~:text=S%C3%A3o%20consideradas%20entorpecentes%2C%20para%20os,morfina%2C%20seus%20sais%20e%20prepara%C3%A7%C3%B5es. Acesso em 20 jan. 2022

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 4jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei Nº 3.689 De 03 De Outubro De 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm Acesso em 20 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 24 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm. Acesso em: 9 agosto de 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110409.htm#:~:text=LEI%20No%2010.409%2C%20DE%2011%20DE%20JANEIRO%20DE%202002.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20preven%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,Sa%C3%BAde%2C%20e%20d%C3%A1%20Outras%20provid%C3%AAs Acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 13 de abr. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Nº 11.343 de 23 De Agosto de 2006**. Brasília, DF: 2006(a) Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso: 4 jan.2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, DF: 2006(b). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm Acesso: em 20 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.964, De 24 de dezembro de 2019**. Brasília, DF: 2019(a). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 24 ago.. 2022.

BRASIL. Senado. **Projeto de lei do Senado PLS nº 3.473 de 18 de agosto de 2000**. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 15 mar 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 231**. Brasília, DF: 22 set. 1999. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 479.977 – SP**. Quinta Turma, rel. Min. Reynaldo da Fonseca. Julgado em: 14/05/2019, Diário de Justiça eletrônico de 23 mai 2019(b).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 105.138 – MS**. Sexta Turma, Relator Min. Nefi Cordeiro. Diário de Justiça eletrônico de 10 abr. 2019(c). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=rhc+105138&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.865.363 – SP**. Sexta Turma, rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em: 22/06/2021, DJe. 29 jun. 2021(a).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 598.051 – SP**. Quinta Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, DJe. em 15 mar. 2021(b).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 698.199 – RS**. Sexta Turma, Relator Min, Sebastião Reis Júnior. Diário de Justiça eletrônico de 20 jun de 2022(a).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.936.393 – RJ**. Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em: 25/10/2022; DJe 08 nov. 2022(b).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 105.278 – RN**. Segunda Turma. Rel. Min. Ayres Brito. Julgado em: 19/10/2010, DJe. em 28 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 453.000 – RS**. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 4/04/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.986 – RS**. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em: 8 de maio de 2015. Diário de Justiça eletrônico, n. 87, 11 de maio de 2015. Decisão monocrática.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória De Constitucionalidade 41**. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Julgada em 8 de jun. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3150**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgada em: 13 dez. 2018(a). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2204004>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRITO, Jaime Domingues. **Minorias e grupos vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/229002134/> p. 108. Acesso em 8 jun. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Tomos 2º e 3º. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUSSO, Gustavo. **Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI**. In: Seminario internacional Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, 2001, p. 8. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/vulnerabilidad-social-nociones-e-implicancias-de-politicas-para-latinoamerica-a-inicios-del-siglo-xxi.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020.

BUSTOS Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 376.

BUTLER, J. **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of identity**. New York: Routledge, 1999.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e Direito Penal**. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-14082020-114748. Disponível em

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-14082020-114748/pt-br.php> Acesso em: 04 abr. 2023.

CALDAS, Camilo Onoda Luiz. **A teoria da derivação do estado e do direito**. 2014.

CALDAS, Camilo Onoda Luiz. **A Teoria Da Derivação Do Estado E Do Direito**. Disponível Em: https://Teses.Usp.Br/Teses/Disponiveis/2/2139/Tde-0209201463137/Publico/Doutorado_Camiloonodacaldas_Completa.Pdf. Acesso Em: 9 set.2020.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha, Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANÇADO, Taynara Candida Lopes; SOUZA, Rayssa Silva de; CARDOSO, Cauan Braga da Silva. **Trabalhando o conceito de vulnerabilidade social**. Trabalho apresentado no XIX Encontro Nacional de Estudos Populacionais [População, Governança e Bem-Estar], ABEP, realizado em São Paulo/SP, de 24 a 28 de novembro de 2014.

CAPOTORTI, F. **Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious, and linguistic minorities**: Chapter 2: The international protection of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities since 1979 / by Francesco Capotorti, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Geneva: UN, 20 May 1977.

CARNOY, Martin. **Estado e Teoria política**. (equipe de trad. PUCCAMP) 2ª ed. Campinas: Papyrus, 1988, p.67- 89.

CARVALHO, Robson Augusto Mata de. **Controle penal das drogas no Brasil: possibilidades e limites de redução do encarceramento pela justiça restaurativa**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/235884> Acesso em 15 out. 2022.

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

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação de pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASALINO, Vinícius Gomes. **O direito e mercadoria: para uma crítica marxista da teoria de Pachukanis**, 2011. P. 96;

CASALINO, Vinícius Gomes. Apontamentos sobre Direito e Estado em Teoria Geral do Direito e Marxismo. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 3, 2016, p 1238-1259.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: ICC/Revan: 2005.

CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M.. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. **Cadernos de Pesquisa**, 2002,143-173.

CAYRES, G. R. M.; CIDADE, R. B. As minorias, a condição de vulnerável e ações afirmativas. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; VITA, Jonathan Barros; SILVEIRA, Helena Colodetti Gonçalves (org.). **Direitos e garantias fundamentais II**. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2015.

CAYRES, G. R. M.; CIDADE, R. B. As minorias, a condição de vulnerável e ações afirmativas. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; VITA, Jonathan Barros; SILVEIRA, Helena Colodetti Gonçalves (org.). **Direitos e garantias fundamentais II**. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 174.

CELSO, Naoto Kashiura Júnior. Dialética e forma jurídica: considerações acerca do método de Pachukanis, in Márcio Bilharinho Naves (org.), **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis**, Campinas, IFCH/Unicamp, 2009.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 2006.

CHAVES, Miguel. **Casal ventoso: da gandaia ao narcotráfico – marginalidade econômica e dominação simbólica em Lisboa**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2013.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. 1. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Dimensões do princípio da igualdade e a constitucionalidade das cotas raciais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/constituicao-dimensoes-principio-igualdade-constitucionalidade-cotas-raciais>. Acesso em: 8 jun. 2020.

COLARES, Leni Beatriz Correia; CHIES, Luiz Antônio Bogo. Mulheres nas so(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, n. 2, pp. 407-423, maio-agosto/2010.

COLLINS, P, H.; BIRGE, S. **Interseccionalidade**. Trad. Rane Souza. São Paulo: Boitempo. 2021

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Traduzido por Paulo César Busato da 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novos Dados sobre Pessoas Presas no Brasil**. Brasília/Distrito Federal: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em 25 julho de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em 20 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em 20 jan. 2023. Acesso em 20 jan. 2023.

CONSULTOR JURIDICO. **Para Guilherme Nucci, não há nada a comemorar nos 10 anos da Lei de Drogas**. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas/ Acesso em: 24 jan. 2020.

CORTINA, Mônica Ovinski. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 3, pp. 761-768, set./dez. 2015.

COSTA, Elaine Cristina. **Amor Bandido: As teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas**. Maceió: EdUFAL, 2008.

COSTA JÚNIOR, H. Crítica à legitimidade do direito penal funcionalista. In: **Discursos Seduciosos**, n. 9 e 10, ano 5, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 95-102.

COSTA, da Coelho Bumbel Guilherme. **A garantia de direitos fundamentais à população sem-abrigo. Orientador: Anabela da Costa Leão**. 2018. p. 28. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas), Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto. 2018. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117418/2/302683.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

COSTA, Pricyla. **O Estado deveria assumir co-culpabilidade pelos crimes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-fev-21/numero-presos-diminuiria-estado-reconhecesse-parte-culpa#:~:text=A%20Bo%20via%20coloca%20a%20co,o%20fato%20impulsionado%20pela%20mis%20ria.&text=O%20C%20B3digo%20Penal%20paraguaio%20prev%20AA,antes%20de%20arbitrar%20a%20pena>. Acesso em 1 dez. de 2020.

CRENSHAW. Kimberle. **Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics**. University of Chicago Legal Forum: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8> Acesso em: 24 jan. 2020.

————— **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. University of California ã Los Angeles, 2002. Disponível <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 15 fev. 2023,

CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. O eco escravista: processo histórico de formação da seletividade penal. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, 10(3), pp. 464-484. 2018.

DADOS SOBRE POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO BRASIL SÃO ATUALIZADOS. Ministério da justiça e segurança. <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados> Acesso 17 jun. 2020.

DALMASO, T. F.; MEYER, D. E. Circulação e consumo de drogas em uma penitenciária feminina: percepções de uma equipe de saúde prisional. **Saúde em Debate**, v. 41, n. 115, pp. 1157-1167, out./Dez. 2017.

DAVIS, Angel. **As mulheres negras na construção de uma nova utopia**. Publicado em 23/12/2018 no portal Movimento de Mulheres Olga Bernard. Disponível em https://issuu.com/movolgabenariobr/docs/davis__angela._as_mulheres_negras_n/1 Acesso em 04 março. 2023.

DAVIS, Angela. **Estarão as Prisões Obsoletas?** Tradução: Mariana Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DAVIS, Angela. **Mulheres, cultura e política**. Tradução: Heci Regina Candiani. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

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

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DIRETORIA DE ESTUDOS E PESQUISAS DE ACESSO À JUSTIÇA. **Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>. Acesso em 30 abr. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (Brasil). **Quantidade de Incidência por Tipo Penal**: período de janeiro a junho de 2021. [2021]. Infográfico interativo. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMzRlNjZhZDAtMGJjMi00NzE0LTllMmUtYWY1NTAxMjQzNzVI%20IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 12 jul. 2022.

DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la Teoría del Delito*, Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018

DONZELOT, Jacques. **Face à l'exclusion**: Le modèle français. 3. ed. Paris: Esprit, 2006.

DOVE, Nah. **Mulherismo Africana, Uma teoria Afrocêntrica**. *Jornal de Estudos Negros*, Vol.28, no5, Maio de 1998. Disponível em: <https://estahorareall.files.wordpress.com/2015/11/mulherisma-africana-uma-teoriaafrocecc82ntrica-nah-dove.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2022..

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1964.

ENGELS, Friedrich. **Esboço de uma crítica da Economia Política**. Friedrich Engels: política. São Paulo: Ática, 1981.

ENGELS, Friedrich. MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

EVARISTO, Conceição. **Poemas da recordação e outros movimentos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Malê, 2017.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Lisboa: Ulisseia limitada 1961. Tradução de Serafim Ferreira.

FANON, Frantz. *Pele Negra Máscaras Brancas*. Tradução de Renato da Silveira. – Salvador: EDUFBA, 2008. p. 194.

FELTRAN, Gabriel de Santis. **Irmãos: uma história do PCC**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FIGUEIREDO, I; AYRES, J. R.; FRANÇA JÚNIOR, I.; CALAZANS, G. J.; SALETTI FILHO, H. C. **O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios**. In D. Czeresnia (Org.). **Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**. (2ª ed.), Rio de Janeiro: Fiocruz. 2009.

FIGUEIREDO, I; NORONHA, R. L. A vulnerabilidade como impeditiva/ restritiva do desfrute de direitos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 4, 2008,129-146.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Torres, 2005.

FOUCAULT, M. **Genealogia del racismo: De la guerra de las razas al racismo de Estado**. Trad. do francês para espanhol Alfredo Tzveibely. Madrid: La Piqueta, 1992.

FRANK, Reinhard **Reconhecimento sem ética?** Lua Nova: São Paulo, n. 70, p.101-138, 2007.

FRANK, Reinhard, Nancy. **A Justiça Social na Globalização: redistribuição, reconhecimento e participação**. Trad. por TAVARES, Teresa. In.: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº63, outubro de 2002.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2004

FRASER, N. *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a “Postsocialist Age*. In. _____ **Adding Insult to Injury**. Nancy Fraser debates her critics. Edinburgh: Verso, 2008.

FRASER, Nancy. **Redistribuição ou reconhecimento?** Classe e status na sociedade contemporânea. In: *Interseções – Revista de Estudos Interdisciplinares*. UERJ, ano 4, n.1, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2003.

Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2002

FONSECA, Cláudia. **O anonimato e o texto antropológico: dilemas éticos e políticos da etnografia 'em casa'**. Disponível em: [http://nah.dove-mulherismoafricana._uma_teoriamulherista%20\(1\).pdf](http://nah.dove-mulherismoafricana._uma_teoriamulherista%20(1).pdf); Acessível: 01 mar. 2023.

GERMANO, I. M.; MONTEIRO, R. A.; LIBERATO, M. T. Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 38, n. esp. 2, pp. 27-43, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Tradução: Margarethe de. In: *Maestros del Derecho Penal*, nº 7. 2. Ed. Buenos Aires: Editorial IB, pp. 83-143.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUIMARÃES, Lytton. Grupos vulneráveis e desenvolvimento humano. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito brasileiro**. Brasília: IIDH, 1996, p. 371-372.

HANNAH, Alison; KITTAYARAK, Kittipong. **Global Prison Trends 2018**. Disponível em: https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2018/04/PRI_Global-Prison-Trends-2018_EN_WEB.pdf/. Acesso em: 05 mar. 2019.

HARVEY, David. **17 contradições e o fim do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2016.

HELPEES, SÍntia Soares. **Vidas em Jogos: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Instituto de Ciências Humanas, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

HOLLOWAY, John; PICCIOTTO, Sol. Capital, Crisis and State. **Capital and Class**, London: Conference of Socialist Economists, v. 1, n. 2, Summer, 1977.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas. O sistema penal em questão**, Niterói: Luam, 1993.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Tradução Ana Luiza Libânio. Rio de Janeiro: Rosa nos Tempos, 2018.

HOUAISS, Antônio; SALLES, Villar Mauro de. **Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Círculo de Leitores, 2015.

HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal**. in PASSETTI, Edson e DA SILVA, Roberto. *Conversações Abolicionistas, uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*. São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, 1997, pp. 190-219.

HULSMAN, Louk. **Alternativas à Justiça Criminal**. in PASSETTI, Edson (coordenador). Curso livre de abolicionismo penal. São Paulo/Rio de Janeiro: Nu- Sol/Revan, 2004, pp. 35-68.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v.1, t, 2.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: 1959, v. 3.

IMPÉRIO DO BRAZIL. **Lei do Império de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm Acesso em: 15 nov. 2018.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Nota Técnica: Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas – cenários para o Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2015. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2015/08/Nota-t%C3%A9cnica-Igarap%C3%A9-_08-2015.pdf; Acesso em: 1º mai. 2021.

JACOBS, G. **Derecho Penal**. Madrid, Marcial Pons, 1997, prólogo.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JESUS, Carolina Maria de. **Quarto de despejo: diário de uma favelada**. 9. ed. São Paulo: Ática, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 2, n. 6, abr.-jun. 1994, pp. 117-132.

KASHIURA JÚNIOR, C. N.; NAVES, M. B. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**, São Paulo, Boitempo, 2000.

KASHIURA JÚNIOR, C. N.; NAVES, M. B. **Pachukanis e a Teoria geral do direito e o marxismo**. Prim Facie, v. 12, n. 23, p. 01-24, 28 set. 2015.

KATZMAN, R. **Vulnerabilidad y Exclusión social: Una propuesta metodológica para el estudio de las condiciones de vida de los hogares**. Chile: CEPAL. 2005.

KATZMAN, R. **Vulnerabilidad, activos y exclusión social en Argentina y Uruguay**. Santiago de Chile: OIT – Ford, 1999.

KATZMAN, R. **Vulnerabilidade, activos y exclusión social en Argentina y Uruguay**. Santiago de Chile: OIT – Ford, 1999; Katzman, R. (Coord.). Activos y estructuras de oportunidades. Estudios sobre las raíces de la vulnerabilidad social en Uruguay. Montevideo: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD Uruguay)/Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal, Oficina de Montevideo), 1999. Disponível em: <http://www.eclac.cl/cgi->

bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/2/10772/P10772.xml&xsl=/uruguay/tpl/p9f.xsl Acesso em: 11 jun. 2020.

KONDER, Leandro, **A questão da ideologia**, (São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LOPES, Edson. **Política e Segurança Pública: uma vontade de sujeição**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

LORDE, Andre. **Pensamento Feminista: conceitos fundamentais**. Org. Heloísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Bazar dos Tempos, 2019.

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 2010.

LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther Jakobs**. in: *Direito penal e funcionalismo*.

CALLEGARI, André Luís et al. Trad. André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 12.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Série Encuentro. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

MALLART, Fábio. **Findas linhas: circulações e confinamentos pelos subterrâneos de São Paulo**. 2019. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Tradução de Sérgio M. Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MARX e ENGELS, Friedrich. **A sagrada família**, São Paulo, Boitempo, 2003.

MARX e ENGELS. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec, 1984.

MARX e ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1964.

MARX e ENGELS, Friedrich.. **Prefácio à crítica da economia política**: São Paulo: Edições Ciências Sociais. 1977

MARX, Karl. **Líneas. Fundamentales de la crítica de la economía política**. Barcelona: Crítica. 1997.

MARX, K. **O capital**. Crítica da Economia Política. Livro 1. O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013

MARX, Karl **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011a.

MARX, Karl. **Contribuição para a crítica da economia política**. 2ª ed. Tradução e Introdução de Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MARX, Karl. **Contribuição para a crítica da economia política**. Lisboa: Estampa, 1973.

MARX, Karl.. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo. 2010, 2005a [1843].

MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. Tradução, seleção e notas Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012, Disponível em: <http://www.afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Marx,%20Karl/Critica%20do%20Programa%20de%20Gotha.pdf> Acesso em: 8 jun. 2020.

MARX, Manuscritos econômico-filosóficos de 1844, Tradução: Tomas Costa. Petrópolis: Vozes, 2022.

ENGELS, Friedrich. **Esboço de uma crítica da Economia Política**. Friedrich Engels: política. São Paulo: Ática, 1981.

MASCARO, Alysson. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014.

MASCARO, Alysson. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.52.

MBEMBE, A. **Crítica da razão negra**. Lisboa: Antígona, 2014.

MBEMBE, A. **Necropolítica**. Sevilla: Fundación BIACS. 2006.

MELLO, Jair Fontes. A dignidade da pessoa humana e o crime de racismo. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9346/A-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-crime-de-racismo>. Acesso em: 04 jun. 2020.

MELLOSSI, Dario. Cárcere e trabalho na Europa e na Itália, no período de formação do modo de produção capitalista. In: Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

MENEGAT, Marildo. **A crítica do capitalismo em tempos de catástrofe: o giro dos ponteiros do relógio no pulso do morto**. Rio de Janeiro: Consequência, 2019.

MENEGAT, Marildo. **A crítica da economia política da barbárie: Entrevista com Marildo Menegat**. Revista Maracanan, Rio de Janeiro, n. 18, p. 268-276, jan./jun. 2018.

MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia. 2012. 1ª reimpressão, janeiro de 2015.

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Traductor/a Rodríguez Muñoz, José Arturo Editorial Hammurabi: Buenos Aires. 2010.

MIGNOLO, Walter. Os esplendores e as misérias das ciências: colonialidade, geopolítica do conhecimento e pluri-versidade epistêmica. In: **Conhecimento prudente para uma vida decente**: um discurso sobre as ciências. Org. Boaventura de Sousa Santos. Porto: Afrontamento, 2003.

MOSER, C. **The asset vulnerability framework**: reassessing urban poverty reduction strategies. Washington D. C: World Bank, 1998.

MOURA, Maria Juruena. **Porta Fechada, Vida Dilacerada - Mulher, Tráfico de Drogas e Prisão**: estudo realizado no presídio feminino do Ceará. 2005. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=132868 Acesso em 21 jan. 2021.

MOURA, M. J. **Mulher, tráfico e prisão**. Fortaleza: Eduece, 2012.

NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitária, 2014.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis,. São Paulo: Boitempo, 2008.

NORONHA, R. L.. **A vulnerabilidade como impeditiva/restritiva do desfrute de direitos**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, 4, 2008, p. 129-146.

O'DONELL, Guilherme. **Anotações para uma teoria do Estado II**. Revista de Cultura e Política nº 3 nov. /jan. São Paulo: Paz e Terra, 1981, p. 73-74.

OLIVEIRA, Denilson Araújo de. **Gestão racista e necropolítica do espaço urbano**: apontamento teórico e político sobre o genocídio da juventude negra na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.academia.edu/36614907/GEST%C3%83O_RACISTA_E_NECROPOL%C3%8DTICA_DO_ESPA%C3%87O_URBANO_APONTAMENTO_TE%C3%93RICO_E_POL%C3%8DTICO_SOBRE_O_GENOC%C3%8DDIO_DA_JUVENTUDE_NEGRA_NA_CIDADE_DO RIO_DE_JANEIRO_1_Denilson_Ara%C3%BAjo_de_Oliveira_Professor_Adjunto_do_Departamento_de_Geografia_FFP-UERJ_Coordenador_do_NEGRA. Acesso em: 23 jul. 2019.

OLIVEIRA, Denilson Araújo de. O Negro Drama e Revoltas nas Mentalidades... Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-negro-drama-e-revoltas-nas-mentalidades/> . Acesso em: 23 jul. 2019.

OLIVEIRA, Luiz Fernandes de. Concepções docentes sobre as relações étnico-raciais em educação e a Lei 10.639. In: **Anais da 30ª Reunião da Anped**. GT: Didática. 2007.

OLIVEIRA, Luiz Fernando e LINS, Mônica Ferreira. “Que criança feia! Por que a mãe dela está feliz? Ela nunca vai ficar branca”: reflexões teóricas sobre crianças e relações raciais. **Educere et Educare Revista de Educação**. Vol. 10, Número 20 jul/dez 2015.

OLIVEIRA, N; RIBEIRO, E. O massacre negro brasileiro na Guerra às Drogas. Reflexões sobre raça, necropolítica e o controle de psicoativos a partir da construção de uma experiência negra. SUR, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 35-43, 2018, p. 39

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p.69.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório de Drogas e Crime. Escritório de Ligação e Parceria no Brasil, 2023. **Drogas: marco legal**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em 24 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório da Organização dos Estados Americanos (OEA) – Cenários para o problema das drogas nas Américas 2013-2025**. 2012. Disponível em: <http://reospartners.com/wp-content/uploads/old/Cenarios%20do%20Problema%20das%20Drogas%20nas%20Americas.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena:** conferência mundial sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

PACOTE anticrime propõe alterações em 14 leis: são três propostas para combater os crimes organizado, violento e de corrupção. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 19 fev. 2019. Segurança. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552158-pacote-anticrime-propoe-alteracoes-em-14-leis/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

PASHUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. A invenção penitenciária: a experiência dos EUA na primeira metade do século XIX. In: Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Revan, 2006.

PEDRINHA, Roberta Duboc. O futuro do Direito Penal é o Direito Penal sem pena: da concepção dialógica ao paradigma restaurativo. In: BARBOZA, H.; *et al.* (org.) **Direito Penal - o futuro do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2022.

PIEIDADE, Vilma. **Sororidade**. São Paulo: nós, 2017,

PERONI, Lourdes; TIMMER, Alexandra. **Vulnerable groups: the promise of an emergent concept in european human rights convention law**. 11 International Journal of Constitutional Law, 2013, p. 1056-1085.

PIERANGELI, José Henrique. Desafios dogmáticos da culpabilidade. **Revista dos Tribunais**, n. 761, mar. 1999,

PRADO, Luiz Régis, et. al. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. In: **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. CASTRO-

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, cultura e conhecimento na América Latina, In: **Pensar (in) as intercepções: Teoria e prática da crítica pós-colonial**. Org. S. Castro Gomez, O. Guardiola-Rivera, C. Millán de Benavides. Santafé de Bogotá: CEJA: 1999, p. 99-109.

QUIJANO. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: **Colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas**. Edgardo Lander (org). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colección SurSur, CLACSO, 2005.

RAWLS, John, **Uma Teoria da Justiça/John Rawls**: Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula nº 70**. Rio de Janeiro: 04 ago. 2003. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acesso em 12 mar. 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia**. Novos Estudos jurídicos, Itajaí: Univali, v. 13, n. 2, jul. /dez. 2008.

ROXIN, C. **Reflexiones politico-criminales sobre el principio de culpabilidad**

ROXIN. Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Tradução: Munhoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

_____. **Derecho Penal**. parte general, tomo I, Madrid: Civitas, 1997, tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

_____. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006..

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAAD, Luisa. “**Fumo de negro**”: a criminalização da maconha no pós-abolição, Editora da UFBA, Salvador, 2009; Elisaldo Araujo Carlini, “A história da maconha no Brasil”, *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v.55, n.4, 2006.

SAMPAIO, Denis. **Inovação legislativa do uso de drogas diante da uma visão processual**: nova medida descaracterizadora, *Boletim IBCCRIM* nº 170, jan./2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Colecção Reinventar a Emancipação Social**: Para Novos Manifestos, Porto: Afrontamento, 2003a.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In SANTOS, Boaventura de Souza [org.]. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b.

SANTOS, Catarina Alves de. **There is a place for the minorities’ claims in a Rawlsian society?** Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/viewFile/585/538> Acesso em: 8 jun. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Culpabilidade**: desintegração dialética de um conceito metafísico. *Revista de Direito Penal* 15/16, p. 59, Rio de Janeiro, jul.-dez. 1974.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS; NUNES, João Arriscado. **Para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. In SANTOS, Boaventura de Souza [org.]. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003a, p. 43.

SAUL; GUIMARÃES. **Seletividade do sistema penal, o caso Rafael Braga e a condenação fundamentada exclusivamente no testemunho oficial**. *Seletividade do sistema penal no caso Rafael Braga/ organização João Ricardo Wanderley Dornelles, Roberta Duboc Pedrinha, Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrinho*. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 65-89.

SCHEERER, Sebastian. **Economia dirigida e perspectivas da política de drogas**. *Revista Discursos sediciosos*, nº 14, Rio de Janeiro: Revan, 2004. pp.. 104-115.

SCHUMANN, L. R. M. A. **A multidimensionalidade da construção teórica da vulnerabilidade**: análise histórico-conceitual e uma proposta de índice sintético. 2014. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) – Centro de Estudos Avançados e Multidisciplinares, Universidade de Brasília, Brasília. 2014.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado da Cultura, Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados. **Índice de Vulnerabilidade Juvenil – IV 2000**: Distrito do Município de

São Paulo. 2000. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/ivj/>. Acesso em: 14 set. 2019.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA JUNIOR, Edson Lopes da. **Política e segurança pública: uma vontade de sujeição**. 2007. 214 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/3786> Acesso em 20 jan. 2021.

SINGER, André. **Os sentidos do lulismo: reforma gradual e pacto conservador**. 1ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Robena Barbosa. **Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social**. 2017, p. 115. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25245/rdsp.v5i1.219>. Acesso em: 8 jun. 2020.

SOARES, Barbara; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOUZA. Taiguara Líbano Soares e **A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro**. 1. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

SOCZEK, Daniel. **Vulnerabilidade social e novos direitos: reflexões e perspectivas**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, jan. /jun. 2018, p. 19-30.

STRECK, Lenio Luiz. O Direito Penal à Luz do Princípio da Proporcionalidade: um acórdão garantista. **Doutrina nº 9**, Rio de Janeiro: Luam, 2000.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90-91.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: Batista, Nilo; Nascimento, André (orgs.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TAVARES, Juarez. Projeto de Código Penal: a reforma da parte geral. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 161-189, out.-dez. 2012. Disponível: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_sumario.htm Acesso: 4 jan. 2023.

TAVARES, J. **Teorias do Delito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980..

TAVARES. Kátia Rubinstein Tavares. **As recentes mudanças de paradigmas no processo penal**. Consultor Jurídico 2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-18/katia-tavares-mudancas-paradigmas-processo-penal> Acesso em 20 mar. 2023.

TIBLE, Jean. **Marx contra o Estado**. Revista Brasileira de Ciência Política, nº13. Brasília, janeiro - abril de 2014, p. 53-87.

TRINDADE, Antonio; CANÇADO, Augusto **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3.ed., 3. reimp. São Paulo: D'Plácido, 2020.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2017.

VIGNOLI, J. R. **Vulnerabilidad demográfica en América Latina: ¿Qué hay de nuevo?** Seminário Vulnerabilidade, CEPAL, Santiago de Chile, 2001.

VILLA, Miguel. **Vulnerabilidad social: Notas preliminares**, Santiago Chile, 2001. CEPAL/CELADE.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva)**. Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

WALSH, Catherine. Introducción - (Re) pensamiento crítico y (de) colonialidad. In: WALSH, Catherine. (Org.). **Pensamiento crítico y matriz (de)colonial**. Reflexiones latinoamericanas. Quito: Ediciones Abya-yala, 2005.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução: Afonso Rezende. Campinas: Ed. Romana, 2003.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal – una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Barcelona: Ariel, 1964. p. 80

WIRTH, L. “The problem of minority groups” In: LINTON, R (org). **The science of man in the world crisis**. New York, Columbia University Press, 1945.

WOLFGANG, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 67

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico**. São Paulo: Editora Boitempo, 2003.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 83.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**, 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, VALLADARES, Lola (Orgs.) **El género en el derecho. Ensayos críticos**. Quito: V&M, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, v.1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al; **Direito Penal Brasileiro**. 1.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2, t.2.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31-48. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. p. 11. Acesso em 01 jan. 2021

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZEHR, Howard. Avaliação e princípios da Justiça Restaurativa. **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, p. 411- 417, 2008a

_____. **Trocando as lentes**: justiça restaurativa para o nosso tempo. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008b.