



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARINA AZEVEDO SCHUBERT**

**JUÍZOS DE REPROVAÇÃO E SENTENÇAS PENAIIS: UMA  
ANÁLISE QUANTO À NECESSIDADE DA DELIMITAÇÃO  
DA CULPABILIDADE**

Salvador  
2021

**MARINA AZEVEDO SCHUBERT**

**JUIZOS DE REPROVAÇÃO E SENTENÇAS PENAIIS: UMA  
ANÁLISE QUANTO À NECESSIDADE DA DELIMITAÇÃO  
DA CULPABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.

Salvador  
2021

Dados internacionais de catalogação-na-publicação

S384 Schubert, Marina Azevedo  
Juízos de reprovação e sentenças penais: uma análise quanto à  
necessidade da delimitação da culpabilidade / por Marina Azevedo Schubert.  
– 2021.  
114 f.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de  
Direito, Salvador, 2021.

1. Culpabilidade. 2. Dosimetria da pena. 3. Tráfico de drogas - Mulheres.  
3. Responsabilidade penal. I. Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. II.  
Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.04

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**MARINA AZEVEDO SCHUBERT**

### **JUÍZOS DE REPROVAÇÃO E SENTENÇAS PENAIS: UMA ANÁLISE QUANTO À NECESSIDADE DA DELIMITAÇÃO DA CULPABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.

Aprovada em 28/05/2021

#### **BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado  
Universidade Federal da Bahia

---

Profa. Dra. Daniela Carvalho Portugal  
Universidade Federal da Bahia

---

Profa. Dra. Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti  
Universidade Católica do Salvador

SCHUBERT, Marina Azevedo. *Juízos de reprovação e sentenças penais: uma análise quanto à necessidade da delimitação da culpabilidade*. 2021. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se as variáveis de raça, gênero e classe impactam negativamente na dosimetria de réus condenados pelo crime de Tráfico de Drogas, devido a juízos de reprovação. O trabalho é escrito através de uma perspectiva feminista, buscando integrar as histórias femininas, ignoradas pelo direito penal por tanto tempo. Através de uma visão minimalista do sistema penal, busca-se debater sobre possíveis injustiças presentes no ordenamento. Para o seu desenvolvimento, utiliza-se como metodologia a teoria fundamentada dos dados, pela qual, através de uma discussão intercalada entre teoria e prática, debate-se sobre a presença desses juízos valorativos em sentenças condenatórias. Como foco do trabalho, busca-se analisar a culpabilidade dentro da primeira fase da dosimetria da pena, vez que é critério extremamente subjetivo e controverso no direito penal brasileiro. Por esta razão, torna-se necessário o debate sobre o tema, pois é preciso apontar a presença de arbitrariedades no sistema criminal. A ausência de uma teoria da pena, traz uma grande margem de liberdade ao magistrado, que facilmente se transforma em uma arbitrariedade judicial. O trabalho se divide em três capítulos de desenvolvimento, em que se analisam a criminologia feminista e a participação de mulheres no tráfico de drogas, bem como os fins de aplicação da pena. Traz-se também os pontos sobre a necessidade da individualização da pena e a sua aplicação proporcional, bem como sobre a teoria da aplicação da pena e como esta é vista pela doutrina brasileira, dando enfoque final na dosimetria da pena e na culpabilidade, tudo isso, em conjunto com os dados coletados na pesquisa. Logo, busca-se demonstrar que a falta de parâmetros para definir o critério da culpabilidade pode trazer prejuízos na dosimetria da pena para algumas pessoas classificadas como vulneráveis no sistema penal, vez que há uma larga margem de arbitrariedade na aplicação da lei por parte dos juízes.

**Palavras-chave:** Culpabilidade; Juízos de valoração; Teoria da Pena; Dosimetria da pena.

SCHUBERT, Marina Azevedo. *Disapproval judgments and criminal sentences: an analysis of the need to delimit guilt*. 2021. Dissertation (master). Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador.

### **ABSTRACT**

The present study aims to analyze whether the variables of race, gender and class negatively impact the dosimetry of defendants convicted of the crime of Drug Trafficking, due to those disapproval judgments. The present work is written from the feminist perspective, seeking to integrate women's stories, that were ignored by criminal law for so long. Through a minimalist view of the penal system, we seek to debate possible injustices present in the system. For the development of the present paper, the data theory is used as a methodology, whereby, through an discussion between theory and practice, the presence of these evaluative judgments in condemnatory sentences is debated. This work focusses to analyze culpability within the first phase of sentence dosimetry, since it is an extremely subjective and controversial criterion in Brazilian criminal law. For this reason, there is a need for debate on the topic as necessary to point out the presence of arbitrariness in the criminal system. The absence of a theory of punishment brings a great margin of freedom to the magistrate, which easily turns into a judicial arbitrariness. The work is divided into three development chapters, in which feminist criminology and the participation of women in drug trafficking are analyzed, as well as the purposes of punishment. It also brings points about the need for individualization of the penalty, and its proportional application, as well as the theory of the application of the penalty, and how it is seen by the Brazilian doctrine. Aiming the dosimetry of the penalty and the guilt together with the data collected in the research. Therefore, the present work sought to demonstrate that the lack of parameters to define the guilt criterion can harm the dosimetry of the penalty for some people classified as vulnerable in the penal system, since there is a wide margin of arbitrariness in the application of the law by the judges.

**Keywords:** Guilt; Disapproval judgments; Theory of Penalty; Feather dosimetry.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. DIREITO PENAL E SISTEMA SOCIAL: ESTUDO DAS RELAÇÕES DE GÊNERO NO TRÁFICO DE DROGAS .....</b>	<b>13</b>
2.1 A CRIMINOLOGIA FEMINISTA E A MULHER NO SISTEMA PENAL .....	16
2.2 A RAÇA E A CLASSE NO SISTEMA .....	22
2.3 A SELETIVIDADE PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS .....	27
2.4 A MULHER NO TRÁFICO DE DROGAS.....	31
2.5 FINS DA APLICAÇÃO DA PENA E UM DIREITO PENAL MÍNIMO .....	34
<b>3. SER MULHER NA CONDENAÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE QUANTO ÀS SENTENÇAS JUDICIAIS.....</b>	<b>40</b>
3.1 AS TEORIAS DA APLICAÇÃO DA PENA E A REALIDADE BRASILEIRA .....	41
3.2 METODOLOGIA DA PESQUISA .....	46
3.3 PERFIL DOS SENTENCIADOS .....	49
3.4 A ANÁLISE DOS PROCESSOS .....	54
<b>3.4.1 A pena média .....</b>	<b>55</b>
<b>3.4.2 A confissão .....</b>	<b>57</b>
3.5 AS FALAS CONDENATÓRIAS .....	58
<b>3.5.1 A necessidade financeira de sustentar os filhos.....</b>	<b>60</b>
<b>3.5.2 As ameaças ignoradas .....</b>	<b>63</b>
<b>4 CULPABILIDADE E SENTENÇA PENAL: OS JUÍZOS DE REPROVAÇÃO ....</b>	<b>67</b>
4.1 PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA .....	67
4.2 O ART. 59 E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS .....	72
4.3 A CULPABILIDADE NO SISTEMA PENAL .....	80
<b>4.3.1 As três aplicações da culpabilidade no sistema .....</b>	<b>81</b>

<b>4.3.2 A culpabilidade como critério limitador .....</b>	<b>85</b>
<b>4.4 JUÍZOS DE REPROVABILIDADE E CONDENAÇÕES DE MULHERES .....</b>	<b>89</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>103</b>



## 1. INTRODUÇÃO

A ideia de escrever sobre mulheres encarceradas surgiu alguns anos antes da submissão para o mestrado quando ainda na graduação, e logo depois de formada, realizava um grupo de pesquisa sobre execução penal, o qual proporcionou visitas ao complexo penitenciário de Salvador.

A parte feminina da Lemos Brito deve comportar cerca de 100 mulheres detidas<sup>1</sup>. Lá, a diretora selecionava algumas presas para que pudessem conversar com os alunos e pesquisadores. Durante uma dessas visitas, enquanto escutávamos os relatos das mulheres ali presentes, uma das presas reclamou sobre a diferença da pena que havia recebido, em comparação com a de seu companheiro e corrêu, tendo a fala sido apoiada pelas demais.

A realidade dessas mulheres é que muitas foram processadas junto a seus parceiros e condenadas com menos provas e participação, mas por um tempo igual ou, por vezes, superior ao deles. A partir dessas exclamações, surgiu o primeiro questionamento: seria a pena de mulheres realmente maior que a pena de homens condenados pelo mesmo crime?

A pesquisa de mestrado foi inicialmente voltada para essa questão. Através da coleta de dados inicial, buscou-se verificar, dentre outras coisas, se a pena média dessas mulheres seria maior que a pena de homens condenados em situações similares. Contudo, como acontece na maioria dos trabalhos de mestrado, o projeto foi modificado. Por se tratar de um trabalho sobre direito, surgiu a vontade de reforçar a análise doutrinária de partes ainda pouco desenvolvidas no direito penal, aproximando-as também da realidade social. Por isso, decidiu-se por pesquisar sobre a presença de juízos de reprovação nas sentenças penais condenatórias.

O foco da pesquisa passou a olhar não apenas para o tempo final da pena, mas para o processo da dosimetria como um todo, dando destaque à culpabilidade. Analisando o que foi dito no inquérito policial, na audiência de instrução, em comparação com o que é utilizado pelo juiz no momento da valoração dessa pena, buscou-se perceber os julgamentos, muitas vezes ocultos nas entrelinhas, que os juízes despejam sobre os réus. E, a partir daí, notar o quão pouco é desenvolvida a teoria da pena no Brasil, que deixa aberto o espaço para que os magistrados decidam com a chamada “discrecionabilidade”.

Para essa avaliação, utilizou-se das variáveis de gênero, raça e classe, como parâmetros para verificar os impactos na dosimetria da pena de pessoas condenadas pelo crime de Tráfico de Drogas, devido aos juízos de reprovação que estariam ocultos nas sentenças. Como hipótese,

---

<sup>1</sup> Dados aproximados durante o período de 2018/2019.

imaginava-se que mulheres, pretas e pobres, receberiam penas mais altas que os demais grupos identitários encontrados (principalmente relacionadas a homens, mesmo que fossem homens pretos e pobres também).

Por esta pesquisa ter como objeto o estudo sobre realidades sociais, realçando fatores de vulnerabilidade, é necessário pontuar o meu lugar de fala como sendo o de uma mulher, jovem, branca e de classe média. Tal afirmação torna-se necessária, vez que o lugar que ocupamos socialmente nos traz experiências distintas<sup>2</sup>. Como afirma Donna Haraway<sup>3</sup>, a partir desse posicionamento, cria-se uma responsabilidade por nossas práticas capacitadoras, ampliando o ponto de vista feminista que já deve ser plural, sem, contudo, tentar impor verdades sobre outras realidades sociais.

Para o desenvolvimento do trabalho, deu-se maior foco no fator gênero, através do qual buscou-se a noção básica do que se entende pelo feminino e masculino construído socialmente (e não como uma consequência do sexo biológico). Os critérios de raça e classe, contudo, fazem grande parte dessa investigação, por se tratar de categorias variáveis de interpretação da realidade, necessárias para compreender as formas de dominação das quais derivam as concepções de superioridade do masculino sobre o feminino.<sup>4</sup>

O primeiro marco teórico que se traçou foi a escrita sob uma perspectiva feminista interseccional. Isto porque, por muito tempo, a mulher foi esquecida pelo sistema penal. Contudo, com a evolução da criminologia, a força dos movimentos feministas e o aumento do encarceramento de mulheres, esse debate ganhou força. Logo, a dogmática penal, que sempre foi construída tomando como base as experiências masculinas, passou a ter um novo objeto de análise, com contextos e realidades únicos e até então pouco estudados.

Toda a carga histórica do papel da mulher na sociedade, e o que poderia ou não ser feito, trouxe reflexos para o momento presente. Fatores como as dificuldades em adentrar o mercado formal de trabalho e a impossibilidade de ter uma renda lícita para sustentar sua família fazem com que o crime apareça como uma opção viável. Além disso, a realidade de uma sociedade sexista, machista e classista impõe aspectos de vulnerabilidade social ainda maiores. Contudo, a criminalidade feminina não deve ser explicada de forma linear, como relação de causa e

---

<sup>2</sup> RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala (e-book)*. São Paulo: Pólen, 2019, 1. 592.

<sup>3</sup> HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, Campinas, SP, n. 5, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/1773>>. Acesso em: 16 mar. 2021, p. 21/35.

<sup>4</sup> CHERNICHARO, Luciana P. *Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil*. 2014. Dissertação (mestrado). Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 45.

efeitos, mas a partir de fatores que geraram um conjunto de dispositivos entrecruzados e interseccionais.<sup>5</sup>

Com o fortalecimento dos movimentos feministas, demonstra-se que a mulher sofre vitimizações e preconceitos constantes na esfera do sistema penal, seja nas vitimizações primárias e secundárias, seja na demonização, quando se quebra o perfil de “honestidade” feminino. Por conta desses juízos discriminatórios, buscou-se verificar se as normas penais são aplicadas de forma igualitária. Ou seja, se as regras traçadas pela teoria da pena têm sido o bastante para trazer uma individualização da pena, sem permitir a carga moralizante das concepções pessoais dentro do direito.

Ao falar sobre a dosimetria da pena, como esta conta com oito fatores na sua primeira fase, optou-se por dar um maior foco na culpabilidade, por se tratar de um polêmico fator que, sendo um termo jurídico, possui problemas de definição e confusões quanto ao seu conceito, o que traz maior abertura para as arbitrariedades judiciais. E, apesar do trabalho ter como foco o debate sobre o momento da aplicação da pena, por vezes fala-se também sobre a sua execução, pois são situações conectadas e que representam igualmente fatores discriminatórios.

Justamente por considerar o sistema falho e com tendências a parcialidades judiciais, escreve-se sobre uma perspectiva do minimalismo como meio. Este, como será explicado no próximo capítulo, busca traçar estratégias para que no futuro se possa adotar o abolicionismo. Se neste momento o sistema penal não está pronto para uma revolução maior, que sejam feitas pequenas mudanças para melhorá-lo gradativamente. Pelo foco do trabalho, procura-se formas de diminuir as arbitrariedades no momento da aplicação da dosimetria, a fim de gerar penas menos cruéis.

Como objetivo geral do trabalho, tem-se então (1) identificar a presença de juízos de reprovação nas sentenças selecionadas. Partindo daí, como objetivos específicos, (2) analisar se há uma diferença entre a pena média de homens e mulheres, (3) detectar os critérios para a dosimetria, avaliando se há uma seletividade em razão do gênero, raça e classe, e (4) apontar eventuais disparidades e arbitrariedades existentes entre as sentenças.

Para metodologia da pesquisa, optou-se por utilizar a análise documental, de caráter exploratório (e o estudo de casos) em conjunto com uma revisão bibliográfica, a fim de traçar um paralelo entre a teoria e a prática penal, conforme os dados pesquisados.

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Jamile dos Santos. Processos de criminalização e a participação feminina no tráfico de drogas. *Plural, Revista de Ciências Sociais*. V. 26, n. 1, jul./2019. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/plural/>> Acesso em 12 set. 2019, p. 110.

Em um primeiro momento, realizou-se uma análise empírica documental, partindo da coleta das sentenças referentes ao crime de tráfico de drogas, nas varas de tóxicos de Salvador (BA), distribuídas no ano de 2014, e sentenciadas até o ano de 2019. Após a análise dos dados, e definição do melhor caminho para a produção, buscou-se evidenciar os contextos e os diferentes critérios de imputação modernamente apresentados, com análise de livros e artigos científicos nacionais e estrangeiros que versassem de forma analítica sobre o tema e questões correlatas.

Os principais bancos de dados para a procura dos materiais foram o catálogo de teses e dissertações da Capes, o portal Scielo, o google acadêmico, a biblioteca da Thomson Reuters (para busca de revistas, principalmente a RBCCRIM, vez que o periódico deixou disponível suas obras por algum tempo), e o portal espanhol *Indret*. Além disso, preocupou-se em buscar especificamente nos bancos de dissertações e teses da Universidade Federal da Bahia, bem como na revista do programa. A pesquisa pelos textos foi feita usando palavras chaves que se adequariam com os temas a serem trabalhados.

É importante salientar que o trabalho foi quase integralmente realizada durante o período de isolamento social, no qual tornou-se difícil o acesso a bibliotecas. Por esta razão, grande parte dos materiais citados foram aqueles que se encontravam disponíveis virtualmente.

Pelo mesmo motivo, tornou-se inviável realizar pesquisa de campo, como era inicialmente proposto no projeto, assistindo a audiências de instrução, a fim de verificar os juízos de reprovação existentes não apenas no papel, como no momento da fala, além de verificar o tratamento dos membros do judiciário, de maneira geral, para com a parte acusada.

Para o desenvolvimento do trabalho, optou-se por dividi-lo em três capítulos, buscando construir um texto que estudasse os temas propostos de maneira a integrar pensamentos que pudessem ser considerados complementares, respeitando os marcos teóricos inicialmente estabelecidos. Nem sempre os autores utilizados possuem as mesmas bases ideológicas, contudo, podem ter argumentos que se agreguem de forma correlacionada. Por isto, a interseccionalidade é utilizada como ponto de partida.

No primeiro capítulo, “Direito penal e sistema social”, são traçados os principais marcos teóricos do texto, desenvolvendo sobre o movimento feminista e seu impacto na criminologia e no direito penal. Fala-se também sobre a seletividade penal, trazendo os critérios de raça, gênero e classe no tráfico de drogas, explorando os aspectos da mulher nesse mundo, bem como se introduz discussão mais dogmática, ao apontar os fins da pena através de um paralelo com o minimalismo penal.

No capítulo seguinte, “Ser mulher na condenação criminal: uma análise quanto às sentenças judiciais”, é feita, inicialmente, uma abordagem sobre as teorias da aplicação da pena e a realidade brasileira sobre esse tema. Posteriormente, explica-se sobre toda a metodologia da pesquisa e os porquês da escolha de cada fator. Em seguida, os dados coletados são apresentados, demonstrando o perfil dos réus e a análise dos resultados, dentre eles: a pena média, as histórias dos processos selecionados, e um panorama da dosimetria da pena destes.

No quarto capítulo, “Culpabilidade e sentença penal: os juízos de reprovação”, são trazidos os resultados da pesquisa, em paralelo com o dito pela doutrina. Aborda-se nesse ponto sobre a individualização e proporcionalidade das penas, sobre o art. 59 da dosimetria da pena, falando sobre seus requisitos, com o foco na culpabilidade e como ela impacta nesse processo. Em complemento, trata-se de como esse fator é visto pela doutrina brasileira, chegando, por fim, à demonstração dos juízos de reprovação também encontrados em outros trabalhos, a fim de trazer a resposta central desta dissertação: há juízos de reprovação nas sentenças penais condenatórias pela falta de delimitação da doutrinária/legal sobre a teoria da pena?

## 2. DIREITO PENAL E SISTEMA SOCIAL: ESTUDO DAS RELAÇÕES DE GÊNERO NO TRÁFICO DE DROGAS

Embora as mulheres façam parte de um grupo particularmente vulnerável aos abusos, e sofram de modos distintos e relevantes, pouco é dito sobre as suas experiências totalmente singulares no sistema de justiça criminal.<sup>6</sup>

O direito sempre foi considerado como um ramo masculino, vez que deveria ser racional e objetivo, como os homens se consideram. Por esta razão, os estudos e teorias foram criados sempre para a manutenção do poder masculino e os poucos momentos em que se voltava a atenção para a mulher, era quando ela estava na posição de vítima<sup>7</sup>. Em meio a este cenário de pouca visibilidade, o movimento feminista surge buscando acabar com o sexismo e a opressão<sup>8</sup>. O movimento, por isto, se destaca pelas decisivas contribuições no processo de democratização do Estado, produzindo inovações essenciais no campo das políticas públicas.<sup>9</sup>

O feminismo interseccional trouxe uma crítica contundente ao modo dominante de produção de conhecimentos científicos, propondo, também, um modo alternativo de operações e articulações nessa esfera<sup>10</sup>. E, por se tratar de uma ideologia que preza a igualdade, uma revolução feminista, sozinha, não criaria uma mudança significativa. Por isto, também está agregada aos seus preceitos a luta contra o racismo, o elitismo e o imperialismo.<sup>11</sup>

O esforço do movimento em elaborar racionalmente direitos igualitários para os seres humanos demonstra que estes não funcionam para as mulheres.<sup>12</sup> Ao tentar utilizar a lei para proteção feminina, percebe-se que o sistema penal, salvo algumas situações, não só é um meio ineficaz para a sua proteção, como também duplica a violência exercida contra elas, dividindo-as, estratégia que afeta a própria unidade do movimento feminista.<sup>13</sup>

---

<sup>6</sup> ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 54.

<sup>7</sup> OSLEN, Frances. El sexo del derecho. In: KAIRYS, David (ed.) *The politics of law*. New York: Patheon, 1990. Disponível em <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar>> Acesso em 18 abr. 2019, p. 3

<sup>8</sup> Para Patricia Hills Collin, opressão é um termo que descreve qualquer situação injusta em que, por um longo período, um grupo nega a outros o acesso aos recursos da sociedade. [COLLINS, Patricia H. *Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e política do empoderamento (e-book)*. Trad. Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo, 2019, l. 466].

<sup>9</sup> CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. *Estudos Avançados*. Nº 17 (49), 2003, p. 1.

<sup>10</sup> RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. In.: *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Ed. Mulheres. 1998, p. 3/4.

<sup>11</sup> HOOKS, bell. *O feminismo é para todo mundo: Políticas arrebatadoras (e-book)*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos. 2018, l. 134/168.

<sup>12</sup> OSLEN, Frances. *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>13</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Revista Sequência*, v. 18, n. 35, 1997. Disponível em <<https://doi.org/10.5007/%25x>> Acesso em 10 abr. 2019, p. 5.

Com a evolução teórica e o empoderamento feminino, chama-se atenção para a mulher que comete delitos, não apenas à vítima. A feminização da pobreza e a inserção das mulheres em trabalhos precários faz com que sua participação no tráfico seja crescente. Para Vera Regina Pereira de Andrade, a crise dentro do direito penal fica revelada ao se observar o sistema penitenciário.<sup>14</sup>

Apesar de garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos uma aplicação da lei sem distinções de gênero, raça ou classe, percebeu-se que as mulheres podem vivenciar as discriminações e outros abusos de uma maneira diferente dos homens, sendo este fato ignorado, dentro de um regime que deveria aspirar uma aplicação universal das leis.<sup>15</sup>

Para Nancy Fraser<sup>16</sup>, o feminismo falhou ao tentar alcançar estratos das mulheres trabalhadoras e de classes baixas<sup>17</sup>. Isto porque há uma insensibilidade quanto a tópicos como a classe e a etnia, que vinculavam a causa ao elitismo e individualismo, fazendo com que as principais beneficiárias sejam aquelas mulheres que já contam com vantagens sociais, culturais e econômicas. Por esta razão, outras vertentes como o feminismo negro e o feminismo interseccional ganharam espaço, a fim de preencher estas lacunas.<sup>18</sup>

Esses movimentos buscam uma transformação social profunda, englobando a maior participação e integração quanto possível. Por esta ideia, surge a interseccionalidade que, para Kimberlé Crenshaw, pode ser conceituada como a busca pela captura das consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação, dando destaque à existência de diferentes graus de vulnerabilidades do sistema. O racismo, o patriarcalismo, a

---

<sup>14</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Revista Sequência*, v. 18, n. 35, 1997. Disponível em <<https://doi.org/10.5007/%25x>> Acesso em 10 abr. 2019, p. 2.

<sup>15</sup> CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v.10, n. 1, jan./2002. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>> Acesso em 4 ago. 2020, p. 172/173.

<sup>16</sup> FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista de estudos feministas*. Florianópolis. Maio/ago. 2007, p. 301.

<sup>17</sup> A academia como um todo apresentou essa falha. Como afirma bell hooks após o feminismo ganhar espaço nos centros acadêmicos uma nova combinação de dificuldades foi criada. Embora as teorias feministas passassem a ser validas cientificamente, de repente o pensamento feminista começou a receber menos atenção que a teoria metalinguística, criando um jargão próprio, sendo escrita exclusivamente para o público acadêmico. Para hooks, era como se estivessem criando um grupo de elite em que apenas alguns pudessem compreender. Todos aqueles que não possuísem o domínio acadêmico não eram considerados como relevantes, trazendo pouco alcance as produções acadêmicas. Logo, ao falhar na criação de um movimento educacional de massa para ensinar a todos, foi permitido que a mídia de massa patriarcal permanecesse como o principal local em que as pessoas aprendem sobre essas questões. Ao transferir esta crítica ao campo do direito especificamente, percebe-se as segregações que a instituição cria pelo uso de complexos termos jurídicos e distanciamentos sociais pelo exacerbado uso de teorias. [HOOKS, bell. *O feminismo é para todo mundo: Políticas arrebatadoras (e-book)*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos. 2018, l. 485/506].

<sup>18</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto (e-book)*. São Paulo: Boitempo, 2019, l. 321/326.

opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam diferentemente as posições sociais, fazendo com que as mulheres nem sempre vivenciem o sexismo da mesma forma.<sup>19</sup>

A interseccionalidade é uma ferramenta para entender e analisar a complexidade do mundo, das pessoas, e das experiências humanas. Através da relação entre os fatores, rejeita-se o pensamento binário, vez que se percebe que olhar somente para a classe social pode ser insuficiente para explicar as desigualdades sociais. Raramente as diferenças sociais e de poder são causadas por apenas um fator, ou seja, não há um puro sexismo ou racismo, eles ganham força se relacionando. Por isto, a interseccionalidade vem servindo como ferramenta que encoraja o olhar para as situações através de múltiplas categorias.<sup>20</sup>

Para Angela Davis, a interseccionalidade torna-se de fundamental importância quando se percebe que, mesmo entre mulheres, criam-se preconceitos. Exemplo trazido pela autora versa sobre o período pós escravidão nos Estados Unidos, em que as mulheres brancas demonstravam relutância histórica em reconhecer as lutas das trabalhadoras domésticas<sup>21</sup>. E mesmo entre mulheres de mesma etnia, como traz Patricia Hill Collins, nem sempre elas respondem da mesma maneira sobre suas questões. E são justamente essas diferenças que produzem padrões de conhecimentos experienciais diversos.<sup>22</sup>

Como afirma Djamila Ribeiro, o movimento feminista precisa ser interseccional, dando voz e representação às especificidades existentes em cada mulher. Pensar a interseccionalidade é perceber que não pode haver primazia de opressão de uma mulher sobre outras, rompendo com as estruturas ao reconhecer as diferenças existentes em cada ser.<sup>23</sup>

São as mulheres que se encontram na intersecção desses estereótipos que se tornam especialmente vulneráveis a medidas punitivas. Isto porque, a discriminação de gênero ocorre dentro de um contexto em que algumas mulheres já são vulneráveis, devido à raça/classe<sup>24</sup>. Por isto, pensar no feminismo negro é trazer as lutas antirracistas à tona, vez que o movimento demonstra as implicações do racismo e sexismo que condenaram mulheres negras a uma situação perversa e cruel de exclusão e marginalização social.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v.10, n. 1, jan./2002. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>> Acesso em 4 ago. 2020, p. 177.

<sup>20</sup> COLLINS, Patrícia H.; BILGE, Sirma. *Intersectionality*. Cambridge: Polity Press, 2016, p. 25/29.

<sup>21</sup> DAVIS, Angela. *Mulheres, Raça e Classe (e-book)*. São Paulo: Boitempo, 2016, l. 2264.

<sup>22</sup> COLLINS, Patricia H. *Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e política do empoderamento (e-book)*. Trad. Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo, 2019, l. 1400.

<sup>23</sup> RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro? (e-book)*. São Paulo: Companhia das letras, 2018, l. 366 e 1471.

<sup>24</sup> CRENSHAW, Kimberlé. *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>25</sup> CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. *Estudos Avançados*. Nº 17 (49), 2003, p. 13.



Essa realidade fica clara ao se analisar os resultados da pesquisa apresentada no capítulo seguinte, em que prevalecem no sistema criminal mulheres pardas, pobres, com filhos, e de baixa escolaridade. Por isto, a partir de uma perspectiva da criminologia feminista interseccional, percebe-se o sistema de justiça penal como instrumento de reprodução e manutenção das desigualdades de gênero, na medida em que criminaliza e aprisiona as mulheres para serem controladas.<sup>26</sup>

É através desse olhar interseccional aplicado à criminologia que, aos poucos, vêm sendo transformados os rumos de sua teorização, voltada a estabelecer as relações entre variáveis sociais e comportamento criminal<sup>27</sup>, reconhecendo as particularidades históricas, intelectuais e políticas que moldam a forma como cada pessoa age<sup>28</sup>.

Com os incentivos feministas, percebeu-se que as pesquisas sobre o controle social precisavam ultrapassar a visão instrumentalista e funcionalista do sistema, buscando formas mais multidimensionais de pensar o problema, dando conta dos complexos mecanismos sociais<sup>29</sup>. E para a introdução da perspectiva de gênero no âmbito penal, deve-se conhecer as experiências plurais das mulheres - as suas histórias e experiências vitais, os motivos pelos quais delinquem, os contextos nos quais cometeram o delito e o que necessitam para não reincidir – para assim haver um melhor desenvolvimento das políticas e práticas criminais.<sup>30</sup>

Por meio dessa visão, passa-se a analisar as influências do feminismo sobre a criminologia, bem como debate-se sobre a seletividade penal existente, a qual reflete nas mulheres hoje tão inseridas na realidade do tráfico de drogas, trazendo também o debate sobre os fins da pena no sistema brasileiro.

## 2.1 A CRIMINOLOGIA FEMINISTA E A MULHER NO SISTEMA PENAL

A criminologia pode ser considerada como uma ciência que tem por objeto o estudo sobre o crime, o criminoso, a vítima, e o controle social. Enquanto o direito penal tem uma natureza formal e normativa, isolando fragmentos parciais da realidade, com critérios axiológicos, a

---

<sup>26</sup> FERRAZ JUNIOR, Jaiton. *Por uma política criminal de gênero: interfaces entre a criminologia feminista e a criminologia crítica*. 2019. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/793>> Acesso em 14 ago. 2020, p. 2.

<sup>27</sup> GERMANO, Idilva; MONTEIRO, Rebeca; LIBERATO, Mariana. *Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino*. Psicologia: Ciência e Profissão 2018 v. 38 (núm.esp.2.). Disponível em <<https://doi.org/>> Acesso em 12 abr. 2019, p. 5.

<sup>28</sup> COLLINS, Patrícia H.; BILGE, Sirma. *Intersectionality*. Cambridge: Polity Press, 2016, p. 28.

<sup>29</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 169.

<sup>30</sup> VASILESCU, Cristina. La ejecución penal desde una perspectiva de género. *Indret*. 2019. Disponível em <[indret.com](http://indret.com)>. Acesso em 02 fev. 2021, p. 10.

criminologia reclama do investigador uma análise totalizadora do delito, sem mediações para com o seu objeto. Como afirma Shecaria, são duas disciplinas com o mesmo objetivo, mas com meios diversos, já que enquanto a criminologia pretende conhecer a realidade para explicá-la, e o direito penal busca valorá-la.<sup>31</sup>

O estudo das ciências criminológicas é essencial, a fim de trazer maior aproximação do direito e da dogmática penal com a realidade social. A partir dessa visão é possível adequar melhor o direito à realidade, criando uma aplicação mais justa das sanções penais.

Para Elena Larrauri a criminologia é uma ciência que se centrou em estudar sobre as causas da delinquência. Embora numerosas teorias tenham sido desenvolvidas ao longo do tempo, a criminologia crítica chegou aos centros teóricos revolucionando o pensamento ao demonstrar que a delinquência se produz em um determinado contexto social, econômico e político, pelo qual o sistema de castigo cumpre a função social e cultural de ser uma resposta ao crime.<sup>32</sup>

A consolidação da criminologia crítica a partir da década de 70 passa a representar o momento de superação de uma perspectiva micro para uma compreensão macro criminológica no interior das ciências criminais.<sup>33</sup>

Ocorre uma tendência de superar as teorias patológicas da criminalidade, que se baseavam nas características pessoais do sujeito, ideia que predominou até o século XX. Para essa corrente doutrinária, a criminalidade seria uma realidade ontológica, explicada pelo método positivista da causa biológica, psicológica e ambiental, sendo pré-constituída ao direito penal, ao qual caberia tão somente reconhecê-la e positivá-la.<sup>34</sup> Por esta visão, se a maioria dos presos é pobre, o paradigma etiológico concluirá, através da legitimação médica, que a causa da criminalidade seria reduzida à figura do autor do delito.<sup>35</sup>

A mulher, durante séculos, foi representada como um ser frágil, sendo submissa e passiva, educada para ser mãe assexuada através da repressão sexual, com o objetivo de manter o domínio masculino sobre o feminino legitimado socialmente. Para Lombroso, elas seriam mais adaptáveis e obedientes à lei que os homens, e teriam como grande problema a falta de moralidade, sendo invejosas e vingativas, retratadas como estando um passo atrás na evolução

---

<sup>31</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 36/39.

<sup>32</sup> LARRAURI, Elena. ¿Qué es la criminología? *InDret*. Barcelona. Jul./2013. Disponível em [www.indret.com](http://www.indret.com)> Acesso em 31 mar. 2020, p. 3/4.

<sup>33</sup> CARVALHO, Salo. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 104, p. 279-303, set./2013, p. 2.

<sup>34</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40.

<sup>35</sup> BATISTA, Vera M. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 1995, p. 26.

da espécie humana, e por isto, detinham números muito menores em termos de delinquência em relação aos homens.<sup>36</sup>

A criminologia crítica muda seu objeto de estudo, buscando identificar nos processos de criminalização uma relação social de desigualdade, própria da sociedade capitalista. Seu objetivo, como aponta Baratta, é estender, ao campo do direito penal, a crítica do direito desigual.<sup>37</sup> Passa-se a analisar quem tem o poder de definir e quem sofre essa definição criminosa, percebendo que não há uma dicotomia de bem ou mal, mas o que ocorre é uma relativização do comportamento criminoso, que reflete em uma seleção de comportamentos sociais que devem ser taxados como crime.<sup>38</sup>

Para Salo de Carvalho<sup>39</sup>, dois são os antecedentes teóricos que fornecem importantes inovações da pesquisa criminológica: a teoria do etiquetamento social (*labeling approach*) e as teorias do conflito. Através das noções da teoria do etiquetamento percebe-se a criminalidade como fenômeno social, produzido por normas e valores, dirigindo a atenção no processo de construção social do crime e do criminoso.<sup>40</sup> A partir dela, ocorre uma correção do conceito de criminalidade, percebendo que os processos de criminalização são uma realidade social atribuída.<sup>41</sup>

Como efeito, obteve-se a alteração do modo de compreender e explicar o fenômeno criminal, desarticulando a criminologia focada no indivíduo em favor de olhar para a reação social. Passa-se a se preocupar com a análise das articulações de diversos fatores de risco que compõem o complexo problema da criminalidade.<sup>42</sup>

Por esse processo fica revelada a lógica da seletividade como forma estrutural de operacionalização do sistema penal, criando uma regularidade a que obedecem a criminalização

---

<sup>36</sup> As produções de Lombroso e Ferrero são provenientes do século XIX, quando a mulher “normal” era vista como a natural dona de casa e todas aquelas que fugiam deste padrão era consideradas como “de outra espécie”. Exemplo disto é o fato de os autores possuírem um livro intitulado como “A mulher criminosa, a prostituta e a mulher normal”. Para a mulher criminosa, os autores afirmam encontrar mais semelhanças físicas/biológicas com os homens “normais” e os criminosos. As mulheres vingativas e perigosas descritas eram as prostitutas, as hereges e aquelas que por alguma razão cometeram crime. [LOMBROSO, Cesar; FERRERO, William. *The Female Offender*. 1. ed. Colorado: Fred B. Rothman & Co, 1980, p. 104/114].

<sup>37</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 197.

<sup>38</sup> BATISTA, Vera M. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 1995, p. 74/75.

<sup>39</sup> CARVALHO, Salo. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 104, p. 279-303, set./2013, p. 2.

<sup>40</sup> SANTOS, Juarez Cirino. A criminologia crítica e a reforma da legislação penal. XIX Conferência Nacional dos Advogados. Set./2005, Florianópolis, p. 1/2.

<sup>41</sup> BATISTA, Vera M. *Op. Cit.*, p. 77.

<sup>42</sup> VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 325/326.

e o etiquetamento dos estratos sociais mais pobres.<sup>43</sup> Como um funil, há uma larga base, representada pelo grupo de desviantes, e a pequena ponta, a parcela da população que de fato recebe a etiqueta de criminoso.<sup>44</sup>

O controle social se expande, a fim de neutralizar as pessoas consideradas como indesejáveis, passando a subverter o que deveria ser uma medida de exceção (a sanção penal), aplicando-a de forma desmedida, utilizando como premissa a política criminal de segurança máxima.<sup>45</sup>

Essa seletividade penal opera de diversas formas, simultaneamente, e suas facetas têm origem na criminalização primária das condutas pelo legislador e na aplicação dos crimes prescritos pelos agentes policiais, esbarrando na atuação do Judiciário, quando se parte para a criminalização secundária, que ocorre com a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas.<sup>46</sup>

Como afirma Antônio Garcia-Pablos de Molina, o comportamento delitivo não pode ser considerado como uma decisão isolada, instantânea, senão como resultado de um processo prévio de socialização e aprendizagem. Isto porque o homem não nasce com um repertório de respostas, mas aprende pela convivência social, um marco que o próprio sujeito redefine e reinterpreta por meio de determinadas operações ou processos cognitivos.<sup>47</sup>

Ao contrário do dito pela criminologia clássica, o homem não nasce criminoso, torna-se criminoso pela criação de leis e subsunção de suas práticas, por meio de pressupostos políticos e efeitos sociais da aplicação das suas etiquetas, vez que esta passa a ser entendida como uma qualidade, e não uma condição essencial que se aplica ao sujeito. Ocorre que, embora fosse condição necessária para consolidar a criminologia crítica, não seria o bastante. O modelo permanecia insuficiente ao desconsiderar as relações de poder que permitem que certas pessoas, grupos, ou classes, detenham a capacidade de eleição de condutas ilícitas.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência Sexual e Sistema Penal: Proteção ou Duplicação da Vitimação Feminina? *Revista Sequência*, v. 17, n. 33, 1996. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/articulo/view/15741>> Acesso em 10 abr. 2019, p. 95.

<sup>44</sup> SOUZA, Monique E. M. C. S. *As mulheres e o tráfico de drogas: linhas sobre os processos de criminalização das mulheres no Brasil*. 2015. Dissertação (mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, p. 27.

<sup>45</sup> ANTUNES, Fernando Luís Coelho. Criminologia crítica e direitos humanos: a sociedade civil e a construção de uma Política Criminal Minimalista. *I Congresso de Criminologia(s): crítica(s), minimalismo(s) e abolicionismo(s)*. Out./2015. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/congresso-de-criminologia/assets/2015/49.pdf>> Acesso em 02 mar. 2021, p. 3.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Antônio L; GOMES, Raoni Vieira. Seletividade racial no sistema penal brasileiro: apontamentos para a reconstrução da memória racial nacional a partir das teses de Walter Benjamin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 135, p. 73-96, set./2017, p. 9.

<sup>47</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos de. Momento atual da reflexão criminológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 0. Jan./dez. 1992, p. 3.

<sup>48</sup> CARVALHO, Salo. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 104, p. 279-303, set./2013, p. 2.

A ruptura com o pensar da criminologia clássica não significou a redução do racismo no sistema, ou mesmo a redução do encarceramento de negros e pobres, apenas modificou, um pouco, a ótica das agências sobre a delinquência<sup>49</sup>. A criminologia crítica trouxe um alerta sobre a seleção de bens penais protegidos e os comportamentos considerados como ofensivos, bem como sobre a determinação dos indivíduos estigmatizados ao longo da história, mas continuou inviabilizando diversas trajetórias e ignorando outros sujeitos capazes e ativos, como a mulher.<sup>50- 51</sup>

Por notar essa brecha no sistema criminológico, o movimento feminista trouxe um viés macrossociológico para as categorias de patriarcado e gênero, passando a estudar sobre as diferentes formas que o sistema de justiça criminal atua sobre a mulher<sup>52</sup>. Entre os maiores desafios dessa criminologia feminista, estaria a necessidade de suprir as lacunas da ausência de discussões acerca da mulher e gênero nos processos e agências de criminalização, a fim de que esta possa receber um tratamento de acordo com as especificidades de seu gênero.<sup>53</sup>

Como afirma Margareth Rago, a entrada dos temas feministas em campos epistemológicos masculinos provocou muitas desestabilizações. O feminismo propõe uma relação entre a teoria e prática, delineando um novo agente epistêmico, não isolado do mundo, mas inserido no coração dele, afirmando as particularidades e subjetividades do indivíduo. Os estudos feministas inovam ao trazer o trabalho com as multiplicidades temporais, descartando a ideia de uma linha evolutiva inerente aos processos históricos.<sup>54</sup>

Para Londa Schiebinger, uma das maiores contribuições do feminismo para as ciências foi o fato de se fazerem novas perguntas, que se encontram frequentemente na contramão dos padrões de trabalho da disciplina estudada. Tal fato fez com que fossem alteradas de muitas maneiras o conteúdo produzido. Essas influências, contudo, não podem ser sentidas de maneira uniforme, através das ciências.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Antônio L; GOMES, Raoni Vieira. Seletividade racial no sistema penal brasileiro: apontamentos para a reconstrução da memória racial nacional a partir das teses de Walter Benjamin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 135, p. 73-96, set./2017, p. 8.

<sup>50</sup> SEGATO, Rita L. El color de la cárcel en América Latina Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción. *Nueva sociedad*. Nº 208, mar./abr. 2007. Disponível em <www.nuso.org>, acesso em 02 fev. 2021, p. 146/150.

<sup>51</sup> ARAÚJO, Bruna S. S. Raça, gênero e colonialidade: críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, ago./2018, p. 7.

<sup>52</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63.

<sup>53</sup> SANTIGO, Brunna R. *Encarceramento e criminologia feminista: uma crítica ao patriarcado de “fora” para “dentro”*. 2018. Dissertação. Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, p. 58.

<sup>54</sup> RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. In.: *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Ed. Mulheres. 1998, p. 9/12.

<sup>55</sup> SCHIEBINGER, Londa. *O feminismo mudou a ciência?* Trad.: Raul Fiker. Bauru: EDUSC, 2001, p. 330/338.

O androcentrismo e o sexismo passam a ser componentes da ciência. As mulheres, por muito tempo esquecidas na história do direito penal, tornam-se sujeitos históricos, trazendo consigo a capacidade de agregar novas formas de entender a natureza e a vida social.

É também a partir do feminismo criminológico que se passa a enxergar o patriarcado como uma manifestação institucional do domínio masculino sobre mulheres e crianças, através de instituições de poder, que contribuem para a manutenção dos sistemas de opressão, que reproduzem os mecanismos de dominação. Denuncia-se, então, as violências produzidas pela forma masculina de interpretação e aplicação do direito penal, avançando nos debates sobre os riscos da utilização do sistema penal por parte das mulheres.<sup>56</sup>

Ocorre que, embora a criminologia feminista tenha trazido as questões de gênero para o debate, demonstrando os tipos de controle exercido sobre a mulher, o racismo e as histórias das latino-americanas e negras pouco são observados, silenciados nos registros históricos, por não fazerem parte do eixo eurocêntrico de atenção. Através do feminismo negro, passa-se a apontar as desigualdades que o racismo e a discriminação racial podem produzir, problematizando o pensamento clássico, ao trazer pautas não sentidas por mulheres pertencentes aos grupos raciais hegemônicos.<sup>57-58</sup>

É necessário demonstrar os erros e parcialidades dos estudos investigativos, a fim de que se possa realizar um giro epistemológico, reconhecendo as realidades vividas pelas mulheres dentro e fora do sistema penal, vez que o conhecimento criminológico foi construído em uma lógica de descobrimento marcadamente sexista. A partir de tais fatores, nota-se que a criminologia crítica só poderá sobreviver na perspectiva epistemológica trazida pelo feminismo, agregando seus estudos de forma a melhor interpretar o sistema penal de maneira interseccional.<sup>59</sup>

E é através do estudo da história da criminalização de mulheres que se tem ferramentas para a construção de uma criminologia crítica, com o olhar para o gênero, resgatando as heranças preconceituosas responsáveis pela formação social do país<sup>60</sup>. Mas, como afirma Ela Castilho e Carmen Campos, para que se incorpore a perspectiva de gênero no sistema de justiça,

---

<sup>56</sup> CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Saulo. 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, p. 151/153 e 166.

<sup>57</sup> ARAÚJO, Bruna S. S. Raça, gênero e colonialidade: críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, ago./2018, p. 12.

<sup>58</sup> FRANKLI, Naila I. C. O controle social e as mulheres negras: possibilidades e releituras para a criminologia feminista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V 135, p. 487-518, set./2017, p. 1/12.

<sup>59</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157/164.

<sup>60</sup> FARIA, Thaís D. *Memória de um silêncio eloquente: a criminalização das mulheres no Brasil na primeira metade do século XX*. 2013. Tese. (Curso de Direito). Universidade de Brasília, Brasília, p. 192.

não basta apenas a utilização de expressões integrativas. É necessário observar o contexto social e jurídico de cada país, diagnosticando barreiras visíveis e invisíveis que dificultam o acesso igual das mulheres à justiça.<sup>61</sup>

Por isto, pelo ponto de vista feminista, as relações de poder e conhecimento partem do pressuposto de que a posição privilegiada e hegemônica dos homens na ordem social lhes oferece uma visão de mundo que reflete seus interesses e valores. Logo, o que o feminismo pós-moderno busca, em síntese, é a solidariedade política e epistemológica de identidades fragmentadas, que se opõe à ideia de um ser único, igual. A partir disso, será possível enfrentar as opressões e explorações que essa ficção gerou.<sup>62</sup>

## 2.2 A RAÇA E A CLASSE NO SISTEMA

Apesar de o ponto principal de análise no trabalho ser quanto ao gênero, é importante destacar, também, a raça e a classe, relacionando-os. Isto porque, pela interseccionalidade, são fatores que interagem e interferem entre si, impactando diretamente na sociedade e em suas estruturas.

Referir-se a “classes sociais” é falar também sobre divisão sexual do trabalho. A primeira relação que pode ser feita entre gênero e classe é tocar no que vem sendo definido, historicamente, como “trabalho de mulher”, e nas consequências dessas classificações. As hierarquias de gênero, classe e raça não são explicáveis sem que se leve isto em conta.<sup>63</sup>

Como afirma Taylisi Leite, apesar dos discursos de classe serem traçados de forma a parecerem como assexuados e neutros, na prática, correspondem a formações que servem aos sistemas de opressão, sendo masculinos e excludentes. A mulher, mesmo quando considerada como um “ser produtivo”, - equiparando-se ao “padrão masculino” - no mundo do trabalho, continua eternamente confinada à casa e assolada de tarefas domésticas, não sendo, as atividades reputadas enquanto reprodução social (como gestar, parir e cuidar), compreendidas como “trabalho”, pois não há produção de um valor.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> CASTILHO, ELA W. V.; CAMPOS, Carmen H. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 273-303, ago./2018, p. 8.

<sup>62</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 81/84.

<sup>63</sup> BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo. 2018, l. 277.

<sup>64</sup> Quando o Estado espelha a forma-valor (relacionada ao trabalho abstrato e à forma mercantil), ele espelha apenas a dimensão masculina do valor. Por isso, o Estado é homem na medida em que deriva da forma-valor, de modo que, assim como o Estado é obrigatoriamente burguês e capitalista desde a sua forma, ele também é patriarcal e machista. [LEITE, Taylisi. *Crítica ao feminismo liberal: valor-clivagem e marxismo feminista*. São Paulo: Contracorrente. 2020, l. 863, 970, 1460, 6566].

A distinção entre trabalho remunerado e não remunerado é, assim, um ponto central. Isto porque, o trabalho que as mulheres fornecem sem remuneração, como aquele que está implicado na criação dos filhos e no cotidiano das atividades domésticas, deixa os homens livres para se engajarem no trabalho remunerado.<sup>65</sup>

Durante muito tempo, a participação feminina no mercado de trabalho assalariado foi temporária, em momentos de necessidade financeira da família. Para isso, executava tarefas consideradas como “não qualificadas”, subordinadas e específicas e recebendo um salário de trocados, realidade que se reflete até os dias atuais para muitas mulheres.<sup>66</sup>

O processo de industrialização do Brasil teve grande destaque a partir dos anos 1970, impulsionando uma mudança significativa na estrutura de distribuição social, com um incremento acentuado na expansão do trabalho feminino. Todavia, esta mão-de-obra foi absorvida (em grande parte) pelo setor de serviços, e com altíssima concentração nos empregos domésticos - ocupações de baixo prestígio e de remuneração reduzida.<sup>67</sup>

O espaço feminino no mercado de trabalho trouxe também uma alteração nas estruturas familiares, onde as mulheres se tornaram também responsáveis financeiras, somando isto a suas obrigações de cuidado com a casa e filhos. O homem, entretanto, pelo caminho inverso, sentiu-se desobrigado do sustento dos seus dependentes, muitos sequer prestando alimentos para seus descendentes.<sup>68</sup>

Considerando que muitos desses lares são chefiados por mulheres consideradas em empregos precários e de baixa remuneração<sup>69</sup>, - vez que muitas delas recebem salários menores - traz-se o impacto do que é realmente preciso ser feito para garantir a sobrevivência desses indivíduos, sendo tal ponto um reflexo na participação feminina no tráfico de drogas, como será visto no próximo tópico.

Por isto, diz-se que, em meio a esse sistema, as mulheres possuem dupla desvantagem, passando por uma sub valorização de suas capacidades e uma inserção periférica no sistema de produção, vez que o capitalismo coloca fortes obstáculos à realização plena da mulher<sup>70</sup>. Pelas apropriações advindas das relações sociais de raça e sexo, amplia-se o grande contingente

---

<sup>65</sup> BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo. 2018, l. 410.

<sup>66</sup> PERRO, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 187.

<sup>67</sup> GONÇALVES, Renata. O feminismo marxista de Heleieth Saffioti. *Lutas Sociais*, n. 27, 2 sem. 2011, p. 128/129.

<sup>68</sup> Cenário refletido no direito de família e os diversos meios de coação a fim de obrigar o pagamento de pensões alimentícias e outros auxílios referentes ao direito de paternidade. Como exemplo, a possibilidade de prisão pela inadimplência.

<sup>69</sup> LEITE, Taylisi. *Crítica ao feminismo liberal: valor-clivagem e marxismo feminista*. São Paulo: Contracorrente. 2020, l. 8155/9595.

<sup>70</sup> GONÇALVES, Renata. *Op. Cit.*, p. 125.



humano disponível para os mais baixos salários, aumentando a sua capacidade de exploração associada às apropriações do tempo, do corpo e do trabalho não pago.<sup>71</sup>

O que permite ao capitalismo preencher os espaços vazios das hierarquias que ele próprio criou não são suas leis internas, mas sim as leis de outros sistemas que estão fortemente entrelaçados aos seus conceitos de dominação. Por isto, é necessária a avaliação integrada aos demais fatores.<sup>72</sup>

No Brasil, o discurso racial é fundamental para entender a classe social, por exemplo. Como traz Silvio Almeida, a divisão de classes e antagonismos sociais que formam a sociabilidade capitalista têm o racismo como veículo de extrema importância, não podendo ser tratado como uma questão lateral dissolvida na concepção apenas da classe social. O racismo é um fator de divisão social e, para entender as classes, é preciso olhar para a situação real das minorias. A situação das mulheres negras exemplifica isto: recebem os mais baixos salários e são empurradas para os “trabalhos improdutivos”.<sup>73</sup>

Há anos, inúmeras pesquisas têm demonstrado que a raça é um marcador determinante da desigualdade econômica. Se pessoas negras são discriminadas no acesso à educação, é provável que tenham dificuldade para conseguir um trabalho e para permanecer nele. Além disso, a pobreza e a pouca educação formal ajudam a reforçar os estereótipos racistas, como a ideia de que negros têm pouca propensão para trabalhos intelectuais.<sup>74</sup>

E a cor aqui referida é a marca de um corpo com um passado familiar, seja o indígena ou africano<sup>75</sup>. No Brasil, país que forja uma imagem de harmonia racial deslocada da realidade que toma por referência, o racismo, contudo, sempre foi uma variável de peso. Por meio deste discurso, conferiu as bases de sustentação da colonização, da exploração da mão-de obra dos africanos escravizados e da concentração do poder como sendo o amparo ideológico em que o país se apoiou para sua manutenção.<sup>76</sup>

Ao falar de seletividade penal no Brasil, é necessário lembrar que se trata de um país com uma “escravidão mal abolida”, em que a questão racial precisa ser colocada como eixo estruturante para compreensão de qualquer política criminal, e marcadamente a política de

---

<sup>71</sup> CISNE, Mirla. Feminismo e marxismo: apontamentos teóricos-políticos para o enfrentamento das desigualdades sociais. *Serv. Soc. Soc.*, n. 132, maio/ago. 2018, p. 224.

<sup>72</sup> ARUZZA, Cinzia. Rumo a uma “União queer” de marxismo e feminismo? *Lutas Sociais*, São Paulo, n.27, 2 sem. 2011, p. 161.

<sup>73</sup> ALMEIDA, Silvio L. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 113/115.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>75</sup> SEGATO, Rita L. El color de la cárcel en América Latina: Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción. *Nueva sociedad*. Nº 208, mar./abr. 2007. Disponível em <www.nuso.org>, acesso em 02 fev. 2021, p. 149.

<sup>76</sup> FLAUZINA, Ana Luiza P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, p. 12.

drogas<sup>77</sup>. Os negros, que eram vistos como um segmento social caracterizado pelo crime, continuam obtendo os mesmos perfis sociais, atualmente.<sup>78</sup>

Para Wacquant<sup>79</sup>, os serviços sociais foram transformados de forma a servir de instrumentos de vigilância e de controle das consideradas classes perigosas, realizando uma contenção repressiva dos pobres, através do maciço encarceramento. O cárcere pode ser visto como um abrigo de estigmatizados que, pelo convívio e organização enquanto excluídos, fortalecem a noção de pessoas que seriam adequadas ou inadequadas socialmente. Por isto, diz-se que o sistema penal age de forma seletiva, taxando comportamentos para serem criminalizados.<sup>80</sup>

No Brasil, há uma constante criminalização da pobreza, apenas agravando a situação de vulnerabilidade dos grupos sociais, ao realizar a política repressiva de combate às drogas.<sup>81</sup> Exemplo disso é que, pelo perfil de pessoas presas por tráfico no Brasil, na maioria dos casos, os agentes flagrados poderiam ser facilmente considerados como meros usuários. Isto ocorre porque a ideia do sistema penal não está diretamente ligada apenas com a criminalidade, mas também com a característica do capitalismo em defender com afincos a classe dominante.<sup>82</sup>

Pela lógica da seletividade, aqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade, seguindo os padrões estereotipados, são vistos como criminosos. É considerado delinquente, não necessariamente quem obtém uma sanção penal em decorrência de seus atos, mas todos aqueles que se encontram adequados ao “perfil criminoso” criado.<sup>83</sup>

O sistema de justiça é um dos mecanismos mais eficientes na criação e reprodução da raça e de seus múltiplos significados. E a própria indiferença teórica sobre a desigualdade racial é fundamental para constituir um imaginário racista, pois, sem questionamentos, a discriminação racial aparecerá à consciência como algo absolutamente “normal” e

---

<sup>77</sup> BARRETO, Ana Luisa L. A. Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148, out./2018, p. 4.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Antônio L.; GOMES, Raoni Vieira. Seletividade racial no sistema penal brasileiro: apontamentos para a reconstrução da memória racial nacional a partir das teses de Walter Benjamin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 135, p. 73-96, set./2017, p. 7/8.

<sup>79</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 16.

<sup>80</sup> FARIA, Thaís D. *Memória de um silêncio eloquente: a criminalização das mulheres no Brasil na primeira metade do século XX*. 2013. Tese. (Curso de Direito). Universidade de Brasília, Brasília, p. 67.

<sup>81</sup> GUADANHIN, Gustavo; GOMES, Leandro. Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 127, p. 263-294, jan./2017, p. 10.

<sup>82</sup> SANTANA, Selma P.; HERNANDES, Camila R. Aplicabilidade da justiça restaurativa a usuários e dependentes de drogas ilícitas: uma alternativa ao fracasso do sistema penal tradicional. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. V. 27, nº 1, 2017, p. 10.

<sup>83</sup> HOFFMAM, Fernando; WITSCHORECK, Pedro, V. S. Criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 167, p. 331-366, maio/2020, p. 9/10.

corriqueiro.<sup>84</sup> E é com o encarceramento em massa que se perpetua e aprofunda padrões preexistentes de segregação e isolamento racial, não apenas removendo pessoas não brancas da sociedade e pondo-as em prisões, mas jogando-as de volta à segregação após sua libertação.<sup>85</sup>

Historicamente, percebe-se que a criminalização das drogas se iniciou, não pelos possíveis efeitos colaterais no homem, mas sim pelo interesse financeiro, vez que as indústrias necessitavam de funcionários capazes de trabalhar exaustivamente, o que estava sendo prejudicado pelo uso do ópio.<sup>86</sup>

Os debates sobre segurança pública não olham para a realidade social. Apenas criam discursos retóricos e politizados que constroem mitos sobre o tema, os quais constituem barreiras para uma discussão verdadeiramente comprometida.<sup>87</sup> Com o uso da seletividade, intensificam-se os efeitos simbólicos do direito, tornando-o um meio meramente político, culminando no desvirtuamento da proteção de bens jurídico-penais e o distanciamento do modelo democrático de Estado.<sup>88</sup>

A prisão é uma forma de exercer o poder punitivo, que atinge sua finalidade principal de proteção ao capital e não interferência nos caminhos rumo ao suposto progresso e durante a reorganização monopolista, vez que o Estado quase sempre serviu como meio de manutenção dos interesses da classe dominante desde o seu surgimento.<sup>89</sup>

Todos esses fatores geram segregação, e somados aos preconceitos existentes, agravam o quadro social destas pessoas. O sistema de justiça não foi criado para prevenir a violência ou escutar o interesse de vítimas, mas sim, destinado a punir os pobres, mantendo a estratificação social criada pelo capitalismo, o jogo de poder.<sup>90</sup>

---

<sup>84</sup> ALMEIDA, Silvio L. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 42.

<sup>85</sup> ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 279.

<sup>86</sup> MACHADO, Nara B. C. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. *XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza (CE), jun. 2010, p. 5.

<sup>87</sup> ARGÜELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 113, mar./abr. 2015, p. 11.

<sup>88</sup> FILIPPO, Thiago B. G. Racionalidade legislativa e tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 154, p. 131-174, abr./2019, p. 13.

<sup>89</sup> VIANA, Priscylla K; CARDOSO, Franciele S. Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 613-647, ago./2018, p. 9.

<sup>90</sup> HOFFMAM, Fernando; WITSCHORECK, Pedro, V. S. Criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 167, p. 331-366, maio/2020, p. 6.

### 2.3 A SELETIVIDADE PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

O modelo político social brasileiro vem reproduzindo a miséria e a exclusão, marginalizando as expectativas de vida dos grupos sociais mais estratificados. A seletividade penal, aqui trabalhada pela perspectiva interseccional da raça, gênero e classe, pode ser percebida ao se analisar a criminalização de determinadas drogas, delito responsável por grande parte das prisões no Brasil. Isto porque, o perfil das pessoas presas por tráfico é de homens<sup>91</sup> (prevalentemente), não-brancos e pobres.<sup>92</sup>

A seletividade está presente no ordenamento desde o conceito de droga, entendida como “qualquer substância suscetível de alterar o estado de consciência ou comportamentos”. O álcool e o tabaco, por exemplo, não são atingidos pelo discurso punitivo, que se volta agressivamente para outras substâncias, sejam elas mais ou menos nefastas, e sem que existam parâmetros cientificamente seguros sobre as potencialidades lesivas das drogas proscritas a fim de justificar a atuação estatal.<sup>93</sup>

O uso excessivo de álcool ou de medicamentos utilizados para fins recreativos são responsáveis por inúmeras mortes e adoecimentos. Entretanto, a suposta guerra às drogas restringe-se às camadas mais pobres da sociedade. As substâncias não criminalizadas têm a proteção do interesse econômico, vez que são de uso comum por parte das elites, permitindo que sejam difundidas às demais parcelas sociais.<sup>94</sup> Logo, a política proibicionista serve como um controle social, haja vista que os critérios médicos e farmacológicos não são os parâmetros que definem quais drogas devem ser proibidas.<sup>95</sup>

Historicamente analisando, Luísa Saad demonstra que a cocaína, por exemplo, era considerada como um “vício social elegante” trazida por “moços ricos”, vindos de países estrangeiros, e introduzida nos “meios elegantes”, onde era considerada por “imitação, por curiosidade e por ser elegante”. O problema começa a surgir, contudo, quando a droga ganha

---

<sup>91</sup> Mesmo que sejam os homens o principal público afetado, o fenômeno do encarceramento feminino nos últimos anos não pode ser ignorado, trazendo necessária a perspectiva de gênero também. [VIANA, Priscylla K; CARDOSO, Franciele S. Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 613-647, ago./2018, p. 17.]

<sup>92</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a lei 11.343/2006. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 71, p. 181-204, mar./abr. 2008, p. 3.

<sup>93</sup> FILIPPO, Thiago B. G. Racionalidade legislativa e tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 154, p. 131-174, abr./2019, p. 3.

<sup>94</sup> SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo T. Qual a sua droga? Maconha, hipocrisia ou isonomia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 141, p. 213-238, mar./2018, p. 4/8.

<sup>95</sup> SOUZA, Monique E. M. C. S. *As mulheres e o tráfico de drogas: linhas sobre os processos de criminalização das mulheres no Brasil*. 2015. Dissertação (mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 41.

espaço nas “camadas mais inferiores da sociedade”, uma vez que os principais sujeitos que se entregavam ao vício eram indivíduos de caráter frágil e privados de uma personalidade sólida. Com a disseminação da droga para as outras classes sociais, a cocaína - assim como ocorreu com outras substâncias - passou a ser vista como perigosa, e sem maiores estudos a respeito de seus impactos, foi proposta a sua criminalização.<sup>96</sup>

Como aponta Vera Malaguti, o aumento do uso da cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão de obra jovem para a sua venda ilegal, construindo núcleos de força nas favelas e bairros pobres do Rio de Janeiro. Este quadro propiciou grande processo de criminalização de jovens pobres, que superlotam os sistemas. A visão seletiva e a diferenciação no tratamento social dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, torna possível afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico da parcela considerada perigosa.<sup>97</sup>

Para garantir a validade da “guerra às drogas”, o medo foi difundido pela mídia hegemônica a serviço do capital financeiro internacional, sendo levada ao extremo com os noticiários policiais.<sup>98</sup> Isto porque, é pelas mídias que se propaga a imagem de temíveis criaturas, reforçando os discursos de medo e prejuízos causados pelos entorpecentes.<sup>99</sup>

Cria-se, através desses meios, a “construção da imagem pública do delinquente”, com toda a sua carga de preconceitos sociais (étnico, etário, de gênero e estético). Esta é a forma primordial pela qual as agências de criminalização secundária selecionam as pessoas que serão submetidas à pena<sup>100</sup>. É uma guerra que pode ser vista e considerada, em verdade, como guerra à pobreza negra<sup>101</sup>. E é do interesse das classes dominantes que os problemas sociais advindos do medo e violência não sejam solucionados, vez que estes são sentimentos que trazem como consequência o estímulo à competição do mercado e manutenção dos poderes.<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> SAAD, Luísa. “Fumo de negro”: a criminalização da maconha no pós-abolição. Salvador: EDUFBA, 2019, p. 92.

<sup>97</sup> BATISTA; Vera M. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 134.

<sup>98</sup> VIANA, Priscylla K; CARDOSO, Franciele S. Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 613-647, ago./2018, p. 7.

<sup>99</sup> ÁVILA, Gustavo N.; GUILHERME, Vera M. Direitos Humanos e o tráfico de drogas: a repercussão do caso “Matemático” nas redes sociais desde um debate concreto. *XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE*. São Paulo (SP), nov. 2013, p. 5.

<sup>100</sup> CARPENTIERI, José Rafael. Direitos Humanos E Direito Penal: pensamento como forma de resistência ao poder. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 108. Maio/jun. 2014, p. 6.

<sup>101</sup> BARRETO, Ana Luísa L. A; MATOS, Lucas V. A. Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico de drogas em Salvador- BA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 165, mar./2020, p. 2.

<sup>102</sup> VIANA, Priscylla K; CARDOSO, Franciele S. *Op. Cit.*, p. 10.

O tráfico, ao ser despido do discurso criminalizante, constitui uma forma tradicional de comércio, fomentada pelo lucro. Grande parte dos problemas ligados a ele estão associados às políticas proibicionistas, que criam uma falsa crença de que a repressão penal é o único instrumento capaz de servir de contra estímulo.<sup>103</sup>

Com a entrada em vigor da lei 11.343/06, ocorreu um endurecimento penal, devido a uma lei proibicionista e extremamente vaga. Apesar de prever a proibição de qualquer espécie de prisão para o consumo pessoal de drogas, sendo este um avanço legislativo, incrementou a punibilidade dos demais tipos penais, aumentando a quantidade de pena mínima e impondo um severo tratamento penal, tanto processual como executório, na linha da lei dos crimes hediondos.<sup>104</sup>

Há na redação legal uma margem discricionária, devido aos conceitos abertos dos tipos penais, os quais permitem a maleabilidade da interpretação, conforme seja o entendimento do juiz, já que inexistem critérios objetivos<sup>105</sup>. Cria-se liberdade aos juízes para proferirem penas conforme suas convicções pessoais, trazendo inúmeros problemas para a aplicação proporcional das penas, vez que são utilizadas circunstâncias extremamente subjetivas, fazendo com que as pessoas sejam avaliadas pelo que são, e não pelo que fizeram.<sup>106</sup>

Além disso, gerou uma margem dúbia de interpretação entre o que se considera tráfico ou consumo, pois estes possuem termos comuns, e a única coisa que os distingue é a sua finalidade. Nos tipos, não há menção sobre a atividade comercial, ou mesmo o lucro, como sendo elemento essencial ao tráfico.<sup>107</sup>

Como afirma Salo de Carvalho, a única forma de diferenciação entre as condutas seria com a comprovação do objetivo de consumo pessoal. Ao não se demonstrar isto, qualquer outra intenção termina com a subsunção da conduta do art. 33, em decorrência da generalidade, abstração e universalização do dolo.<sup>108</sup>

Em verdade, cria-se um parâmetro subjetivo de diferenciação entre usuários e traficantes, vez que os pontos mais observados pelos juízes para realizar essa distinção são o local em que

---

<sup>103</sup> CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 761-778, dez. 2015. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104026X2015000300761&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2015000300761&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 04 ago. 2020, p. 6.

<sup>104</sup> CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (e-book)*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, l. 5172/5180.

<sup>105</sup> SERRA, Victor S. “Pessoa afeita ao crime”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. Mestrado em Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista. Franca: 2018, p. 93.

<sup>106</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a lei 11.343/2006. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 71, p. 181-204, mar./abr. 2008, p. 7.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 6/8.

<sup>108</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, l. 3601.

foi feita a apreensão e as condições pessoais e sociais do sujeito encontrado com as drogas<sup>109</sup>. Por isto, pode-se dizer que ocorreu na lei de drogas um endurecimento seletivo, tornando possível punir de forma agressiva aqueles considerados como indesejáveis, e, ao mesmo tempo, abrandar a punição daqueles que “não representam um risco para a sociedade”.

O Brasil optou por transferir o problema das drogas diretamente para o direito penal, trazendo uma esfera de repressão, e não de proteção à saúde pública. Em verdade, sozinha, a lei penal não é adequada para realização dos objetivos abundantes da intervenção penal. Caso fosse o objetivo real o cuidado com a saúde pública, serviços estatais, com o desenvolvimento de medidas de forma integrada ao sistema social e da saúde, deveriam ser analisados.<sup>110</sup>

Para Maria Lucia Karam, a própria proibição das drogas gera um perigo grave à saúde, vez que a clandestinidade implica na falta de controle de qualidade das substâncias tornadas ilícitas e, conseqüentemente, aumenta a possibilidade de adulterações, impurezas e desconhecimento do potencial tóxico daquilo que se consome, sendo mais uma contradição quanto à suposta proteção a este bem-jurídico que é considerado como a “saúde pública”.<sup>111</sup>

Sob este discurso, em pouco mais de um século da “guerra” às drogas, os objetivos não só não foram alcançados, como, apesar do controle repressivo, a indústria das drogas continua forte. E o efeito desse combate é a sobrecarga dos sistemas penais.<sup>112</sup>

Existe a necessidade de um olhar criminológico para esses problemas, a fim de configurar uma convergência transdisciplinar, na qual desembocam saberes problematizadores das ciências penais. Como afirma Salo de Carvalho, a criminologia deve atuar como um instrumento de diagnóstico e prognóstico das políticas criminais no campo das ações repressivas e preventivas realizadas pelas agências formais de controle, tudo isso com o objetivo de melhor aplicar o direito penal, quando necessárias.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> MACHADO, Nara B. C. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. *XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza (CE), jun. 2010, p. 8.

<sup>110</sup> KARSAI, Krisztina. As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas (esboço de uma legislação penal comparada sobre drogas). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 92, p. 97-120, set./out. 2011, p. 13.

<sup>111</sup> KARAM, Maria L. Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano. In: Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia (org.). *Drogas, direitos humanos e laço social*. Brasília: CFP, 2013, p. 14.

<sup>112</sup> CHERNICHARO, Luciana P. *Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil*. 2014. Dissertação (mestrado). Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 79.

<sup>113</sup> CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (e-book)*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, l. 454.

## 2.4 A MULHER NO TRÁFICO DE DROGAS

Historicamente, os crimes relacionados às mulheres são carregados de subjetividade, deixando a critério das autoridades a adequação ao caso concreto. O perfil criminoso era traçado para aquelas que se afastassem do tradicional papel de mãe, da boa mulher cuidadora, responsável por zelar pelo futuro da sua família. A mulher que não cumpria com essas funções deveria ser rechaçada, criminalizada.<sup>114</sup>

Quanto ao sistema prisional em si, rara, ou nenhuma alternativa era dada. O normal é que fossem conduzidas para conventos, em que estariam separadas do mundo, de maneira total e definitiva. Sua permanência em casa exigia que fossem conciliadas as ideias da reclusão doméstica. A sua pena era voltada a impor uma forma de “melhoramento” do comportamento “perigoso”, restabelecendo os valores morais, eram as prisões consideradas como uma forma de “protegê-las” contra as tentações.<sup>115</sup>

No Brasil, até a década de 80, as mulheres presas ficavam sob a tutela de instituições religiosas, imprimindo-lhes uma condição de castigo e correção. As primeiras penitenciárias femininas ficaram sob a administração da Congregação de Nossa Senhora do Bom Pastor d’Angers, e a saída das freiras dos presídios ocorreu em decorrência das violências que as mulheres passaram a sofrer durante a ditadura (embora não haja documentos oficiais sobre isto).<sup>116</sup>

Com o endurecimento penal, abrangeu-se os tipos taxados, fazendo com que mais mulheres fossem alvo do sistema. Por esta razão, começaram a ser criados espaços penitenciários semelhantes aos masculinos, o que gerou um cenário ainda mais arrasador, vez que as mulheres encarceradas possuem condições específicas de vulnerabilidade e demandas que o Estado ignora.<sup>117-118</sup>

O aumento expressivo na taxa de aprisionamento feminino se dá, principalmente, em decorrência do tráfico de drogas. Em meio a um cotidiano de atividades precárias e mal remuneradas, e com dificuldades de inserção no mercado formal, além da expansão do trabalho

---

<sup>114</sup> FÁRIA, Thaís D. *Memória de um silêncio eloquente: a criminalização das mulheres no Brasil na primeira metade do século XX*. 2013. Tese. (Curso de Direito). Universidade de Brasília, Brasília, p. 29 e 80.

<sup>115</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 141/153.

<sup>116</sup> FÁRIA, Thaís D. *Op. Cit.*, p. 91/106.

<sup>117</sup> WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne B. de. Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 87, dez./2010, p. 2.

<sup>118</sup> SOUZA, Carla P. C. S.; SÁ, Lucas G. C. A percepção de suporte social em mulheres encarceradas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 151-171, ago./2018, p. 3.



invisível, a busca pela sobrevivência dessas mulheres tornou-se necessária.<sup>119</sup> Logo, são as pequenas atividades de varejo de drogas que permitem que elas trabalhem sem se ausentar por longos períodos, podendo desempenhar os papéis sociais de cuidados com filhos e família.<sup>120</sup>

Tão expressiva é a quantidade de mulheres presas pelo tráfico de drogas, que os relatórios do INFOPEN demonstram que o percentual de prisões femininas por este crime é muito superior às masculinas. Enquanto cerca de 26% dos homens estão presos por tráfico de drogas, a população feminina representa 61% neste fator<sup>121</sup>. Em oposição a isto, percebe-se um crescimento expressivo da população carcerária feminina, muito superior à dos homens. A partir dos anos 2000, até o ano de 2016, esse número cresce de 6 mil para 42 mil presas.

Se antes a maioria das mulheres eram presas por crimes contra o patrimônio, a mudança da lei de drogas em 2006 trouxe um novo cenário com as mesmas protagonistas desse sistema de opressão, vez que os padrões de policiamento seguem focalizados nas periferias urbanas. Com o aumento da pena mínima do crime e a maior subjetividade para a diferenciação dos tipos penais diminuíram-se as possibilidades de aplicação das penas substitutivas, por exemplo, trazendo um aumento das penas de prisão.

Essas prisões, como afirma Carla Akotirene, precisam ser analisadas na contemporaneidade sobre os alicerces interseccionais, vez que nelas residem aspectos sexistas e racistas. Há uma inclinação da polícia em ser arbitrária com o segmento negro sem constrangimento, taxando mulheres das camadas sociais estigmatizadas como de caráter perigoso e inadequado, sem averiguações.<sup>122</sup>

Quanto mais marginalizada ela estiver, maior a chance de que seja inserida no mercado informal e ilegal, tendo na rede de drogas uma oportunidade de conciliação entre os dois tipos de trabalho.<sup>123</sup> Como afirma Luciana Chernicharo, as mulheres que decidem se dedicar a transportar drogas, normalmente não o fazem como primeira opção de trabalho, sendo resultado de uma realidade de empregos precários, com baixa remuneração e poucas garantias.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> ARAÚJO, Bruna Stéfanni Soares. Guerra às drogas e mulheres latino-americanas: contribuições para uma criminologia feminista descolonizada. *Boletim IBCCRIM*. Nº 287. Out./2016, p. 2.

<sup>120</sup> GERMANO, Idilva; MONTEIRO, Rebeca; LIBERATO, Mariana. *Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino*. Psicologia: Ciência e Profissão 2018 v. 38 (núm.esp.2.). Disponível em <<https://doi.org/>> Acesso em 12 abr. 2019, p. 7/9.

<sup>121</sup> Uma média entre os relatórios de 2014, 2016 e 2017 do INFOPEN.

<sup>122</sup> SANTOS, Carla A. S. *Ó pa í, prezada! Racismo e sexismo institucionais tomando bonde no conjunto penal feminino de salvador*. 2014. Dissertação (mestrado). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 51.

<sup>123</sup> VIANA, Priscylla K; CARDOSO, Franciele S. Encarceramento feminino por tráfico de drogas no brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. V. 146, p. 613-647, ago./2018, p. 5.

<sup>124</sup> CHERNICHARO, Luciana P. *Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil*. 2014. Dissertação (mestrado). Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 133.

Pela ideia dos papéis de gênero criada por séculos, cabe à mulher a preocupação com o bem-estar de sua família.<sup>125</sup> Conforme demonstrado na pesquisa, muitas presas possuem filhos quando flagradas, e a razão de ingresso no tráfico é justamente por vê-lo como uma forma de complementar sua renda e poder sustentar sua família.<sup>126</sup>

A entrada delas no “mundo do crime” é facilitada pelos arranjos familiares, proximidades na vizinhança e redes comunitárias<sup>127</sup>. Por já habitarem regiões vulnerabilizadas, onde a violência incide de forma gravosa e a segurança pública é menos presente, o acesso torna-se mais fácil, sendo uma opção para sobreviver.<sup>128</sup>

Ao analisar as condições sobre as quais se encontram quando encarceradas, a solidão e o abandono (material e afetivo) são as características mais marcantes. Jamile Carvalho, por exemplo, relata o choro de muitas de suas entrevistadas ao falar de seus filhos, que estavam espalhados ou ainda, vivendo sozinhos, mesmo sendo adolescentes.<sup>129</sup> Além disso, existe o fator de que muitas mulheres são as responsáveis pelo sustento de seus parentes e, ao serem presas, retira-se de suas famílias as condições de irem visitá-las ou encaminhar itens que lhes garantem uma melhor sobrevivência.<sup>130</sup>

Perdem não só o contato com familiares, mas passam também a ter maiores dificuldades ao buscar empregos formais dignos, trazendo mais problemas às suas vidas do que antes de responder ao processo criminal. A aplicação de uma sanção penal reverbera por muito mais tempo do que o estabelecido nas sentenças, trazendo consequências severas que extrapolam o direito penal.

É claro que há mulheres em funções de poder no tráfico. Contudo, essa não é a realidade da maioria. A maior parte dessas mulheres estão em pequenas posições, sendo facilmente substituídas e tendo suas prisões consideradas como irrelevantes para a gerência do “negócio criminoso”.<sup>131</sup>

---

<sup>125</sup> MARTINO, Natália C. C.; CHAVES, Luana H.; RIBEIRO, Ludmila M. L. Papéis tradicionais de gênero e redes de contato: um estudo comparado com homens e mulheres encarcerados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 164, p. 587-612, ago./2018, p. 9/11.

<sup>126</sup> CASTRO, Helena R. C.; VALENÇA, Manuela A. Mulheres e drogas sob o cerco policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 483-514, ago./2018, p. 11/12.

<sup>127</sup> WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne B. de. Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 87, dez./2010, p. 6.

<sup>128</sup> COUTO, Maria C. G. Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, ago./2018, p. 8.

<sup>129</sup> CARVALHO, Jamile D. “Nós trafica, mas nós nunca tem nada”: trajetórias de vida de mulheres criminalizadas por tráfico de drogas. 2017. Dissertação (mestrado). Faculdade de Filosofia e ciências humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 68.

<sup>130</sup> MARTINO, Natália C. C.; CHAVES, Luana H.; RIBEIRO, Ludmila M. L. *Op. Cit.*, p. 2 e 9/11.

<sup>131</sup> HELPES, Sintia S. *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. 2014. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Universidade de Juiz de Fora, p. 161.

Como afirma Juliana Borges<sup>132</sup>, diversos estudos demonstram que a prisão de muitas mulheres é realizada em operações nas quais o foco eram parceiros e/ou familiares, e elas acabam detidas por sua posição ser considerada “associação ao tráfico”. Logo, estes encarceramentos em nada contribuem para reduzir as taxas de crimes ou alterar a realidade e violência utilizadas para justificar a “guerra às drogas”, vez que estas mulheres ocupam, em sua maioria, posições tão baixas que não se pode falar em desmantelamento de organizações criminosas.<sup>133</sup>

## 2.5 FINS DA APLICAÇÃO DA PENA E UM DIREITO PENAL MÍNIMO

Após avaliar o fato de que muitas mulheres são presas pelo tráfico de drogas e as razões pelas quais isto acontece, torna-se necessário debater sobre os fins da pena no sistema penal, a fim de realizar uma comparação da teoria com a realidade social, trazendo como enfoque o minimalismo.

O Código penal brasileiro, em seu art. 59, estabelece que as penas devem ser traçadas na medida em que seja “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, adotando uma teoria mista ao agregar conceitos retributivos e preventivos.

A ideia de reprovação traz à lembrança a retribuição ao mal causado. A pena seria algo preexistente e válido, tida como necessária, sem que se precise questioná-la ou fundamentá-la, já que sua aplicação se justificaria por si mesma. Embora as penas retributivas satisfaçam os sentimentos de justiça natural (a “vingança”), apresentam a falha de não preencher as finalidades sociais positivas reconhecíveis, por isto, dificilmente poderiam ser legitimadas como uma instituição.<sup>134</sup>

Já a prevenção pode ser dividida na geral, que se preocupa em analisar os impactos da imposição da pena sobre a generalidade dos cidadãos, e na especial, que dirige sua atenção para os impactos da pena sobre o indivíduo concreto.<sup>135</sup>

Pela prevenção geral positiva, a missão do direito penal é a proteção dos valores elementares de consciência, de maneira geral, demonstrando a todos a validade da norma. Ou

---

<sup>132</sup> BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 103.

<sup>133</sup> CASTILHO, ELA W. V.; CAMPOS, Carmen H. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 273-303, ago./2018, p.13.

<sup>134</sup> MELLO, Sebastian B. A. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 321.

<sup>135</sup> LOPES, Fernanda R. A. *O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem*. 2009. Dissertação (mestrado). Curso de direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 129.

seja, teria como finalidade o reforço da confiança social na ordem jurídica, sendo a pena compreendida como um instrumento de defesa da inviolabilidade da ordem jurídica.<sup>136</sup>

Esta, contudo, é insuficiente, vez que a segurança jurídica requer que quando se realizem certas condutas antijurídicas, além da sanção reparadora, se aplique uma pena, ou seja, uma prevenção particular<sup>137</sup>. É, também, incompatível com o princípio da autonomia, já que o Estado não está legitimado a penetrar, por meio da coação, nas convicções do cidadão e no seu âmbito interno, além de carecer de comprovação empírica acerca da sua efetividade.<sup>138</sup>

Enquanto isso, a prevenção geral negativa atuaria por meio da coação psicológica exercida sobre a sociedade, tendo aqui a cominação da pena, por exemplo. A punição serviria para mostrar aos cidadãos que a norma ainda vale, a despeito da prática do crime. A ideia seria evitar futuras práticas delitivas, sendo um instrumento de garantia social.<sup>139</sup> Esta seria uma forma de controle dos impulsos da população, servindo como ferramenta de intimidação da sociedade à prática de crimes.<sup>140</sup>

Contudo, ela não passa da intimidação, vez que tem como destinatários todos os indivíduos que integram a sociedade, utilizando-se do medo como forma de evitar crimes<sup>141</sup>. Para Roxin, a missão seria de fazer o autor desistir do delito, pois muitas pessoas conteriam o impulso antijurídico, quando percebessem que aqueles que o realizaram não obtiveram êxito, por sofrerem graves consequências.<sup>142</sup>

Eduardo Viana acredita que há uma ausência da proporcionalidade da pena em relação à gravidade do fato. Isto porque, se o freio da conduta criminosa seria a cominação legal, é crível que o legislador extreme a quantidade da pena, visando como resultado um suposto maior temor.<sup>143</sup>

Majorar a pena com base na prevenção geral seria uma ofensa ao princípio da dignidade humana. E, mesmo quando o réu está sendo punido de forma estritamente proporcional, ele está

<sup>136</sup> VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 351.

<sup>137</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Volume 1 – Parte Geral*. 9 ed. 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 101

<sup>138</sup> LYRA, José F. D. C.; LIRA, Cláudio R. S. O Direito Fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 133. Jul./2017, p. 8.

<sup>139</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35/39.

<sup>140</sup> LOPES, Fernanda R. A. *O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem*. 2009. Dissertação (mestrado). Curso de direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 135.

<sup>141</sup> PRADO, Luiz R. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais*. V. 0. jan./2004, p. 3

<sup>142</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Madrid: Civitas. 1997, p. 85/91.

<sup>143</sup> VIANA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 350.

sendo instrumentalizado para que os outros sejam influenciados com seu exemplo, vez que o efeito preventivo é alcançado pela ameaça de pena.<sup>144</sup>

A incerteza social deflagra mecanismos jurídicos de um direito penal meramente simbólico, já que os efeitos sancionadores estão mais direcionados ao acautelamento social do que à efetiva redução de riscos e resolução da criminalidade. O indivíduo seria instrumentalizado para atender às necessidades preventivas, sem que sejam consideradas suas reais capacidades subjetivas de evitabilidade do fato criminoso, tomando para si uma imposição penal, a fim de tornar-se um exemplo para a sociedade onde o sistema penal é vigente e funcional. Ou seja, a pena passaria a ser utilizada como instrumento de prevenção contra novos crimes de terceiros.<sup>145</sup>

Quanto à prevenção especial, consiste na atuação direcionada ao acusado, a fim de evitar que volte a delinquir no futuro.<sup>146</sup> No seu âmbito negativo, visa desestimular a reincidência, havendo também a neutralização do indivíduo. E, em seu âmbito positivo, busca corrigir o criminoso, devolvendo-o à sociedade devidamente qualificado para retomar ao convívio em paz.<sup>147</sup>

Apesar de todas as sanções penais aplicadas até o momento, entretanto, a cota de reincidência delitiva permanece extraordinariamente alta, e o aumento da criminalização penal apenas conduz a uma sobrecarga do sistema, não havendo o que se falar em ressocialização.<sup>148</sup>

O fenômeno de expansão penal, como o combate às inseguranças sociais, consubstancia o exercício meramente simbólico do sistema jurídico. Todo o aumento da tutela penal não se revela como alternativa apta a realmente reduzir a criminalidade e promover a paz na sociedade, apenas gerando um desgaste.<sup>149</sup>

Ao observar a realidade das mulheres que transportam drogas para sustentar seus filhos, por exemplo, em nada a sanção de outras as impendem de praticar o ato. Logo, os fins declarados para a pena são falhos e irrealistas. A chamada prevenção geral pelo “temor da aplicação

---

<sup>144</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 47/49.

<sup>145</sup> RIBEIRO, Thaísa B. *Culpabilidade e função: análise crítica da teoria da culpabilidade na obra de Günther Jakobs*. 2014. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014, p. 210.

<sup>146</sup> PRADO, Luiz R. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais*. V. 0. jan./2004, p. 5.

<sup>147</sup> LOPES, Fernanda R. A. *O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem*. 2009. Dissertação (mestrado). Curso de direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 145.

<sup>148</sup> GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta. El Derecho penal desde una evaluación crítica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, n. 10-11. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10>> Acesso em 30 mar. 2021, p. 3.

<sup>149</sup> RIBEIRO, Thaísa B. *Op. Cit.*, p. 42.

da lei”, em verdade, não restringe a prática de delitos. O argumento de redução da criminalidade não se valida por meio da forma geral. E o mesmo vale para a prevenção especial, vez que as sanções aplicadas não geram uma “ressocialização”, e neutralizam pessoas que não representam maiores perigos para a sociedade.

As finalidades declaradas para a aplicação da pena não correspondem ao que vem sendo dito. O sistema penal adota uma posição de manutenção de poderes e opressão de sujeitos aos quais considera desagradáveis, criando, a partir daí, um sistema de validação de suas ações e de reforço de valores sociais, legitimando o poder punitivo estatal, estabelecendo uma falsa paz social e, junto a ela, a noção de segurança jurídica.<sup>150</sup>

A suposição de que a pena estabilizaria normas porque criaria ou reforçaria a fidelidade ao direito, nem sequer deixa clara a maneira pela qual a pena atinge esse resultado: por meio da retribuição, da prevenção especial ou da intimidação.<sup>151</sup>

Ao questionar os fins da pena e o funcionamento do sistema penal, Nilo Batista pontua que a ideologia transforma fins particulares em fins universais, encobrindo as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e empreendendo a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei, ou seja, o homem existe para a lei, e não a lei existe para o homem.<sup>152</sup> Em verdade, a classe que detém o poder dita quais as regras devem ser seguidas, criando os castigos e elegendo os bens jurídicos a serem tutelados, de acordo com seus interesses, de maneira que não se possa questionar seus fundamentos.<sup>153</sup>

É por esta razão que, para além das funções aparentes da pena, nas quais se extraem uma verificação da compatibilidade, semelhança ou oposição entre as normas do direito positivo e o eterno esquema das teorias absolutas, relativas e mistas, fala-se, também, nas funções ocultas – ou não declaradas – da pena.<sup>154</sup> Isto porque, como se percebe a partir dos estudos da criminologia, os comportamentos tutelados no sistema penal são selecionados de forma a utilizar a pena como um instrumento reprodutor da violência e legitimador de um exercício de poder.<sup>155</sup>

---

<sup>150</sup> LOPES, Fernanda R. A. *O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem*. 2009. Dissertação (mestrado). Curso de direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 143.

<sup>151</sup> KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz C. Camargo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 95/2012, p. 85-95. Mar/abr. 2012, p. 3.

<sup>152</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 112.

<sup>153</sup> LOPES, Fernanda R. A. *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>154</sup> BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>155</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001, p. 263.

O direito penal tem exercido uma função simbólica, não pretendendo propriamente a resolução de conflitos, mas produzindo, na opinião pública, uma impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, criando uma sensação de segurança jurídica. Tal função, contudo, contraria por completo o sentido e os fins do direito penal, carecendo de legitimidade, pois manipula o medo ao delito e à insegurança, reagindo com um vigor desnecessário e desproporcional, preocupando-se exclusivamente com certos delitos e infratores.<sup>156</sup>

Por esta razão, as teorias deslegitimadoras, como o minimalismo e o abolicionismo ganham força nos debates doutrinários. Isto porque a ideia principal das duas ideologias é que o sistema penal é incapaz de prevenir novos delitos, não realizando suas funções declaradas, vez que este institucionaliza o poder punitivo do Estado e sua complexa fenomenologia, que inclui a cultura punitivista.<sup>157</sup>

A principal diferença entre os dois é que, enquanto o abolicionismo busca o fim do sistema como um todo, o minimalismo prevê uma concentração do âmbito penal em uma pequena esfera<sup>158</sup>, somente autorizando a intervenção penal quando for imprescindível para “a violência informal não desestabilizar a ordem social”.<sup>159</sup>

O marco teórico escolhido para o presente trabalho foi o minimalismo como meio. Por esta corrente, assume-se a razão abolicionista por não ver a possibilidade de relegitimação do sistema, no presente ou futuro. Entretanto, por acreditar que esse sistema ainda não está preparado para tão grande reforma, são traçadas estratégias de transição progressiva para o abolicionismo, como a descriminalização, a imposição de penas menos severas ou alternativas, bem como a melhoria dos institutos do sistema vigente, como a teoria da pena.<sup>160</sup>

Como afirma Zaffaroni, o sistema penal não é legitimável, vez que é violento, seletivo, injusto, e a pena é apenas um exercício ou um fato de poder, incapaz de dotar-se de qualquer justificação positiva conforme as tradicionais teorias<sup>161</sup>. Além disso, por trazer desconfiças sociais, não é capaz de proteger igualmente a todas as pessoas, já que grande parte da população teme as soluções que podem ser impostas.<sup>162</sup>

---

<sup>156</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 51/52.

<sup>157</sup> ANDRADE, Vera R. P. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n 52, jul. 2006, p. 169.

<sup>158</sup> QUEIROZ, Paulo. *Op. Cit.*, p. 87/99.

<sup>159</sup> GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta. El Derecho penal desde una evaluación crítica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, n. 10-11. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10>> Acesso em 30 mar. 2021, p. 9.

<sup>160</sup> ANDRADE, Vera R. P. *Op. Cit.*, p. 174.

<sup>161</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001, p. 19/28.

<sup>162</sup> SERRA, Victor S. “Pessoa afeitada ao crime”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. Mestrado em Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista. Franca: 2018, p. 21.

A justificação da pena privativa e do castigo em si, assume a imagem de uma pessoa motivada pelo temor, em vez de motivada pelos argumentos em favor da não realização do delito<sup>163</sup>. O atual sistema brasileiro, motivado pelo endurecimento penal, aplica penas sem questionar sua real efetividade.

Quanto ao tráfico de drogas em si, a grande parte dos sujeitos presos representa pessoas em baixas posições, facilmente substituíveis, cuja prisão não servirá para intimidar a outros, que seguirão atuando da mesma forma, devido aos contextos sociais. Também não servirá como forma de neutralização, vez que estes indivíduos são substituídos por outros, sendo meras peças no jogo do tráfico.

E, quanto a ressocialização, o sistema nunca funcionou de forma a concretizar este fim. Com a estigmatização dos egressos prisionais, bem como a pouca ou nenhuma profissionalização/educação adquirida no período da sanção criminal, não há possibilidade de se acreditar que um indivíduo exposto a um ambiente prisional possa ser considerado como ressocializado, após um período encarcerado. Contudo, além de questionar a necessidade da aplicação de certas sanções penais, é preciso avaliar a qualidade com que estas são impostas, considerando o *quantum* de pena que tem sido aplicada para estas pessoas, reduzindo o encarceramento e sanções desnecessárias.

---

<sup>163</sup> LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Ius et Praxis*, vol. 4, n. 2, Universidad de Talca, Chile. 1998, p. 32.



### 3. SER MULHER NA CONDENAÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE QUANTO ÀS SENTENÇAS JUDICIAIS

As normas são criadas pensando em um determinado contexto social. Quando o juiz realiza a aplicação dessas leis, reproduz requisitos e contextos históricos. Por ser a condição de mulher resultado de uma criação histórica que a define como ser social e cultural, revestida de características essenciais peculiares, esta sofre, mesmo que inconscientemente, com os preconceitos androcêntricos.<sup>164</sup>

Por muito tempo prevaleceu uma ausência de interesse teórico sobre os crimes praticados por mulheres, seja porque representavam um baixo número na taxa de crimes, ou pela percepção de que esses crimes são caracterizados por uma menor gravidade e violência<sup>165</sup>. Contudo, como já dito, com a alteração da lei de drogas em 2006, esse cenário começou a ser alterado havendo um crescimento significativo de mulheres sendo presas em virtude seja de suas ligações familiares, pela necessidade de sustento ou mesmo por almejarem ocupar posições de poder<sup>166</sup>.

O sistema penal atua de forma excludente, recriando e amplificando as desigualdades e preconceitos sociais em uma sociedade patriarcal, selecionando os bens jurídicos aos quais pretende tutelar e deixando margens para julgamentos susceptíveis a marcadores preconceituosos<sup>167</sup>. O processo penal, e conseqüentemente a prisão, são utilizados como um esconderijo para o racismo e sexismo institucionais, não por atuarem de forma camuflada, mas pelo desinteresse da sociedade em acompanhar a aplicação e o cumprimento das penas.<sup>168</sup>

Busca-se neste capítulo demonstrar que é necessário criar parâmetros para a individualização e aplicação da pena, fugindo do padrão de sentenças copiadas, sem uma análise das demandas individuais de cada réu e das arbitrariedades judiciais decorrentes da falta de regras claras.

Em um primeiro momento traz-se os preceitos teóricos para a delimitação dessa pena, ou seja, como a doutrina brasileira é desenvolvida para a sua determinação, demonstrando as

---

<sup>164</sup> LARRAURI, Elena. *Género y derecho penal*. Universidad de Salamanca, 1994. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.net>> Acesso em 15 abr. 2019, p. 2.

<sup>165</sup> BARCINSKI, M.; CÚNICO, S. D. Mulheres no tráfico de drogas: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 16, n. 1, maio/2016, p. 2.

<sup>166</sup> Essas mulheres, contudo, ainda representam minoria no sistema.

<sup>167</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Revista Sequência*, v. 18, n. 35, 1997. Disponível em <<https://doi.org/10.5007/%25x>> Acesso em 10 abr. 2019, p. 6.

<sup>168</sup> SANTOS, Carla A. S. *Ó pa í, prezada! Racismo e sexismo institucionais tomando bonde no conjunto penal feminino de salvador*. 2014. Dissertação (mestrado). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 161.

teorias de aplicação desta que são utilizadas em outros ordenamentos, e a realidade brasileira – em que não há uma teoria definida.

Depois, através dos dados coletados, aponta-se a prática judicial de aplicação das penas, o que é analisado e aplicado pelos juízes criminais. A partir dos resultados da pesquisa, traz-se a reflexão sobre os danos distintos sofridos pelas mulheres em comparação aos homens, devido à própria estrutura familiar e à sua posição na sociedade e no mercado de trabalho. Logo, suas justificativas e realidades devem ser consideradas no momento do julgamento.<sup>169</sup>

### 3.1 AS TEORIAS DA APLICAÇÃO DA PENA E A REALIDADE BRASILEIRA

A determinação legal da pena pode ser considerada como um processo de concretização das consequências jurídicas, correspondendo à aplicação de sanção penal para sujeito criminalmente responsável por uma infração. Para isto, fixa-se a pena, com base em um marco penal genérico, atendendo aos critérios da proporcionalidade, para se decidir a classe e quantidade de pena.<sup>170</sup>

No Brasil, pouco foi produzido pela doutrina em matéria de individualização da pena, resultando em uma legislação extremamente vaga, o que dificulta a interpretação e aplicação consistente pelos juízes.<sup>171</sup> Este fato levou a jurisprudência a um absoluto desconcerto, sendo orientada por uma irracionalidade discricionária na avaliação de elementos relacionados ao crime e ao criminoso, e na sua valoração como critérios de relevância para a mensuração da pena final.<sup>172</sup>

Como afirma Silva Sanchez, não se pode duvidar que o juiz realiza uma política criminal ao aplicar a pena. Por isto, diz-se que na dosimetria não incidem só argumentos relativos ao fato delitivo realizado, vinculado às regras dogmáticas de imputação, mas também uma argumentação assentada diretamente na teoria dos fins da pena.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. *Revista de Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 761-778, dez/2015. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p761>> Acessos em 04 ago. 2020, p. 6/12.

<sup>170</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, p. 19-39, 1998, p. 33.

<sup>171</sup> CAMPOS, Gabriel S. Q. Discricionarieidade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 238.

<sup>172</sup> STOCO, Tatiana Oliveira. *A personalidade do agente na fixação da pena*. 2013. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 106.

<sup>173</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret*. 2007. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 19 jan. 2021, p. 3/4.

Para Jesús María Silva Sánchez, a teoria da determinação da pena deve manifestar-se como a dimensão quantitativa de um sistema da teoria do delito. É neste momento que se constata o concreto conteúdo de injusto, culpabilidade e punibilidade de um determinado fato, traduzido em um determinado *quantum* da sanção.<sup>174</sup>

Apesar de uma metodologia própria para a aplicação da pena, por si só, não garantir uma previsibilidade, vez que as sentenças poderiam variar conforme outros fatores (como a adesão dos juízes às suas regras e a força das decisões dos tribunais em sede recursais), percebe-se que no sistema brasileiro, devido à ausência de uma uniformização, há uma grande margem de arbitrariedade.<sup>175</sup>

Considerando que o juiz teve contato com as provas dos autos, e que estaria munido de informações acerca do caso e suas circunstâncias relevantes, poder-se-ia justificar um espaço de liberdade para a quantificação dessa sanção<sup>176</sup>. Contudo, o que se verifica no Brasil é que a discricionariedade da escolha deixou para os magistrados um grande espaço de decisão, no qual os juízos morais regem o momento da aplicação da pena.

Luciana Fernandes, por exemplo, narra uma situação em que a juíza analisada interrompia a fala da ré, impedindo-a de descrever toda a situação, para que apenas se relatasse parte da situação, querendo fazer transparecer a verdade que ela própria já havia formulado: “a magistrada a interrompeu mais de uma vez para dizer “não perguntei o que viu, perguntei o que os policiais te disseram.””<sup>177</sup>

Há uma necessidade de olhar para a dosimetria da pena brasileira e desenvolvê-la de forma concreta, traçando parâmetros sólidos, a fim de evitar disparidades e aplicação de penas desproporcionais. Embora a teoria da pena seja pouco desenvolvida em boa parte do mundo, e nem todas as legislações possam servir como exemplos para o Brasil, escolheu-se pontuar a teoria da pena exata e a proporcionalidade pelo fato.

Para a teoria da pena exata (ou ponto fixo), todo delito teria uma exata sanção correspondente à culpabilidade, embora a capacidade epistemológica não seja suficiente para reconhecê-la. Nesta teoria, busca-se a exatidão do valor da pena, sendo possível calcular, com

---

<sup>174</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret*. 2007. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 19 jan. 2021, p. 5.

<sup>175</sup> CAMPOS, Gabriel S. Q. Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 201.

<sup>176</sup> CUNHA, Ricarlos A. V. Discricionariedade e método na aplicação da lei penal. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 483.

<sup>177</sup> FERNANDES, Luciana Costa. *Como juízas mulheres julgam mulheres pelo tráfico de drogas: discursos criminológicos reforçando privilégios e silenciamentos na cidade do Rio de Janeiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 152.

precisão, no caso concreto, qual a pena que corresponde à culpabilidade do autor, havendo apenas uma sanção correspondente à culpabilidade.<sup>178</sup>

A pena deveria ser exclusivamente fixada pela medida da culpa, cuja valoração se dá em um *quantum* rigorosamente firmado pelo ponto definido da moldura penal abstrata.<sup>179</sup> A ideia parece com as chamadas *guideline* americanas, em que há uma tabela em que se indica a pontuação pela gravidade de cada crime, encontrando a pena pela intersecção dos dados taxados.<sup>180</sup>

Historicamente analisando, a primeira reação do direito penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando o "mal justo" na exata medida do "mal injusto" praticado pelo delinquente. Mas, se a sanção absolutamente indeterminada deixa demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, além de enfraquecer a função intimidativa, a pena fixa determinada também impede o seu ajustamento ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.<sup>181</sup>

Como afirma Tatiana Stoco, na medida em que a pena parte de uma ideia de culpa "ideal", encontra seus limites no próprio conhecimento humano, sendo impossível a determinação exata de um valo<sup>182</sup>. A contribuição que esta teoria pode deixar é a reflexão sobre quais critérios pode o juiz trabalhar, para impor a sanção definitiva ao condenado.

Já a teoria da proporcionalidade pelo fato<sup>183</sup> é uma tentativa de retomar uma vinculação com os princípios liberais clássicos de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e estrita

<sup>178</sup> LYRA, José F. D. C.; LIRA, Cláudio R. S. O Direito Fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 133. Jul./2017, p. 9.

<sup>179</sup> STOCO, Tatiana Oliveira. *A personalidade do agente na fixação da pena*. 2013. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 124.

<sup>180</sup> Há uma indicação presumidamente correta da pena de acordo com a gravidade do delito e a culpabilidade do réu. E, caso haja circunstâncias substanciais e convincentes que outras sanções podem ser mais apropriadas o juiz pode afastar a incidência da pena recomendada justificando, seguindo como parâmetro um rol não exaustivo de causas de aumento e diminuição, com o objetivo de alcançar uma pena mais justa e proporcional. [CAMPOS, Gabriel S. Q. Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 205/212].

<sup>181</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. V. 2, jan./2019, p. 1.

<sup>182</sup> STOCO, Tatiana Oliveira. *Op. Cit.*, p.125.

<sup>183</sup> Semelhante a esta, tem-se a teoria dos jogos. Esta parte do princípio de que a pena adequada à culpabilidade não pode ser exatamente determinada, vez que há um espaço de jogo entre o mínimo e o máximo de pena assentado pelo princípio da culpabilidade. Há uma margem de liberdade, e a partir desta a pena deve ser fixada analisando o caso. A teoria sugere a possibilidade de alcançar um exato equilíbrio da pena e as considerações preventivas gerais e especiais, através da culpabilidade. Contudo, não fixa os critérios para essa determinação, fazendo com que os limites sejam difusos e flexíveis, ao não se informar quais os critérios que devem ser utilizados pelo julgador nessa margem de liberdade. [LYRA, José F. D. C.; LIRA, Cláudio R. S. *Op. Cit.*, p. 10; HÖRNLE, Tatjana. *La Concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena*. Universidad de Múnich, 1999. Disponível em <dialnet.unirioja.es> Acesso em 19 mar. 2021, p. 404.]

proporcionalidade, que a ideologia ressocializadora havia colocado em questão. Através dela, busca-se identificar os fatores que, nos casos concretos, permitem realizar adequadamente o desvalor do fato, relacionando a medida da pena com base na ideia de prevenção geral limitada pela culpabilidade e proporcionalidade com o fato delitivo, concentrando-se no quanto punir.<sup>184</sup>

A determinação da pena deve ser orientada exclusivamente pela gravidade do fato cometido, dispensando a necessidade de decifrar os praticamente insolúveis elementos da personalidade. Por essa teoria, a personalidade e conduta social do autor não deveriam fazer parte do processo de aplicação da pena, vez que também possuem uma relevância teórica bastante discutível.<sup>185</sup>

Ao se concentrar na gravidade retrospectiva do fato, a ideia da pena proporcional é uma busca por maior igualdade e transparência no trato da individualização, indo contra o argumento de que a magnitude da pena possa ser incrementada em razão de prognoses futuras. Logo, impõe que o castigo seja proporcional ao ato criminoso. A individualização da pena, para essa teoria, deveria ser alcançada conforme dois critérios nucleares: um seria a gravidade do fato, desde a perspectiva da vítima e lesão aos seus bens jurídicos; a outra, seriam as circunstâncias pessoais dos réus (ou seja, sua socialização, educação, inclusão social, não se confundindo com a culpabilidade pela sua condução de vida).<sup>186</sup>

Quanto às críticas à teoria, tem-se, em primeiro lugar, que a concepção da pena centrada na censura não pode se apresentar como única ou necessária fundamentação de uma teoria da determinação da pena proporcional ao fato. Não se pode, também, querer justificar a existência da pena com base em razões instrumentais, e ao mesmo tempo, almejar que a determinação da sanção seja orientada por outra sorte de razões. Além disso, a determinação de um *quantum* estritamente proporcional ao fato típico elevaria em excesso o nível punitivo do sistema criminal.<sup>187</sup>

Justamente para evitar um excesso de punição, é necessário estabelecer, no plano do injusto pessoal, quais fatores podem ser valorados, devendo manter uma coerência entre a teoria

---

<sup>184</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *Indret*. 2007. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 19 jan. 2021, p. 7.

<sup>185</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 64/65.

<sup>186</sup> LYRA, José F. D. C.; LIRA, Cláudio R. S. *Op. Cit.*, p. 13/15.

<sup>187</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op. Cit.*, p. 69.

do delito e a aplicação da pena.<sup>188</sup> Para Tatjana Hörnle, a pena adequada à culpabilidade deve orientar-se pela gravidade do delito e a gradação da culpabilidade pessoal do autor.<sup>189</sup>

Logo, identificar os fatores concretos que permitiriam descobrir o desvalor do ato delitivo é decisivo, por gerar a normativização dos vetores utilizados pelo juiz para determinar a pena adequada ao caso concreto. Um direito penal orientado pela proteção de bens jurídicos, centrando sua funcionalidade na proteção de determinado bem e no grau de afetação do interesse, deve acolher premissas dogmáticas que restrinjam a possibilidade de se avaliarem questões privativas do agente e de sua vida pregressa, bem como outras questões ilegítimas que não deveriam ser investigadas.<sup>190</sup>

A fim de tentar criar este padrão para julgamento, alguns autores tentaram determinar uma escala de danos que pudesse ser utilizada como critério de comparação de gravidade entre crimes. Para isto, os danos deveriam ser graduados, de acordo com a extensão pela qual eles afetam os padrões da vida de alguém. A ideia é de que, através de uma escala assim construída, sob a perspectiva de afetação da qualidade de vida da vítima, seria possível ao magistrado analisar com mais objetividade a concreta gravidade de determinadas condutas.<sup>191</sup>

Esses fatores de quantificação, contudo, ainda não logram êxito no Brasil, isto porque, as circunstâncias reais de um crime que podem fornecer um índice de gravidade são diversas, revelando-se uma tarefa ineficiente.<sup>192</sup>

Embora a aplicação da pena seja um desafio, independentemente de ser o sistema o *comum law*, ou *civil law*, há um crescente consenso no sentido de que uma maior orientação é necessária. A experiência dos países que adotam as *guidelines* pode trazer lições para jurisdições em que há grande discricionariedade, gerando a inspiração para se criar orientações vindas dos tribunais, por exemplo<sup>193</sup>. Isto porque, quando uma norma legal é clara e compreensível, aumenta-se a segurança jurídica, dando ao povo uma maior sensação de

---

<sup>188</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 129/132.

<sup>189</sup> HÖRNLE, Tatjana. *La Concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena*. Universidad de Múnich, 1999. Disponível em <dialnet.unirioja.es> Acesso em 19 mar. 2021, p. 408.

<sup>190</sup> LYRA, José F. D. C.; LIRA, Cláudio R. S. O Direito Fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 133. Jul./2017, p. 18.

<sup>191</sup> STOCO, Tatiana. *Op. Cit.*, p. 170.

<sup>192</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 136.

<sup>193</sup> ROBERTS, Julian V. Aplicação estruturada da pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 366/380.

segurança e livre-arbítrio, e diminuindo os espaços de abusos por parte das autoridades estatais e pela classe social dominante.<sup>194</sup>

### 3.2 METODOLOGIA DA PESQUISA

Esta pesquisa tem como objetivo principal identificar os juízos de reprovação existentes em sentenças condenatórias penais, avaliando se as variáveis de gênero, raça e classe impactam na dosimetria da pena de réus condenados pelo crime de tráfico de drogas.

A vertente feminista surge no trabalho, vez que a relação do direito penal com a mulher sempre ocorreu de forma paradoxal, tratando-a como vítima ou algoz, a depender de suas características pessoais. Logo, a hipótese de pesquisa busca analisar se as mulheres são punidas mais severamente, por se afastarem do “papel de gênero” patriarcalmente estabelecido.

Como metodologia, apesar de tomar como base a Teoria Fundamentada nos Dados<sup>195</sup>, foi utilizada a análise documental, de caráter exploratório, em conjunto com o estudo de casos. Utilizando-se da abordagem qualitativa, tornou-se possível trabalhar realizando uma análise da realidade social, ao mesmo tempo em que alguns destes dados foram quantificados a fim de traçar um padrão sobre as condenações. Com estas técnicas complementares, foi possível ter uma maior riqueza de informações, aprofundamento e fidedignidade interpretativa.<sup>196</sup>

A escolha da técnica se dá em razão de que, através destes procedimentos, foi possível elaborar hipóteses e produzir conhecimentos teóricos a partir da observação dos dados empíricos, havendo uma maior liberdade de análise dos resultados destacados por meio dessas observações.<sup>197</sup>

---

<sup>194</sup> BURKE, Anderson. Os critérios matemáticos de quantificação da pena-base: a ausência de previsão legal e possível insegurança jurídica. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 104.

<sup>195</sup> A técnica consiste em uma prática analítica com três etapas fundamentais: a codificação aberta, a codificação axial e a codificação seletiva, podendo ser necessária a repetição de algumas sequências. A codificação aberta prevê a formulação de códigos, ou seja, conceitos para os elementos que compõem a realidade observada. Neste momento, são coletados dados gerais, a fim de se ter uma ampla margem de objetos para uma seleção posterior. Na codificação axial parte-se para a comparação das categorias abstraídas dos dados empíricos, bem como de suas propriedades e dimensões, para começar a elaborar uma articulação teórica entre elas, devendo ser confirmada pelo retorno às observações iniciais. Aqui torna-se possível o estabelecimento de correlações entre categorias, ou entre categorias e propriedades. Já a codificação seletiva é aquela que permite a integração final de uma proposta teórica, em torno de uma categoria ou de uma narrativa central, funcionando como pivô ao redor do qual todas as categorias giram [STRAUSS, Anselm; CORBIN, Juliet. *Pesquisa qualitativa: técnicas e procedimentos para o desenvolvimento de teoria fundamentada*. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 103-160].

<sup>196</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio da pesquisa social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.) *Pesquisa social: Teoria, método e criatividade*. 28 Ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 21/22.

<sup>197</sup> CAPPI, Riccardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: Maíra Rocha Machado. São Paulo: Rede de Pesquisa Empírica em Direito (org.) *Pesquisar empiricamente o direito*. 2017, p. 391/420.

Como objeto da pesquisa, foram selecionados os processos referentes ao crime de tráfico de drogas, distribuídos no ano de 2014, na comarca de Salvador/BA. A escolha do crime de tráfico de drogas (art. 33, da lei 11.343/06) deu-se em razão de este ser o responsável pelo maior número de prisões de mulheres no país, e apontado pelo governo como um dos principais problemas de segurança pública.

Por se tratar de pesquisa realizada em Salvador, a comarca foi escolhida para delimitação do local, observando-se, também, que a cidade possui três varas destinadas ao tráfico de drogas. Destaca-se que para a obtenção do número dos processos é necessária ida ao fórum e solicitação em uma das varas<sup>198</sup>, vez que o sistema *e-saj* não disponibiliza uma ferramenta de busca apropriada para o pretendido, sendo mais uma razão para a escolha do local.<sup>199</sup>

Quanto ao lapso temporal, elegeram-se os processos distribuídos em 2014, ano a partir do qual a 3ª vara de tóxicos passou a funcionar. Considerando, também, que haveria uma diferença de cerca de quatro anos entre a data da distribuição dos processos e a coleta de dados, foi possível contar com um tempo considerável para que houvesse mais processos sentenciados.

Os filtros utilizados para a coleta do número dos processos no sistema foram: (1) no foro de Salvador; (2) processos distribuídos entre os dias 01/01/2014 e 31/12/2014; (3) que possuíssem sentença penal proferida até o dia 24 de setembro de 2019 (data da coleta de dados); (3) que estivesse com o *status* de “Julgado” ou “Julgado Transitado”.<sup>200</sup>

A partir destes números, realizou-se uma pré análise, excluindo processos que (1) ainda estavam em fase de instrução, sendo apontados como julgados por erro do sistema *e-saj*<sup>201</sup>; (2) processos em segredo de justiça<sup>202</sup>; (3) ou que estavam incompletos no sistema, totalizando 146. Foram separados, então, em cinco grupos<sup>203</sup>: condenações por tráfico privilegiado; condenações; absolvições; sentenças extintivas de punibilidade (morte/prescrição) e de desclassificação.

---

<sup>198</sup> Os dados foram obtidos na 2ª Vara de Tóxicos com a Diretora de Secretaria, Patrícia Reis.

<sup>199</sup> Em virtude disto apenas foram analisados os processos que se encontravam registrados no sistema do fórum criminal (julgados ou transitados em julgado), excluindo-se aqueles que estavam em sede recursal, vez que esses dados ficam em posse do Tribunal de Justiça.

<sup>200</sup> Os termos utilizados para a pesquisa foram: 268 - Processo Criminal, 281 - Procedimento Comum, 283 - Ação Penal - Procedimento Ordinário, 284 - Processo Especial, 292 - Processo Especial de Leis Esparsas, 300 - Procedimento Especial da Lei Antitóxicos, 106000 – Classes Antigas do SAIPRO de 1º grau, 106011 - Ação penal, 106498 - Tóxicos, 106499 - Tráfico de entorpecentes, 200000 - Classes antigas do SAIPRO de 2º grau, 200067 – Ação penal originária.

<sup>201</sup> Geralmente em decorrência da morte de um dos autores quando há concurso de agentes.

<sup>202</sup> Duas ocorrências.

<sup>203</sup> Destaca-se que por vezes houve o cometimento de outros crimes em concurso, em sua maioria o porte/uso de arma de fogo. Contudo, para esta pesquisa apenas foram coletados os dados referentes ao crime de tráfico de drogas.



Destas cinco categorias, a de condenações por tráfico de drogas privilegiado foi a escolhida para o desenvolvimento da pesquisa. Tal seleção foi feita em razão de ser este o grupo com o maior número de mulheres para realizar a análise comparativa entre gênero.<sup>204</sup>

Para o registro dos dados foi utilizado o programa Excel. Inicialmente, criou-se uma planilha para a coleta de informações pessoais dos réus, circunstâncias da prisão, e informações das audiências e sentenças<sup>205</sup>, sendo posteriormente aprofundado para a avaliação dos juízos de reprovação.

Ressalva-se que os dados foram obtidos através da leitura de documentos oficiais, por vezes incompletos, não sendo possível saber se essas indicações foram por autodeclaração dos sujeitos ou por heteroatribuição. Além disso, a pesquisa não contém destaques quanto à orientação sexual ou de gênero, vez que estes dados não estão presentes nos autos processuais.

Em virtude da existência de muitos concursos de agentes, seria inviável a análise de todos os julgados, por isto, esta foi realizada por amostragem<sup>206</sup>. Em processos em que houve concurso de homem/mulher, ambos foram analisados. Nas situações de concursos entre homens e mulheres com mais de dois agentes, escolheu-se o homem com função semelhante à da mulher para realizar a comparação. Já nos processos em que havia o concurso apenas de homens, foram selecionados os réus com a aplicação da diminuição de pena, e em caso de mais de um encontrar-se nessa posição, utilizou-se como critério o primeiro nome a ser situado na lista de réus do sistema *e-saj*.

Com os dados obtidos, a fim de poder avaliar os juízos de reprovação, foram selecionados os processos em que os réus/rés confessaram o crime (seja em sede policial ou em juízo) ou alegaram o porte para consumo em alguma das duas fases. Esta escolha se deu em razão da possibilidade de analisar quais as falas/histórias seriam consideradas pelos juízes ao sentenciar o processo, além da dosimetria em si.

Este recorte foi realizado com o objetivo de poder comparar o dito no inquérito, na audiência, e o que seria posto pelo juiz na sentença condenatória. A partir desse ponto, tornou-se possível estudar as justificativas para a prática do ato delituoso, bem como as falas dos juízes

---

<sup>204</sup> Por se tratar de uma pesquisa em que se analisa os juízos morais de condenação era necessário trabalhar com uma sentença condenatória e, no grupo de condenações puras havia apenas duas mulheres, sendo uma sendo condenada pelo art. 33, §3º (0566834-22.2014.8.05.0001) e outra pelo art. 35 (0327026-91.2014.8.05.0001).

<sup>205</sup> Dados pessoais do preso (nome, gênero, idade, escolaridade, profissão, cor da pele, estado civil, naturalidade, local de residência, se possui filhos, histórico de drogas), dados sobre o fato (local, hora, razão da abordagem, onde se encontrava o objeto, quantidade da droga apreendida), dados sobre a instrução (depoimento de policiais e de outros, se o réu respondeu em liberdade, a versão do preso em seu depoimento), por fim, dados sobre a sentença (data, qual o embasamento legal, como o juiz classifica a quantidade da droga apreendida, as três fases da dosimetria e suas peculiaridades, a pena final e a quantidade de dias/multa, o direito de recorrer em liberdade, o gênero do julgador).

<sup>206</sup> BECKER, Howard. S. *Segredos e truques da pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 41.

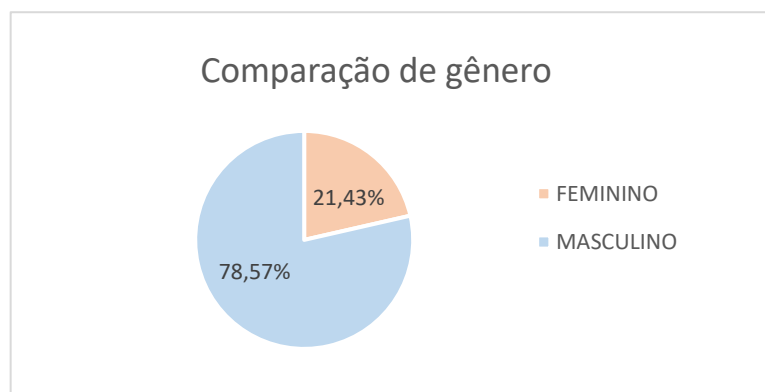
a este respeito<sup>207</sup>. Foram excluídos apenas os processos em que ocorreu revelia ou as audiências de instrução e julgamento tenham sido apenas registradas em vídeo, já que não seria possível o acesso.

Este novo grupo formado totalizou 24 processos, sendo 7 mulheres e 17 homens. E, com uma nova planilha, detalhes do que foi dito em audiência e na sentença puderam ser separados e comparados. A análise dos dados obtidos será realizada nos tópicos seguintes. Observa-se, contudo, que os discursos de gênero e juízos de reprovação em geral não se encontram explícitos nas decisões. São falas mascaradas, apenas passíveis de verificação pelas entrelinhas<sup>208</sup>, através da comparação de fatores biossociais e juízos condenatórios na dosimetria da pena.

### 3.3 PERFIL DOS SENTENCIADOS

Avaliando o perfil dos presos condenados pelo crime de tráfico de drogas privilegiado no teor da pesquisa, encontra-se parâmetro similar aos dados gerais divulgados pelo INFOPEN<sup>209</sup>. E os resultados obtidos correspondem também ao de outras pesquisadoras soteropolitanas.

A primeira comparação que deve ser feita diz respeito ao gênero. Dos 56 processos analisados, 44 eram homens e apenas 12 mulheres, refletindo a realidade brasileira de que, embora o encarceramento feminino esteja em curva crescente, com percentuais muito maiores que os masculinos, ainda se processam e prendem mais homens que mulheres.

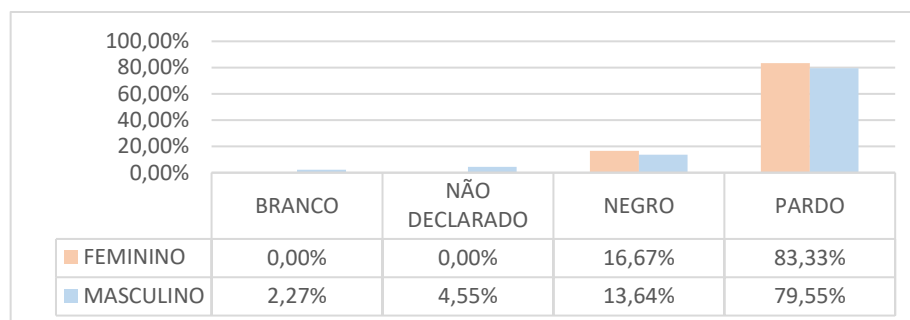


<sup>207</sup> Ficou excluído dessa análise o processo em que foi decretada revelia e outro em que a audiência foi apenas gravada, não se pronunciando o juiz sobre nada dito pelo réu.

<sup>208</sup> MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; CAVALCANTI, Rafaela Maria de Aguiar. Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 148. Out./2018, p. 4.

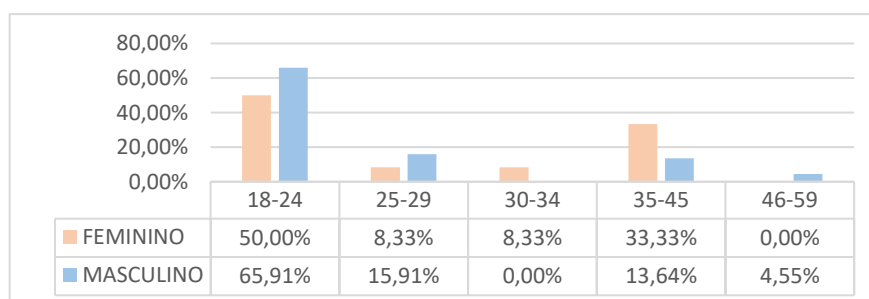
<sup>209</sup> Pelos dados obtidos no INFOPEN/2017, os parâmetros do sistema prisional é uma prevaência de pessoas declaradas como pardas, com prevaência de jovens entre 18-24 anos, de baixa escolaridade, sendo que 51,35% dos presos não chegaram a concluir o ensino fundamental e apenas 11,18% pelo menos concluíram o ensino médio, havendo a prevaência de homens, embora haja um crescimento do número de mulheres presas nos últimos 15 anos.

Ao analisar o critério “raça”, percebe-se que apenas um homem está declarado como branco. Duas mulheres e seis homens consideram-se como negros. E todos os outros (10 mulheres e 35 homens) são declarados nos Autos de Prisão em Flagrante como pardos. Porém, conforme ressalva já feita, por se tratar de documentos escritos, não é possível saber se estes dados são autodeclarações ou heteroatribuições dos investigados.<sup>210</sup>



Este resultado reflete as pesquisas quanto à cor da população brasileira, que em sua maioria se declara como parda. Para Sueli Carneiro, é um dado que demonstra uma ausência de identidade racial por parte do brasileiro. Por conta da discriminação e ônus simbólico que a negritude contém socialmente, as pessoas não sabem ou não desejam ser o que realmente são, não há como saber em que medida o racismo estrutural interfere no processo de auto ou hetero identificação racial, vez que há uma maior aceitação social dos mais claros em relação aos mais escuros, muitas pessoas buscam negar suas origens raciais declarando-se como “pardas”.<sup>211</sup>

Quanto à faixa etária dos acusados, houve a predominância de jovens entre 18-24 anos, sendo neste grupo 6 mulheres e 29 homens. Entre 25-29 anos foram 7 homens e uma mulher, e entre 30-34 anos, apenas uma mulher. Já entre aqueles que possuíam de 35 a 45 anos foram registradas 4 mulheres e 6 homens, sendo o 2º maior grupo. Por fim, dois homens entre 46-59 anos.



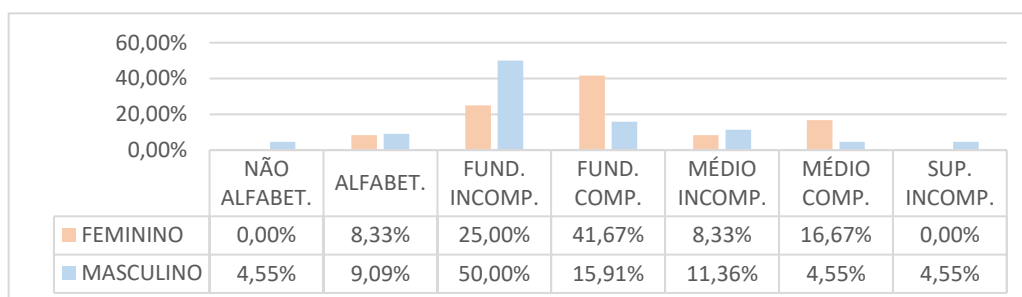
<sup>210</sup> Os percentuais dos gráficos abaixo foram feitos com base no critério de gênero, logo há um valor referente ao total de homens, e outro ao total de mulheres, não correspondendo ao total geral. [BRASIL. Ministério da Justiça e segurança pública: departamento penitenciário nacional. *Departamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização – junho 2017*. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/>> Acesso em 11 ago. 2020].

<sup>211</sup> CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil (ebook)*. São Paulo: Selo Negro. 2011, l. 635.

Após analisar os critérios de gênero, raça (e a idade), o outro fator de destaque na pesquisa é quanto à classe social à qual pertence o acusado. Os dados processuais, contudo, não possibilitam uma análise objetiva, vez que não existem parâmetros para esta avaliação no teor, nem do inquérito, e nem durante o processo. Por isto, utilizou-se da escolaridade, profissão, bairro de residência e o patrono que realiza a defesa dos réus no processo, como indicadores da capacidade econômica destas pessoas.

Além disto, através de pesquisas realizadas pelos prontuários no Conjunto Penal Feminino em Salvador, chega-se à conclusão de que a maioria das mulheres ali presas se encontram em situação de vulnerabilidade econômica, declarando-se como pobres, geralmente desempregadas ou ocupando posições de baixa remuneração no mercado.<sup>212</sup>

Quanto ao grau de escolaridade, prevalece entre os homens o ensino fundamental incompleto (22 homens), enquanto para as mulheres, o ensino fundamental completo (cinco mulheres). O perfil de baixa educação fica evidente entre os sujeitos, sendo dois homens declarados como analfabetos, e quatro homens e uma mulher declarados como alfabetizados. Apenas quatro presos possuíam o ensino médio completo (duas mulheres e dois homens), e dois outros homens possuíam o ensino superior incompleto.



Como resultado da baixa escolaridade, observa-se a prevalência de profissões mal remuneradas no Brasil<sup>213</sup>, bem como a presença de alguns sujeitos que se declaravam desempregados. Destaca-se que, em muitos processos, os sentenciados declaravam-se desempregados no Inquérito Policial e afirmavam ter emprego na Audiência de Instrução e Julgamento, sendo, neste trabalho, considerado o dito em audiência. Observa-se, contudo, que

<sup>212</sup> PRADO, Alessandra; OLIVEIRA, Débora. A punição de mulheres traficantes: análise crítica de sentenças condenatórias à pena privativa de liberdade não substituída por restritiva de direitos. *Revista Jurídica UNICURITIBA*. V. 1, n. 42, 2016, p. 9.

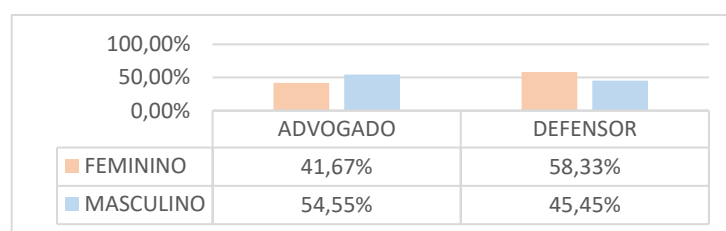
<sup>213</sup> Foram encontradas as seguintes profissões: manicure, doméstica, auxiliar de cozinha, comerciante, cabelereira, cuidadora de idosos, auxiliar de produção, professor de jiu-jitsu, ajudante de pedreiro, pedreiro, lavador de carro, guardador de carro, repositor, feirante, vendedor ambulante, ajudante prático, operador de máquina industrial, biscateiro, garçom, auxiliar de serviços gerais, pintor, ajudante de pintos, ajudante de montagem de armários, coveiro, confeitiro, servente, gerente administrativo, técnico de informática.

por vezes, a situação econômica do acusado ainda poderia ser de maior vulnerabilidade no momento do flagrante, por não estar recebendo nada.

Sobre o bairro de moradia, verificou-se a predominância de regiões periféricas<sup>214</sup>, com exceção para o Caminho das Árvores, Rio Vermelho e Federação. Ao pesquisar<sup>215</sup> sobre a distribuição geográfica de Salvador, nota-se que os bairros encontrados se concentram no chamado “miolo”, região que vai da BR-324 até à Avenida Paralela, englobando bairros como Cajazeiras, São Cristóvão e Sussuarana, além da região do Subúrbio Ferroviário. Nestas regiões, há um predomínio de populações negras<sup>216</sup>, reforçando os indicadores de que estas pessoas condenadas, com poucas exceções, pertencem a grupos sociais menos favorecidos economicamente.

Outro dado que pode ajudar a traçar o perfil econômico dos acusados diz respeito ao profissional que os defende. Isto porque, apesar da escolha pela defensoria não ser um fator que pontua necessariamente a incapacidade econômica da parte, é um indicador, já que o advogado pressupõe ao menos a possibilidade de optar por quem será a pessoa que realizará a sua defesa.

O esperado pela pesquisa é de que a maioria dos réus fossem defendidos pela defensoria pública. Os resultados, contudo, não apresentaram grandes variações. Pelos dados encontrados das 12 mulheres pesquisadas, cinco foram defendidas por advogados, e sete por defensores públicos. Já quanto ao total dos 44 homens, 20 foram representados pela defensoria e os outros 24, por advogados.



Além disso, para avaliar a qualidade destas defesas, pesquisou-se também sobre quantos dos processos em que houve coautoria, os réus foram defendidos pelo mesmo profissional. Tal dado é relevante, vez que o maior prejudicado nos casos em que há divisão do patrono é o

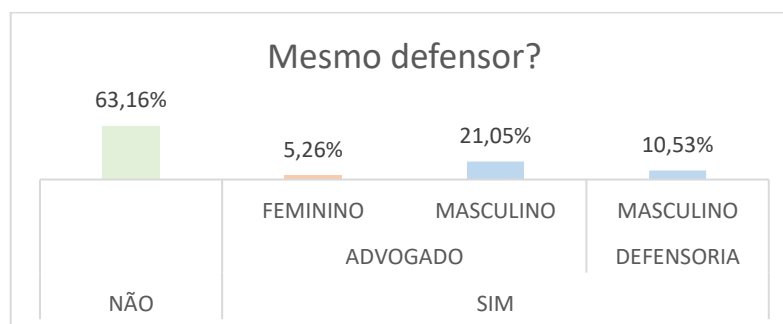
<sup>214</sup> Baixa do Fiscal, Boca do Rio, Brotas, Cajazeira, Caminho das Árvores, Comércio, Cosme de Farias, Fazenda Coutos, Federação, Jardim Cruzeiro, Lagoa dos Patos, Liberdade, Lobato, Massaranduba, Narandiba, Nova Constituinte, Pau da Lima, Periperi, Pernambués, Pirajá, Plataforma, Retiro, Ribeira, Rio Vermelho, Saboeiro, Santa Cruz, São Caetano, São Rafael, Soledade, Uruguai, Valeria.

<sup>215</sup> Sobre a distribuição geográfica em Salvador: GARCIA, A. *Desigualdades raciais e segregação urbana em antigas capitais: Salvador, cidade D'Oxum e Rio de Janeiro, cidade de Ogum*. Rio de Janeiro: Faperj, 2009; CARVALHO, I.; PEREIRA, G. *Como Anda Salvador?* Rio de Janeiro: Letra capital. Observatório das Metrópoles, 2009.

<sup>216</sup> BARRETO, Ana Luisa L; MATOS, Lucas V. A. Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico de drogas em Salvador -BA. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. V. 165, mar./2020, p. 4/6.

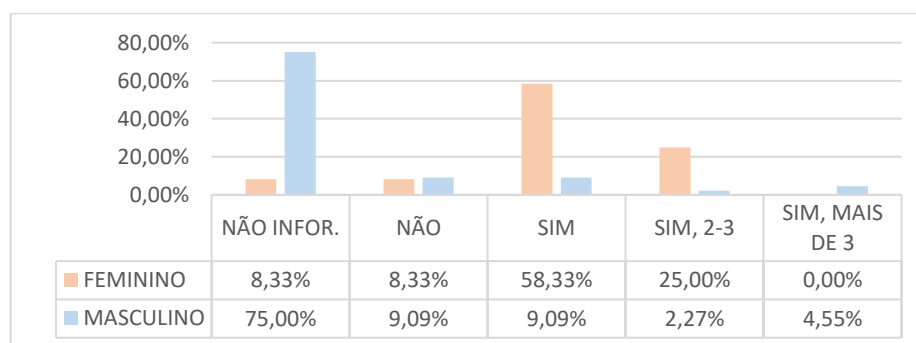
acusado com a menor participação no delito, pois, provavelmente, não haverá uma individualização adequada na defesa dos indivíduos.

Os resultados, ao contrário do que era esperado, demonstraram que dos 19 processos em que ocorreu coautoria, na maior parte dos casos - em 12 processos - não houve o compartilhamento dos patronos. Dos sete processos em que essa partilha ocorre, apenas dois homens estavam auxiliados por um defensor público em comum. Os outros cinco indivíduos, havendo apenas uma mulher neste grupo, tiveram suas defesas realizadas por advogados.



Por fim, traz-se os dados referentes às famílias dos acusados. No ponto das relações afetivas, apenas dois homens declararam-se casados, e outros dois afirmaram estar em uma união estável. Todos os outros presos se intitularam como solteiros. É possível, contudo, que estes dados não estejam completamente corretos, vez que, pela pesquisa realizada por Débora Oliveira sobre o perfil das mulheres presas em Salvador, foi encontrada uma divergência entre os autos e o prontuário penitenciário, quanto à definição do estado civil.<sup>217</sup>

Outro dado importante a ser destacado, diz respeito à quantidade de filhos declarada pelos condenados. Enquanto no processo de 33 dos homens sequer mencionava-se o fato de haver ou não filhos, apenas no processo de uma das mulheres este fator não estava mencionado. Dez das mulheres afirmaram ter filhos e uma declarou não ter prole. Entre os homens, 4 afirmaram não ter filhos e sete deles afirmaram ter ao menos um.



<sup>217</sup> OLIVEIRA, Débora M. M. *Uma guerra de cor, gênero e classe: estudo das sentenças condenatórias de mulheres criminalizadas por tráfico em Salvador*. 2019. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 84.

Percebe-se uma desproporção entre o número de mulheres que são mães e o número de homens que nada declaram sobre a paternidade. Em conjunção com o fato de que todas as mulheres se afirmaram como solteiras na pesquisa, verifica-se nos dados uma realidade de que muitos homens deixam de assumir a função de pai, fazendo com que essas mulheres se tornem as chefes de família, sustentando a si e as suas crianças, sozinha.

Como afirma Luciana Boiteux<sup>218</sup>, o sistema penal traz uma seletividade especial com o encarceramento de mulheres, sendo estas mães, negras e pobres. Justamente aquelas que acabam buscando o comércio ilícito de drogas, por necessidades de subsistência de sua família. E são as questões sociais e familiares que mais distinguem as experiências femininas no cárcere, uma vez que a maior parte dessas mulheres são responsáveis pelo cuidado da família.

A condenação gera um impacto econômico e afetivo na família no momento da prisão, e que posteriormente traz uma maior dificuldade para que elas encontrem um trabalho nos mercados formais. O sistema penal, da forma como se estrutura atualmente, contribui para potencializar as violências sofridas por mulheres, aumentando as desigualdades sociais, vez que são invisibilizadas nos processos criminais. Há uma supressão de importantes informações sobre a maternidade e questões familiares, que dificultam o acesso das acusadas a certos direitos, gerando mais um ciclo de violências sofridas na vivência feminina no cárcere.<sup>219</sup>

### 3.4 A ANÁLISE DOS PROCESSOS

Neste tópico serão analisados os principais pontos de desenvolvimento da pesquisa: o cálculo da pena média dos réus e réis; a confissão e a narrativa de alguns processos selecionados. O critério de confissão é utilizado a fim de poder comparar o que é dito pelos réus e o que é de fato aproveitado pelos juízes no momento da sentença. Para ilustrar estes quadros, seis sentenças são selecionadas, utilizando como critério processos em que os réus alegaram a necessidade financeira de sustentar os filhos ou que sofreram ameaças advindas de terceiros, entes não policiais.

---

<sup>218</sup> BOITEUX, Luciana. Encarceramento feminino e seletividade penal. *Rede de justiça criminal. Discriminação de gênero no sistema penal*. Ed. 09, set/2016, p. 1.

<sup>219</sup> SESTOKAS, Lucia; OLIVEIRA, Nathália. A política de drogas é uma questão de mulheres. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. V. 1, nº 27, 2018, p. 159/160.

### 3.4.1 A pena média

Como primeiro critério de verificação de juízos de reprovação ocultos na sentença, avaliou-se, como um dado objetivo, o tempo de pena médio dos homens e mulheres condenados pelo tráfico de drogas privilegiado.

A hipótese inicial a ser comprovada seria de que as mulheres recebem proporcionalmente penas maiores que os homens, mesmo estando nas mesmas circunstâncias que estes, pelo preconceito de gênero oculto no sistema.

Convertendo a pena total em meses (observando somente a condenação pelo crime de tráfico de drogas), realizou-se o cálculo da pena média<sup>220</sup> para as 12 mulheres e para os 44 homens, condenados nas três varas de tóxicos de Salvador, sem distinção quanto aos juízes. O resultado obtido comprovou a hipótese inicial da pesquisa, pois enquanto as mulheres obtiveram 28,7 meses de prisão e 245,7 dias-multa; os homens tiveram um total de 27,4 meses de pena e 239,5 dias-multa, sendo a pena feminina 5% maior.

Atenta-se que quatro dessas mulheres condenadas foram presas ao levarem drogas para seus companheiros na prisão, circunstância pela qual nenhum homem foi preso, e que possui ainda causa de aumento da pena (art. 40, III da lei 11.343/06). Retirando essas mulheres do conjunto da comparação, a pena média das oito mulheres restantes passa a ser de 30,6 meses, elevando a diferença para com os homens – as penas passam a ser 12% maiores neste caso.

Buscando, mais uma vez, confrontar a diferença de pena média, utilizou-se como último parâmetro o grupo dos 24 homens e mulheres que confessaram o crime em sede de audiência ou no inquérito, os quais tiveram as sentenças analisadas nos tópicos seguintes. Para esse grupo, tivemos uma pena média de 22,5 meses para os homens (e 169 dias-multa) e, para as mulheres, um resultado de 27,4 meses e 224,14 dias-multa, sendo o percentual desta diferença 22% maior.

Logo, com os resultados obtidos através dos diversos cálculos de pena média realizados, quer sejam por critérios declarados ou não, as mulheres acabam por receber penas maiores, mesmo que em circunstâncias similares aos homens, confirmando a hipótese que gerou a ideia da pesquisa.

Em adição a isto, destaque deve ser feito quanto aos dados coletados pelo Observatório de Prática Penal do ano de 2014. Por estes, demonstra-se que as mulheres recebem um tratamento mais brando que os homens, por terem menos penas privativas de liberdade. A

---

<sup>220</sup> Após selecionar todas as penas em meses, utilizou-se a função “média” do Excel para chegar a este valor, fazendo separadamente o cálculo do grupo de homens e mulheres.

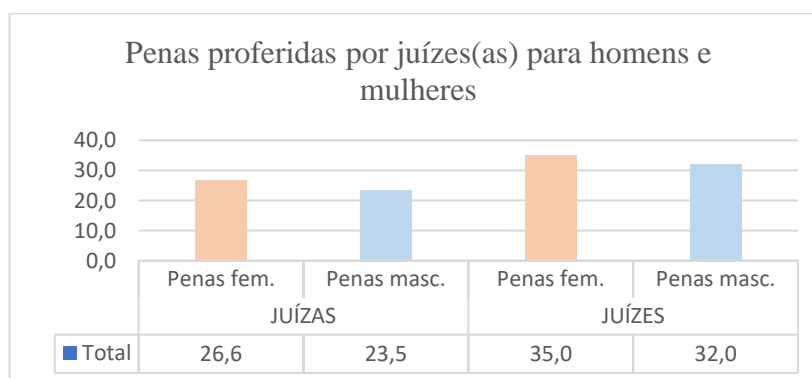


exceção, contudo, é justamente ao avaliar o tráfico privilegiado, em que foi detectado que a pena de prisão foi aplicada às mulheres em proporção superior (28,57% contra 22,22%).<sup>221</sup>

Além disso, o tempo médio de prisão cautelar das mulheres foi ligeiramente superior ao dos homens, sendo este dado influenciado pela maior permanência na prisão, antes do julgamento, entre as processadas nas Varas de Tóxicos.

A conclusão alcançada pelo relatório é de que o tratamento nas Varas de Tóxicos, justamente as que processam proporcionalmente o maior número de mulheres, possui uma severidade equivalente, com indicadores de tratamento mais brandos aos homens (tipo de pena aplicada ao tráfico privilegiado e duração média da prisão cautelar), e outros tratamentos mais leves para as mulheres (tipo de pena aplicada ao tráfico em geral e percentual de presos durante toda a persecução).<sup>222</sup>

Por fim, buscou-se comparar também o gênero do julgador com a pena média aplicada por ele. Por estes dados, foi identificado que a sanção média deferida por juízes (32,4 meses) é superior à proferida por juízas (24,4 meses), sendo que, em ambos os grupos, a média proferida para mulheres é mais alta. É importante ressaltar que os juízes tiveram dez processos a menos e julgaram mais homens que mulheres (sendo apenas 3 mulheres).



Através destes dados, conclui-se que os homens são mais severos na imposição de penas, e ambos aplicaram punições mais altas para as mulheres condenadas. Joyce Silva, contudo, ao avaliar o gênero dos magistrados comparativamente, percebeu que a grande parte dos juízos negativos sobre a personalidade dos agentes foi formulada por magistradas, demonstrando uma postura mais sensível às atitudes das acusadas durante a fase judicial.<sup>223</sup>

<sup>221</sup> ESDEP. *Anuário soteropolitano da prática penal* – 2014, Salvador. Disponível em <[http://defensoria.ba.def.br/portal/index.php?site=2&modulo=eva\\_conteudo&co\\_cod=11122](http://defensoria.ba.def.br/portal/index.php?site=2&modulo=eva_conteudo&co_cod=11122)> Acesso em 26 fev. 2021, p. 47.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 48/50.

<sup>223</sup> SILVA, Joyce K. N. *Mulheres no tráfico de drogas: um estudo sobre a resposta do sistema de justiça penal à criminalidade feminina*. 2013. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, p. 199.

### 3.4.2 A confissão

Para realizar um segundo recorte na pesquisa, utilizou-se como parâmetro a confissão, seja no inquérito ou judicial. Através deste critério, tornou-se possível perceber as variações de discursos entre o dito durante o processo e o que é aproveitado pelos juízos, avaliando a existência dos juízos de reprovação nas condenações nas sentenças dos 17 homens e 7 mulheres do grupo analisado.

No grupo de mulheres, todas confessaram a posse de drogas ao serem presas em flagrante. E em audiência, apenas duas modificaram a versão: uma afirmando se tratar de drogas para uso conjunto com amigos, e outra passou a negar o fato, afirmando que estava prestando um favor para uma conhecida, buscando uma encomenda, e não sabia que se tratava de drogas dentro da embalagem.

Já quanto aos homens, em sede policial apenas cinco negaram o fato, sendo que quatro destes alegavam consumo, enquanto o quinto afirmava desconhecer o conteúdo da mochila que continha a droga. Mas, em audiência, o quadro muda completamente, e somente quatro dos dezessete homens confessam, dois disseram estar com a droga por medo de sofrer represália do traficante local, que havia solicitado que a guardasse; outro justificou que precisava sustentar o filho recém-nascido e estava desempregado e o último afirmou apenas está praticando o tráfico de drogas. Das narrativas que foram alteradas, sete afirmaram ser a droga para consumo; cinco alegaram ter sofrido violência policial, em verdade, e, o último deles apenas negou os fatos.

Em quase todos os processos analisados, os juízes mencionaram a possibilidade de aplicação da atenuante de confissão<sup>224</sup>, inclusive nos casos em que os réus se retratam em juízo, conforme expressa súmula 545 do STJ<sup>225</sup> (em apenas um processo em que houve retratação o juiz não considerou a possibilidade de aplicar a confissão). Contudo, isto não significa que a atenuante tenha sido aplicada, vez que a pena base já se encontrava no mínimo e os juízes alegavam o respeito à súmula 231, STJ.<sup>226</sup>

Neste ponto, percebe-se o valor que os juízes dão ao que é dito em sede policial, que muitas vezes prevalece sobre o que é dito em audiência. É comum encontrar trechos das

---

<sup>224</sup> Em apenas quatro processos não houve menção a possibilidade de aplicar a confissão, sendo que em três deles os réus haviam alegado consumo.

<sup>225</sup> “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”. (Súmula 545, terceira seção, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015).

<sup>226</sup> “Súmula nº 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Nota-se que a observância à súmula fez com que muitos réus se vissem prejudicados por não terem suas penas individualizadas de forma concreta. Alguns teriam o direito tanto a atenuante de confissão quanto por ser menor de 21 anos, não tendo nenhuma das duas aplicada e recebendo a mesma pena de um agente sem atenuantes.

sentenças em que o juiz compara o que é dito pelos policiais (que conduziram o agente) e pelo acusado, no momento do flagrante. Quando a versão em audiência é alterada por parte do réu, o magistrado a desconsidera, alegando que a versão da delegacia parece ser mais próxima à realidade, por se assemelhar, ou se encaixar melhor, ao que foi dito pelos policiais.

Para se comprovar a autoria, ou seja, a posse da droga, mais vale a palavra do policial que qualquer versão apresentada pelo réu, e o único elemento que liga o Autor ao fato é justamente este depoimento, vez que poucos são os processos em que há outras testemunhas presentes no momento do flagrante - aquelas comumente apresentadas estão ali apenas para falar sobre a personalidade/conduita social do agente. Logo, a palavra do agente policial passa a ter um valor absoluto para a prova. Embora não seja o foco do trabalho, é importante perceber a fragilidade das bases em que podem ocorrer essas condenações.<sup>227</sup>

Ao realizar as leituras, percebe-se que as justificativas/falas dos condenados pouco são levadas em consideração. O mais comum é que o magistrado considere que há uma ausência de provas que coadunem com a versão apresentada pelo réu, dando preferência ao depoimento dos policiais que conduziram o flagrante, por acreditar ser esta uma versão “mais verídica”. Apesar de afirmarem não haver diferença valorativa entre as falas, deixam nas entrelinhas qual é o real peso da palavra do acusado.

### 3.5 AS FALAS CONDENATÓRIAS

Na leitura das sentenças, a percepção é de que não há discursos de gênero, raça ou classe ali expressos, sendo este resultado já esperado. Contudo, ao realizar uma análise mais profunda, chega-se à conclusão de que há falas mascaradas, que podem ser observadas nas entrelinhas processuais, e outras pesquisas chegam a resultados similares.<sup>228</sup>

Como observado por Débora Oliveira, a partir do momento em que o magistrado ignora certas condições e especificidades dos réus, reforça um caráter de preconceito, que renega as lutas históricas e a existência de desigualdades sociais<sup>229</sup>. O juiz, ao invés de buscar a compreensão das ações do réu segundo a realidade social que este enfrenta, inverte o caminho.

---

<sup>227</sup> CALDAS, Fernanda; PRADO, Alessandra. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 166, abr./2020, p. 85-127.

<sup>228</sup> Como exemplos: MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; CAVALCANTI, Rafaela Maria de Aguiar. Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 148. Out./2018, p. 395-431. OLIVEIRA, Débora. *Uma guerra de cor, gênero e classe: estudo das sentenças condenatórias de mulheres criminalizadas por tráfico em Salvador*. 2019. Dissertação. (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

<sup>229</sup> OLIVEIRA, Débora. *Op. Cit.*, p. 84.

O autor do delito é “deslocado” para ocupar o lugar do chamado homem médio<sup>230</sup>. O problema é que não se pode desconsiderar as influências sociais, culturais e econômicas que interferirão sobre as atitudes e espaços de liberdade pessoal.

Para Miguel Reale Júnior<sup>231</sup>, o conceito de homem médio é inaceitável, pois é impossível traçar uma média humana, com o risco de cair na irrealidade, através da soma de qualidades muitas vezes inconciliáveis, ou de se efetuarem generalizações com base em dados estatísticos. Como o próprio nome já sugere, há um padrão criado através de preceitos masculinos, nos quais se “adequaram” as mulheres, sem maiores questionamentos. Os julgamentos delas, entretanto, continuam sendo feitos através de uma mentalidade machista e sexista, como demonstrado nos dados pesquisados.

Como afirma Sebastian Mello, a partir do momento em que se escolhe um parâmetro como este, faz-se uma opção preconceituosa e discriminatória. As características do cidadão médio são universalistas, e sequer se estabelece o que seria o “comportamento ideal do cidadão médio”. O julgador, então, é conduzido a um arbítrio, que pode ser regado de preconceitos e intolerâncias, vez que é deixado ao critério pessoal deste realizar tal juízo.<sup>232</sup>

Para avaliar o sujeito, o juiz deveria sair de si mesmo para construir um homem médio, colocando-se na situação concreta e verificando a exigibilidade ou não do agir do agente, partindo de critérios como o gênero, idade, profissão, capacidade intelectual, financeira etc. Contudo, mesmo assim, não se pode prever que exista um cidadão modelo. Como a ideia que a interseccionalidade traz, existem diferenças de comportamento mesmo entre grupos similares, não podendo dessas categorias abstratas serem extraídos um único modelo de conduta. Por meio do “homem médio”, conduz-se a uma interpretação que impõe um parâmetro masculino às mulheres, quebrando a própria ideia da individualização (autor/fato) proposta pela culpabilidade.<sup>233</sup>

Logo, através deste conceito, percebe-se um reforço aos preconceitos do direito penal, que trazem disparidades aos julgamentos entre os indivíduos, por se criar um parâmetro irreal e que não atende igualmente a todos. Fato este que pode ser demonstrado por meio dos processos coletados, vez que se demonstra que os juízes, embora não mencionem o “homem médio” nas sentenças, aparentam julgar conforme padrões preestabelecidos de condutas.

---

<sup>230</sup> O sujeito que se comportou contrário ao direito quando o cidadão mediano haveria feito.

<sup>231</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000, p. 154/155.

<sup>232</sup> MELLO, Sebastian B. A. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 197.

<sup>233</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y Prevención; las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1988, p. 159/163.

Como já explicado, uma das razões para a escolha de processos em que o réu/ré havia confessado o crime em algum momento, foi a possibilidade de avaliar as histórias que seriam consideradas pelos juízes ao sentenciar o processo, tendo sido percebido, contudo, que as sentenças pouco trazem sobre as informações ou justificativas ditas.

Para o desenvolvimento deste trabalho, optou-se por usar algumas narrativas processuais, selecionadas conforme as justificativas pela prática do crime apresentadas pelos réus. Embora houvesse processos em que a justificativa seria o consumo próprio<sup>234</sup>, a inexistência de ato (que em verdade houve violência policial<sup>235</sup>), e até mesmo o transporte de drogas para dentro da unidade penitenciária<sup>236</sup>, foram escolhidos os processos em que os réus alegavam a prática por necessidade financeira para sustentar a família, e por ter havido uma ameaça por parte de terceiro (entidade não policial). Importante destacar que os nomes dos réus foram substituídos a fim de preservar suas identidades.

### 3.5.1 A necessidade financeira de sustentar os filhos

O primeiro processo selecionado retrata a história de Bruna<sup>237</sup>, mulher parda, solteira, mãe, nascida no ano de 1995, natural de Salvador, mas residente em Barreiras, com ensino fundamental completo, professora de jiu-jitsu e sem histórico de uso de drogas. No dia 11 de junho de 2014, foi flagrada na rodoviária de Salvador portando 22.141,44g de maconha. Com 18 anos na data do fato, viajava de Barreiras para Salvador sozinha.

Bruna passava por dificuldades financeiras por estar desempregada, precisava sustentar a filha e pagar dívidas, logo, quando conheceu uma pessoa que lhe ofereceu R\$ 1.600,00 (mil e

---

<sup>234</sup> Destaca-se um processo em que o réu alegou consumo, tendo sido preso com 3,62g de crack, declarando ser usuário e afirmando que o seu consumo se devia ao fato de estar deprimido por ter brigado com sua namorada. Embora o teor do depoimento dos policiais apenas afirmasse que revistaram o réu e com ele encontraram a droga em seu bolso. O juiz considera o suficiente para considerar o crime como o porte da substância ilícita, configurando o ato como tráfico, e não como uso. [Processo nº 0564534-87.2014.8.05.0001, 3ª vara de tóxicos.]

<sup>235</sup> Seis homens que confessaram no inquérito alteraram suas versões em juízo, alegando alguma forma de violência policial. Pelos fatos narrados em audiência, os réus afirmam que foram espancados pelos policiais (2), que a droga foi trazida pelos policiais, não lhes pertencendo (3), que o policial com quem o réu teria inimizado após flagrar amigo, tomou posse do celular deste e lhe enviou mensagem convidando para que usassem drogas juntos, para assim poder prendê-lo (1). Nestes processos, a versão policial prevalece, sendo informado que não havia provas o suficiente para aceitar a tese de violência policial. Os juízes optam por considerar de responsabilidade dos acusados a necessidade de comprovação da existência de violência, bem como afirmam que por não haver compromisso com a verdade os réus tendem a “criar versões fantasiosas”, enquanto todos os policiais narram os fatos com precisão.

<sup>236</sup> Em um processo analisado o próprio juiz afirma que a ré alegou levar a droga por pressão do namorado. Contudo, traz a tese de que a ré possuía livre arbítrio para agir, a “insistência” alegada não passa de uma “justificativa utilizada pela mesma a fim de livrar-se do delito praticado, razão pela qual não merece prosperar tal alegação”. [Processo nº 0549112-72.2014.8.05.0001, 3ª vara de tóxicos.]

<sup>237</sup> Processo nº 0535107-45.2014.8.05.0001 da 3ª vara de tóxicos de Salvador.

seiscentos reais) - além do valor das passagens para realizar o transporte da droga (R\$ 300,00) - e sendo informada que não haveria riscos, de pronto aceitou realizar a empreitada.

O combinado entre as partes era que ela pegaria a droga em Luís Eduardo e partiria da cidade de Barreiras. Ao chegar em Salvador, receberia um telefonema comunicando as demais instruções. E somente após a entrega da droga receberia o dinheiro prometido. Contudo, em função de uma denúncia anônima, policiais dirigiram-se à rodoviária e aguardaram a chegada do ônibus. Ao identificarem a ré, abordaram-na, e ao questionarem o que transportava em sua mala, Bruna confessou o fato. Embora fosse ré primária e tendo confessado o delito desde o início do inquérito, passou 167 dias presa.

Em audiência, afirmou que se achava inocente, vez que só praticou a conduta para receber o dinheiro que necessitava. A juíza, entretanto, nada ponderou sobre os dados relativos à sua dificuldade financeira. Na dosimetria da pena, afirmou ser a quantidade da droga “por demais significativa”.

Quanto à culpabilidade, considerou ser um ato que merece reprovação, “uma vez que o tráfico de drogas, sob qualquer forma, não põe em risco somente a vida e a saúde do usuário que vier a consumi-la, mas a sociedade como um todo”. Além disso, considerou que as consequências do delito, embora comuns a este tipo de crime, são “muito danosas, pois a coletividade vê-se atingida com a propagação das drogas, especialmente as pessoas mais jovens e inexperientes”. Após essas ponderações, ressaltando, mais uma vez, a grande quantidade da droga, a pena base foi valorada em seis anos.

Duas atenuantes foram consideradas no caso: o fato da ré ser menor de 21 anos na data do fato, e a confissão, passando a pena provisória para cinco anos, vez que inexistiam circunstâncias agravantes. Pela causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º da lei 11.343/06, aplicou uma redução de 1/3, sem apresentar justificativas, resultando na pena definitiva de três anos e quatro meses de reclusão, e 340 dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente. Fixado o regime aberto e substituído por duas restritivas de direitos que seriam especificadas posteriormente.

Em situação similar, ocorreu a prisão de Paula<sup>238</sup>. Mulher parda, nascida em 1978, solteira, com três filhos (duas meninas e um menino<sup>239</sup>), natural e residente em Valença, alfabetizada e vendedora autônoma.

Durante visita ao namorado, no Complexo Penitenciário da Lemos de Brito, em Salvador, Paula conheceu uma mulher denominada Marlene. Esta lhe ofereceu a quantia de R\$ 1.500,00

---

<sup>238</sup> Processo nº 0537395-63.2014.8.05.0001 da 3ª vara de tóxicos de Salvador.

<sup>239</sup> As identidades das crianças foram juntadas aos autos processuais.

(mil e quinhentos reais) para que ela fosse até a cidade de Ponta Porã, interior do Mato Grosso do Sul, buscar uma encomenda. A ré, que estava com dificuldades financeiras e precisava do dinheiro para sustentar os filhos, tendo sido informada de que a viagem não teria riscos, pois seria pouca coisa, e sem despesas, decidiu aceitar a proposta.

Ao chegar na cidade de Ponta Porã, ficou hospedada em uma pousada, onde recebeu a droga. Lá, colocou uma cinta para esconder a mercadoria e partiu de ônibus para a cidade de Campo Grande, onde pegaria um avião para Salvador, num voo durante a madrugada do dia 27 de junho de 2014.

Com 36 anos na data do fato, Paula estava sendo esperada por policiais na sua chegada, devido a uma denúncia anônima. Na saída do aeroporto, os policiais a abordaram e a levaram em flagrante com a posse de 2.178,80g de maconha.

Paula confessou os fatos tanto no inquérito como em audiência, deixando expressa a necessidade econômica de sustentar os filhos, precisando do dinheiro que lhe foi oferecido. Mesmo assim, passou 89 dias sob custódia, tendo sua prisão relaxada apenas durante a audiência de instrução, realizada no dia 24 de setembro de 2014, vez que a juíza do caso acreditava ser expressiva a quantidade da droga portada pela ré.

Em sentença, a magistrada escreve que o comportamento da ré deve ser censurado “a medida em que o tráfico de entorpecentes se trata de um crime repugnante e de extrema nocividade à sociedade, pois a difusão das drogas prejudica e até mesmo elimina a vida de um grande número de seres humanos”. Além disso, destaca Paula como pessoa gananciosa, trazendo o motivo como sendo o desejo de obtenção de lucro fácil, ou seja, desconsiderando a justificativa inicialmente dada pela ré. Apesar destas observações, a juíza fixa a pena base no mínimo legal, cinco anos.

Na 2ª fase da dosimetria, aplica a confissão como atenuante, no patamar de 1/6, passando a pena provisória para quatro anos e dois meses. Por fim, considera a causa de diminuição da pena do art. 33, §4º da lei de drogas no patamar de 2/3, chegando à pena definitiva de um ano, quatro meses e 20 dias, e 138 dias-multa. Fixa regime de cumprimento aberto, sendo a pena substituída por restritiva de direitos a ser fixada posteriormente.

No último dos processos selecionados com a justificativa da necessidade de sustentar a família, relata-se a situação de um homem: João<sup>240</sup>. Negro, nascido em 1986, solteiro, natural de Salvador, com o ensino fundamental completo, ajudante de pedreiro, pai de um bebê de seis meses e morador do bairro de Massaranduba.

---

<sup>240</sup> Processo nº 0526427-71.2014.8.05.0001 da 1ª vara de tóxicos de Salvador.

No dia 5 de maio de 2014, João, com 27 anos na data do fato, encontrava-se na porta de sua casa com a ex-mulher e dois amigos. Segundo os policiais, foi percebida atitude suspeita após denúncia anônima e, em razão disto, abordaram o grupo. Os policiais entraram em sua casa, onde encontraram atrás da caixa de som uma porção de 0,39g de crack. A droga foi achada, vez que a esposa de João a época do fato resolveu mostrar aos policiais, com o receio de que ele fosse agredido fisicamente.

O réu, durante o inquérito, afirmou que a droga era para consumo seu. Em audiência, contudo, confessou os fatos, alegando que estava desempregado, passava dificuldades financeiras e precisava sustentar o filho. A opção que lhe ocorreu foi a venda da droga, que adquiriu na Feira de São Joaquim. A porção encontrada pelos policiais corresponderia a sua segunda remessa de venda, vez que tinha começado a comercializar havia uma semana. Apesar de levado em flagrante, como não possuía antecedentes criminais, respondeu ao processo em liberdade.

Durante o seu depoimento em audiência, afirmou que nesse período havia se tornado evangélico e estaria noivo, além de ter começado a trabalhar em um lava-jato, no bairro da Ribeira.

A sentença do processo foi proferida oralmente. Na análise das circunstâncias judiciais, a magistrada apenas salienta a pequena quantidade de droga apreendida, e que a personalidade do réu demonstra arrependimento, fixando a pena base em cinco anos.

A atenuante de confissão deixou de ser aplicada, vez que a pena base já se encontrava no mínimo legal. E, por fim, aplicou-se a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da lei de drogas no patamar de 2/3, fixando a pena definitiva em um ano e oito meses, a ser cumprido em regime aberto e substituído por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo juízo da execução, e 166 dias-multa no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente.

### **3.5.2 As ameaças ignoradas**

Carla<sup>241</sup>, mulher parda, nascida em 1993, solteira, com filho, natural de Salvador e residente no bairro de Cosme de Farias, fundamental incompleto e desempregada. No dia 22 de julho de 2014, com 21 anos, foi flagrada durante a revista íntima para entrar na Unidade Prisional de Salvador, por trazer consigo 75,32g de maconha.

---

<sup>241</sup> Processo nº 0546177-59.2014.8.05.0001, 3ª vara de tóxicos.



Desesperada pela prisão, logo confessou seu ato na delegacia. Contou que, em frente ao Complexo Prisional, um desconhecido se aproximou e lhe passou um produto, dizendo que era para ser entregue ao namorado dela, e que não precisaria que Carla realizasse qualquer pagamento. Contudo, a ré passou sete dias detida.

No momento de sua audiência, confessou os fatos narrados mais uma vez. Contudo, afirmou que apenas procedeu desta forma por ter sido ameaçada pelo desconhecido que lhe entregou a droga. Segundo ela, um sujeito havia chamado seu nome, afirmando que sabia que ela possuía um filho e onde este morava (sem, contudo, identificar o endereço ou mesmo sexo e idade da criança). Para ela, tal ameaça foi o suficiente para convencê-la a transportar a droga para dentro da Unidade Prisional. Lembrou, também, que não recebeu qualquer contraprestação por essa prática, bem como que sabia da grande possibilidade de ser descoberta, por conhecer o procedimento de revista.

A juíza, em análise ao que foi dito, afirmou que a ré, ao sustentar que foi ameaçada, não trouxe elementos fáticos ou jurídicos capazes de comprovar e eximir o teor da acusação imputada, não havendo provas nos autos para confirmar o fato. Por isto, baseou-se no dito pelas agentes e policiais, considerando o fato narrado como mero receio, condenando-a.

Na dosimetria da pena, afirmou que a culpabilidade da agente seria elevada, ao trazer consigo substância entorpecente, em desacordo com as normas legais. Destacando o motivo do crime como sendo a ganância, busca pelo dinheiro fácil, “sem o trabalho honesto, que deve ser o sustentáculo de todo ser humano”. Além disso, considerou as consequências, como as mais perversas, por corromperem o indivíduo, a família e a sociedade, sendo “porta de entrada” para outros crimes de elevada violência, psíquica e física, além de acabar por facilitar a atividade do traficante. Apesar destas observações, a pena base foi fixada no mínimo legal.

A confissão, contudo, deixou de ser aproveitada, aos termos da súmula 231 do STJ. Por fim, aplicou-se a causa de aumento do art. 40, III em 1/6, e a diminuição de pena do art. 33, §4º, em 2/3, fixando a pena definitiva em um ano, onze meses e dez dias de reclusão e 194 dias-multa. Com o regime aberto fixado e substituído por duas penas restritivas de direitos.

O segundo processo versa sobre a situação de Pedro<sup>242</sup>, homem pardo, solteiro, nascido em 1985, com ensino fundamental incompleto, pedreiro e residente no bairro do Saboeiro, detido no dia 2 de fevereiro de 2014.

Pela versão dos policiais, estes, ao realizarem uma ronda de rotina, foram chamados para uma residência em que ocorria uma festa de aniversário e que havia sido invadida por

---

<sup>242</sup> Processo nº 0508908-83.2014.8.05.0001. 1ª vara de tóxicos.

indivíduos armados. No local, quatro indivíduos fugiram atirando contra os policiais, sendo um deles capturado (Leo).

Em seu depoimento, Leo confessou ser traficante de drogas e informou que esta se encontrava na casa de Pedro. Os policiais, então, dirigiram-se à casa indicada e lá encontraram 76,99g de maconha, dentro de uma mochila.

Durante o inquérito, Pedro afirmou desconhecer o conteúdo da mochila, negando os fatos afirmados pelos policiais, vez que foram outras pessoas que invadiram a festa, e ele foi preso em sua residência. Porém, confessou a posse da droga e do dinheiro. Com 28 anos na data do fato, Pedro foi preso. No processo, não fica claro por quanto tempo se deu a prisão, contudo, no dia 26 de fevereiro, sua intimação foi expedida, sendo ele considerado réu preso e, no dia 17 de julho, está registrado que ele compareceu ao fórum em liberdade.

Durante a audiência, acrescentou em seu depoimento que a droga guardada havia sido entregue por um traficante, dizendo que sabia que havia porções de maconha ali. Contudo, afirmou que pegou a droga por medo de represália, pois o traficante possuía uma boca de fumo próxima a sua casa.

Apesar de suas alegações, para o juiz ficou evidente que a droga apreendida era para o tráfico, em razão da quantidade, apresentação e embalagem, e que, pelo contexto, dificilmente se amoldaria em situações de uso. E quanto à coação, para o magistrado, essa poderia ter o condão de excluir a culpabilidade. No entanto, deveria haver uma prova contundente do fato alegado, o que não ocorreu, vez que a ameaça só foi dita durante a audiência e sem qualquer elemento que pudesse dar suporte à versão.

Durante a dosimetria da pena, o magistrado considerou a culpabilidade como “externada pelo grau de reprovabilidade da conduta do réu, e de considerável intensidade”, bem como, na exposição dos motivos, alegou que “não restam suficientemente esclarecidos. Entretanto, por dedução lógica, infere-se o intuito de auferir lucro decorrente do comércio criminoso”. Mais uma vez, mesmo com as ponderações, a pena base foi fechada no mínimo legal.

Não havendo agravantes e atenuantes analisadas, aplicou a causa de diminuição da pena do §4º do art. 33 na fração de 2/3, fixando a pena definitiva em um ano e oito meses de reclusão e 166 dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, e sendo aplicada a substituição da pena por restritiva de direitos.

O último dos processos selecionados retrata a história de Caio<sup>243</sup>. Homem pardo, solteiro, nascido em 1992, natural de Salvador e residente no bairro do Lobato, alfabetizado e trabalhando como coveiro, com 22 anos na data do fato.

No dia 26 de setembro de 2014, enquanto policiais militares realizavam uma ronda, avistaram um grupo conversando, em atitude suspeita. Segundo eles, Caio, ao ver a viatura, empreendeu fuga, tentando invadir um imóvel na redondeza. Ao ser alcançado, os policiais encontraram com ele 10,72g de crack e 9,83g de cocaína, sendo o acusado levado em flagrante para a delegacia. Embora não haja informação explícita no processo, Caio provavelmente respondeu o processo todo em liberdade.

Durante o inquérito, confessou a posse da droga, afirmando que a adquiriu para comercialização, em virtude de estar desempregado. Em audiência, alterou a versão narrada. Confessou a posse da droga, mas afirmou que elas não lhe pertenciam. Embora soubesse que o porte de entorpecente é crime, havia aceitado guardá-las por medo, já que os donos eram traficantes e seus vizinhos. Estes lhe entregaram a droga para que ele devolvesse no dia seguinte, ou iriam espancá-lo<sup>244</sup>.

Analisando os fatos, o juiz concluiu pela veracidade do depoimento dos policiais, sem analisar o teor da ameaça que alegou o réu ter sofrido, decidindo condená-lo. Na dosimetria da pena, destacou, durante a primeira fase, apenas dois pontos. Um sendo o motivo, declarado como por ganância, “a busca pelo dinheiro fácil, sem o trabalho honesto, que deve ser o sustentáculo de todo ser humano”. E o outro, as consequências do crime, que são o aumento de dependentes químicos e o fomento de prática de outros delitos, como roubos e furtos, para sustentar o vício, ou até mesmo o porte ilegal de armas.

Apesar destas observações, manteve a pena base no mínimo legal, e por aplicar a causa de diminuição de pena<sup>245</sup> do art. 33, §4º em 2/3, fixou a pena definitiva em um ano e oito meses e 165 dias-multa em regime aberto, realizando a substituição pela pena restritiva de direitos.

---

<sup>243</sup> Processo nº 0552913-93.2014.8.05.0001. 3ª Vara de tóxicos.

<sup>244</sup> A expressão utilizada pelo réu na audiência foi “meter a porra”.

<sup>245</sup> Embora tenha havido a confissão, o juiz aplicou o entendimento da súmula 231 do STJ.

#### 4 CULPABILIDADE E SENTENÇA PENAL: OS JUÍZOS DE REPROVAÇÃO

Tendo sido apresentados os principais marcos teóricos do trabalho ao longo do primeiro capítulo de desenvolvimento, bem como a metodologia da pesquisa realizada, seus resultados, e a história das sentenças selecionadas, parte-se agora para a realização de um paralelo entre a teoria e a prática da aplicação da pena no direito penal.

Como visto no tópico anterior, a ausência de uma teoria para determinação da pena traz algumas arbitrariedades ao sistema. Agora, em conjunção com os dados estudados e outras pesquisas similares, debate-se sobre a proporcionalidade e individualização da pena, demonstrando a necessidade de haver uma ponderação entre o fato praticado e a sanção imposta, olhando de forma aprofundada para o caso concreto.

Para além disso, passa-se a discutir sobre os critérios do art. 59 do código penal, dando destaque à culpabilidade, correlacionando a teoria e a prática penal. Por fim, traz-se um panorama de como está funcionando o sistema de aplicação das penas, avaliando se, de fato, há juízos valorativos nas condenações por parte dos magistrados, criando sentenças arbitrárias.

##### 4.1 PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Enquanto em muitas dosimetrias da pena o argumento é de que as drogas são um grande mal social e que por isto a pena deve ser agravada, a literatura abolicionista<sup>246</sup> traz um contraponto de que pessoas são presas sem que haja maiores debates sobre a eficácia desse encarceramento<sup>247</sup>. Isto porque o cárcere e o pós-encarceramento significam a morte social desses indivíduos, que por conta do estigma social, dificilmente terão o *status* restituído, sofrendo preconceitos por serem egressos prisionais, piorando suas condições de vida, principalmente no quesito profissional.<sup>248</sup>

A aplicação da pena deve, por isso, ser avaliada primeiramente pelo princípio da proporcionalidade. Significa dizer que, ao condenar o sujeito, o juiz precisa avaliar a necessidade de aplicação da sanção penal, realizando um juízo de sopesamento da proporcionalidade da prisão em detrimento da atividade delitiva.

---

<sup>246</sup> DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Trad. Marina Vargas. 3 ed. Rio de Janeiro: Difel. 2019, p. 12.

<sup>247</sup> MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; CAVALCANTI, Rafaela Maria de Aguiar. Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 148. Out./2018, p. 5.

<sup>248</sup> BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 22.

A proporcionalidade, para Fábio Roque, surge justamente vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista, também, a tutela dos interesses individuais. Cabe ao Estado proceder à limitação das vontades, de forma a atender o interesse público, fazendo esse juízo de maneira equilibrada e proporcional. O que ocorre, então, é um conflito intrínseco entre a liberdade e a intervenção.<sup>249</sup>

Para Robert Alexy, uma das teses centrais de sua teoria dos direitos fundamentais é a definição da máxima da proporcionalidade, criando um critério negativo para realização do sopesamento. Através dessa ideia, realiza-se uma análise dos valores quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade da sanção penal, considerando que as duas primeiras máximas se referem a escapar dos chamados “custos evitáveis”.<sup>250</sup>

Em um primeiro momento, eliminam-se os meios não adequados. Depois, aqueles que não são necessários, exigindo a escolha entre meios em que haveria uma intervenção menos intensa. Por fim, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial – em que se expressa o que significa a otimização, em relação aos princípios colidentes.<sup>251</sup>

Pelo princípio da mínima intervenção penal, as penas privativas de liberdade devem ser utilizadas como último recurso, depois de estar plenamente estabelecido que o uso de outros mecanismos resulta insuficiente para sancionar as condutas delitivas mais graves.<sup>252</sup> A única forma racional de justificar a intervenção do Estado é pelo fato de se tratar de medida necessária, sob pena de constituir-se em uma arbitrariedade.<sup>253</sup>

O juízo de proporcionalidade deve ser analisado, também, em conjunto com os fins da pena. Isto porque, deve implicar na ponderação, girando em torno dos objetivos da política criminal e as consequências da sanção. Como firma Pedro Jorge Costa, quanto maior a importância do fim almejado, mais amplo o âmbito e a medida dos meios admissíveis, o que demonstra o caráter somente relativo da proteção advinda da proporcionalidade e justifica o temor de setores da doutrina da instrumentalização do indivíduo mediante penas altas.<sup>254</sup>

---

<sup>249</sup> ARAÚJO, Fábio R. S. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. *Revista EMERJ*. V. 12, nº 45, 2009, p. 291.

<sup>250</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais. In.: TRIVOSONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica (Org.). *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 9.

<sup>251</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 588/593.

<sup>252</sup> BAZÁN, Marcelo Ignacio Ovalle. La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile. *Dikaion*. Ano 33 - Vol. 28, n. 1, jun./2019, p. 16.

<sup>253</sup> MELLO, Sebastian B. A. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. *Revista Esmat*. Palmas. Ano 6, nº 7, jan./jun. 2014, p. 251.

<sup>254</sup> COSTA, Pedro Jorge. Culpabilidade na dosimetria da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 126. Dez./2016, p. 5.

Ao colocar em análise o encarceramento por determinadas condutas sobre o tráfico de drogas, por exemplo, pode-se avaliar a adequação e necessidade das medidas penais nas situações. Quanto à posição feminina, principalmente, percebe-se que a feminização da pobreza pode ser considerada como um dos aspectos que geram a crescente inserção das mulheres no “mundo das drogas”.<sup>255</sup> Quando a ré afirma estar transportando drogas porque necessita de dinheiro para sustentar seu filho (vez que se encontra desempregada), o aprisionamento e a imposição de sanções penais apenas reforçam as razões para suas práticas criminosas posteriores, por dificultar a reinserção dessa pessoa no mercado de trabalho.

Além disso, relembra Adriano Teixeira que uma das consequências da pena pode ser gerar efeitos também a terceiros (como a família), e isto deveria ser levado em consideração quando houvesse uma dependência exclusivamente do condenado para sobreviver, já que toda punição acarretaria danos severos à família do réu.<sup>256</sup>

O tráfico punido, em muitos casos, é o da subsistência, como o de mães que transportam drogas. São os pequenos traficantes que figuram no banco dos réus, aqueles que em nada vão alterar a realidade da segurança pública, vez que são simplesmente substituídos pelos próximos.<sup>257</sup>

A intervenção penal, nesses casos, é desproporcional, já que a lesão ao bem-jurídico é ínfima, bem como sua capacidade de resolução do problema (a suposta guerra às drogas)<sup>258</sup>. Uma vez que se constata que a intervenção penal sequer é apta a tutelar o bem jurídico que pretende (juízo de adequação), não haveria o que se perquirir acerca da sua necessidade de aplicação.<sup>259</sup>

Além de avaliar a adequação e necessidade da aplicação da pena, há outro juízo fundamental para a definição da sanção, que é o princípio da individualização da pena. Previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLVI, é composto de três fases: a legislativa, a judiciária (analisada no presente trabalho) e a executória.

---

<sup>255</sup> CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 761-778, dez. 2015. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104026X2015000300761&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2015000300761&lng=pt&nrm=iso)> Acesso em 04 ago. 2020, p. 9.

<sup>256</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 175.

<sup>257</sup> PEREIRA, Larissa U., ÁVILA, Gustavo N. *Política de drogas e aprisionamento feminino, o tráfico e o uso na lei de drogas*. 2013. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/46.pdf>> Acesso em 15 fev. 2021, p. 2.

<sup>258</sup> MELLO, Sebastian B. A. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. *Revista Esmat*. Palmas. Ano 6, nº 7, jan./jun. 2014, p. 261.

<sup>259</sup> ARAÚJO, Fábio R. S. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. *Revista EMERJ*. V. 12, nº 45, 2009, p. 308.

A fase judicial da individualização da pena nada mais é que o momento em que o juiz parte dos dados fixados pelo legislador (ao criar os tipos penais e suas margens de punição), e realiza os juízos de condenação, a fim de chegar em uma pena definitiva, partindo, depois, para a execução da sentença.

Significa dizer que a etapa de individualização da pena ocorre em momentos distintos, já que envolve a preocupação com o homem, desde a fase da elaboração dos tipos penais, da cominação das reprimendas, sua quantificação nas margens preestabelecidas, bem como a sua execução, ao final. Cada um desses momentos constitui um meio para que, ao fim, o juiz possa anunciar uma pena que seja necessária e suficiente para os fins da prevenção e da repressão pelo fato cometido.<sup>260</sup>

A determinação da sanção pode ser qualificada como um ato de discricionariedade juridicamente vinculada, pois o juiz pode mover-se livremente, em princípio, no marco legal previamente determinado de forma abstrata pelo legislador, quando estabelecer a penalidade ao delito<sup>261</sup>. Muitos autores acreditam que a pena merecida deve ser uma avaliação do juízo de culpabilidade, correspondendo à gravidade do crime. O ponto decisivo seria identificar quais fatores concretos permitem descobrir o desvalor do fato delitivo, trazendo a normatização dos vetores utilizados pelo juiz para determinar a pena adequada ao caso concreto.<sup>262</sup>

Este juízo de culpabilidade não apenas limitaria a aplicação da sanção. Também exerceria o importante papel de medida de equilíbrio entre a necessidade de reprovação penal e o direito da pessoa de ser individualmente considerada, criando aqui uma ponte com a ideia da proporcionalidade.<sup>263</sup>

Como afirma Nilo Batista, uma das funções do princípio da legalidade é justamente proibir que a incriminação seja feita com simples estados e condições existenciais. Deve o direito penal, por isto, respeitar a autonomia da pessoa, e jamais o apenado ser punido pelo que é, mas somente pelo que fez, afinal, trata-se de um direito penal da ação.<sup>264</sup>

Individualizar a pena significa considerar a especial situação do réu no momento da aplicação da sanção, ponderando sobre as características pessoais de cada um, bem como sobre os variados graus de sofrimento pelos quais os distintos infratores serão submetidos no

---

<sup>260</sup> BOSCH, José A. P. Individualização e aplicação das penas. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 342/343

<sup>261</sup> STOCO, Tatiana Oliveira. *A personalidade do agente na fixação da pena*. 2013. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 108.

<sup>262</sup> LYRA, José F. D. C. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 118. Jan./fev. 2016, p. 1/8.

<sup>263</sup> SOARES, Helena Frade. Culpabilidade e teoria da pena: evolução, conceitos e interrelação. *Revista Eletrônica do Curso de Direito: PUC Minas Serro*. N. 12. Ago/dez. 2015, p. 15.

<sup>264</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 93.

cumprimento da pena.<sup>265</sup> Contudo, o que se percebe é que, quanto maior for a flexibilidade legislativa para a individualização da pena, maior também será a discricionariedade do magistrado para realizar a decisão quanto ao valor da pena a ser aplicada.<sup>266</sup>

Na pesquisa realizada, o poder de discricionariedade do juiz foi refletido no sentido de ignorar as circunstâncias de cada caso. Embora muitos réus tenham afirmado que realizaram o ato criminoso por razões como a necessidade de sustentar o filho, por exemplo, nenhum juiz traçou uma análise do perfil desse acusado, a fim de buscar uma justificativa pela sua prática.

Bruna, por exemplo, presa por transportar os 20kg de maconha, recebeu uma pena definitiva de três anos e quatro meses, mesmo havendo confessado, contando como todo o esquema havia sido montado, e mais importante: pontuando que escolheu fazê-lo porque estava desempregada e endividada, e necessitava sustentar o filho. O juiz, contudo, por considerar a quantidade transportada “por demais excessiva”, deu-lhe uma pena bem acima da média (a maioria das penas encontradas era de cerca de um ano e oito meses), ignorando uma vasta gama de informações que poderiam ter sido utilizadas para compor a base probatória, ao menos reduzindo-lhe a pena.

O que se verifica, na realidade, é que existe um padrão de fala dos magistrados. Nas sentenças analisadas havia as mesmas afirmações, e semelhantes juízos de valor, ocorrendo quase uma cópia integral das dosimetrias, mesmo que se tratasse de situações diferentes.

Demonstração disto pode ser percebida através do trabalho de Sintia Helpes. Durante sua entrevista com uma das presas, Anitia, foi-lhe confessado que ela se sentia injustiçada por ter recebido a mesma pena que seu namorado, que já havia sido preso várias vezes, e exercia atividade no tráfico há muitos anos, enquanto ela era ré primária, e apenas gerenciou os negócios do companheiro por alguns meses, por ele estar preso. A conclusão a que a própria ré chegou foi de que o juiz julgou seu namorado e apenas estendeu a pena a ela. Indagação e conclusão similar as falas das presas que geraram a ideia deste trabalho, como relatado no início do texto.<sup>267</sup>

Com algumas poucas mudanças de palavras, porém mantendo a base ideológica, a individualização ao caso concreto pouco é realizada. Ao avaliar a situação, os juízes parecem apenas observar o tipo penal e política contra às drogas, sem se preocupar com as situações

---

<sup>265</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 193.

<sup>266</sup> CAMPOS, Gabriel S. Q. Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 203.

<sup>267</sup> HELPES, Sintia S. *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. 2014. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Universidade de Juiz de Fora, p. 172.



peculiares de cada fato, recheando as sentenças de juízos morais, conduta que não corresponde com a real função do direito penal.

#### 4.2 O ART. 59 E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

O ordenamento brasileiro adota um critério trifásico para a determinação da pena, sendo as etapas estabelecidas pelo art. 68 do Código Penal. O primeiro passo é a análise das circunstâncias judiciais (art. 59), passando para a verificação de circunstâncias legais, as chamadas atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição e aumento de pena. O método, em vigor desde 1984, tenta estabelecer um ponto de equilíbrio entre o sistema trifásico do Código de 1890, tarifado, e o modelo amplamente discricionário do Código de 1940.<sup>268</sup>

Como recorte do presente trabalho, busca-se analisar apenas a primeira fase da fixação da pena. Isto porque, é neste momento que ocorre a maior discricionariedade por parte dos juízes. Além disso, é também considerada a fase mais importante, vez que o magistrado poderá optar por qualquer pena situada entre os valores mínimos e máximos, desde que fundamente sua decisão.<sup>269</sup>

O nome “circunstâncias judiciais” é derivado de construções doutrinárias e jurisprudenciais, surgidas por não possuírem definição legal e por serem dirigidas ao juiz da causa, que deverá, com base nas provas produzidas, verificar a existência e a quantidade de pena aplicável em cada situação.<sup>270</sup>

Não configuram, contudo, “circunstâncias do crime” de forma efetiva. São critérios limitadores da discricionariedade judicial, indicando o procedimento a ser adotado na tarefa da individualização da pena. Tradicionalmente, o direito brasileiro recorre a circunstâncias completamente alheias ao fato, para dosar a sanção penal. Fatores como a personalidade do agente, comportamento pretérito, conduta social, são historicamente determinantes.<sup>271</sup>

Como afirma Salo de Carvalho, cabe ao juiz analisar as peculiaridades das circunstâncias de cada caso, estabelecendo os critérios de quantificação da pena. Inclusive se haverá uma

---

<sup>268</sup> CARVALHO, Salo. Critérios para o cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 493.

<sup>269</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 75.

<sup>270</sup> ROMÃO, César E. L. Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. V. 21, jan.-jun./2008, p. 2.

<sup>271</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. V. 2, jan./2019, p. 3.

preponderância ou valoração diferenciada entre os vetores, observando o dever constitucional de fundamentar suas opções.<sup>272</sup>

Há quem considere que o magistrado é guiado pelo seu prudente arbítrio, outros sustentam ser suficiente a mera referência às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 para se ter como justificada a quantidade de pena-base estabelecida.<sup>273</sup> A ausência de uma regulação mais detalhada, entretanto, não significa que o magistrado esteja livre para considerar qualquer tipo de desdobramento do crime na fixação da pena.<sup>274</sup>

O sistema de fixação da pena-base tem sido manejado pela jurisprudência de forma irracional, violando o dever de respeito à dignidade da pessoa humana e à proporcionalidade entre o fato e a pena. Isto porque, há uma arbitrariedade na escolha e avaliação dos critérios de aferição<sup>275</sup>. Como afirma Victor Serra, através dos discursos jurídicos nas argumentações judiciais é possível perceber os tipos de racionalidade e rastros ideológicos de quem ocupa o lugar de decidir.<sup>276</sup>

Ao analisar as sentenças selecionadas na pesquisa, um ponto notado é como as drogas vêm sendo tratadas como um grande risco à convivência social, à saúde, e à segurança pública. Há uma crença de que o porte de drogas já elevaria a criminalidade automaticamente. Aquelas pessoas que estão, mesmo que declaradamente, apenas transportando as drogas, estariam coadunando com o aumento da violência e da criação de dependentes químicos. Além disso, ocorre uma equivocada conexão entre usuários e toxicômanos, já que a grande maioria dos consumidores não é dependente, usando drogas, lícitas e/ou ilícitas, apenas eventualmente, e integrando normalmente o sistema produtivo.<sup>277</sup>

Para Érica Machado e Rafaela Cavalcanti, o que ocorre é uma dramatização do crime por parte dos juízes, que ao invés de efetivamente analisarem os fatos ponderando as suas circunstâncias, fundamentam a dosimetria no argumento de que as drogas são um “mal da

---

<sup>272</sup> CARVALHO, Salo. Critérios para o cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 509.

<sup>273</sup> BOSCH, José A. P. Individualização e aplicação das penas. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 344.

<sup>274</sup> TEIXEIRA, Adriano. Aplicação da pena, dogmática pena e teoria do delito: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 28.

<sup>275</sup> STOCO, Tatiana Oliveira. *A personalidade do agente na fixação da pena*. 2013. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 96.

<sup>276</sup> SERRA, Victor S. “Pessoa afeita ao crime”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. Mestrado em Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista. Franca: 2018, p. 22.

<sup>277</sup> CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (e-book)*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 1. 2385.

sociedade atual”, agravando-a<sup>278</sup>. Por mais bem preparado que seja o magistrado, será dotado de fragilidades como qualquer outro ser humano, suscetível a falibilidades e parcialidades. Como na primeira fase da dosimetria prevalecem circunstâncias subjetivas, e sem uma orientação clara sobre a forma de concretizá-las, os juízes acabam por valorar apenas as que reputam relevantes.<sup>279</sup>

O art. 59 do código penal afirma que a pena-base será estabelecida conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, observando: à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

A primeira questão que se pode mencionar é a ausência de parâmetros numérico-legais, o que conduz a situações discrepantes na prática jurídica. A legislação é silente, nesta fase, tanto quanto aos valores concretos de aplicação, como há uma ausência de limitação material máxima, no que tange à quantificação operada.<sup>280</sup>

Doutrinariamente, chega-se à conclusão de que a pena deve iniciar no mínimo, e caso as circunstâncias revelem especial gravidade, justifica-se a fixação da pena-base afastada do mínimo legal. O valor desse aumento não deve variar em fração superior a 1/8 da diferença entre a pena mínima e máxima cominada no tipo, podendo ser aumentado até o chamado termo médio, que seria o valor correspondente ao resultado da média aritmética entre o mínimo e o máximo, abstratamente estipulado no tipo incriminador.<sup>281-282</sup>

Há uma grande arbitrariedade, também, sobre como deve ser considerada cada circunstância judicial. Separadas em circunstâncias subjetivas e objetivas, no grupo objetivo tem-se a presença das circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima<sup>283</sup>.

---

<sup>278</sup> MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; CAVALCANTI, Rafaela Maria de Aguiar. Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 148. Out./2018, p. 5.

<sup>279</sup> GRÉGIO, Grécio N. Dosimetria da pena: uma “DR” com Nelson Hungria. Justificando e reestruturando o aumento de pena decorrente do passado criminoso. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 300.

<sup>280</sup> PRANDO, Camila C. M.; LIMA, Rafael E. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 136/2017. Out./2017, p. 3.

<sup>281</sup> ROMÃO, César E. L. Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. V. 21, jan.-jun./2008, p. 14.

<sup>282</sup> CARVALHO, Salo de. Critérios para o cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 498/503.

<sup>283</sup> Aqui se avalia se a vítima, de alguma forma contribuiu/estimulou a prática delitiva, devendo o juiz, caso assim considere, minorar a resposta penal ao autor. Esta circunstância, porém, não incide no crime de tráfico de drogas, por não haver uma vítima determinada.

Nas circunstâncias do crime, se avaliam as modalidades da ação criminosa, particularmente no que diz respeito à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou ao estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime. Já as consequências seriam os efeitos concretos da ação, aqueles que extrapolem o tipo penal.

Nas sentenças analisadas, pouco é destacado nas circunstâncias, não havendo nenhuma valoração nelas, por considerá-las normais ao tipo. Mas, nas consequências, é comum o magistrado afirmar que estas são negativas, associando o tráfico de drogas ao “mal do século”, e, por isto, reprovando diretamente qualquer prática.

Dizem os juízes que as consequências do tráfico são “por demais danosas”. Ou, em outros termos, que são das mais perversas à sociedade, vez que geram o aumento de dependentes químicos, pondo em risco a vida das pessoas. Corrompem o indivíduo, a família e a sociedade (especialmente pessoas mais jovens e inexperientes). São, também, “porta de entrada” para outros delitos de elevada violência, psíquica e física, além de acabar por facilitar a atividade do traficante.

Já como circunstâncias subjetivas, tem-se os antecedentes criminais, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, e a culpabilidade. A doutrina reconhece esses requisitos como prevalentes sobre os demais, especialmente a personalidade do agente, fato que colaborou para que esses elementos tomassem predileção para o cálculo da pena-base.<sup>284</sup> Além disso, pela lei de drogas, em seu art. 42, a conduta social do agente, bem como a quantidade e natureza do entorpecente apreendido, também devem ser considerados com maior peso.

Em análise quanto à natureza da droga, Joyce Silva percebe que os juízes demonstram uma maior reprovação da conduta perpetrada quando a droga apreendida é a cocaína ou o crack, sendo registradas pelos magistrados como substâncias de alta periculosidade, independentemente da quantidade. A realização de julgamentos assim, gera uma hierarquização não declarada da droga, para fins de aplicação da sanção penal, criando uma maior severidade para réus que estiverem portando estas substâncias.<sup>285</sup>

É o caso de João, por exemplo, preso por portar 0,39g de crack, quantidade que o juiz considerou como pequena, mas, mesmo assim recebeu uma pena de um ano e oito meses. Mesma pena que Pedro e Caio receberam, embora um portasse 76,99g de maconha e o outro,

---

<sup>284</sup> STOCO, Tatiana Oliveira. *A personalidade do agente na fixação da pena*. 2013. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 100.

<sup>285</sup> SILVA, Joyce K. N. *Mulheres no tráfico de drogas: um estudo sobre a resposta do sistema de justiça penal à criminalidade feminina*. 2013. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, p. 163.

9,83g de cocaína e 10,72g de crack. Há uma desproporção e incoerência na valoração da pena, caso se adote a quantidade e espécie da droga como parâmetros para a dosimetria.<sup>286</sup>

A fim de tentar reduzir as disparidades do sistema, alguns países adotam critérios objetivos quanto à quantidade/tipo da droga portada. No direito espanhol, a posse de até 50g é considerada como fato atípico (posse para consumo pessoal) e, acima de 2,5kg, a posse passa a ser de extrema quantidade, aplicando-se a sanção de tráfico qualificado.<sup>287</sup>

Em alguns países europeus, como Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda, Portugal e Reino Unido, criaram-se escalas penais diferenciadas para as drogas leves e as pesadas. Na Alemanha, há previsão da quantidade de droga considerada como insignificante, para determinar a resposta penal nos delitos de tráfico de drogas, benefício que serviria também para os pequenos traficantes, que trabalham com quantidades menores, terem sua escala penal reduzida.<sup>288</sup>

Já no Brasil, ainda não há opinião formada sobre o assunto, sendo apenas registradas esporádicas aplicações do princípio da insignificância por alguns Tribunais, sem definição de valores, quando o réu portava pequenas quantidades. A introdução de dados quantitativos ajudaria a definir critérios específicos relativos ao consumo pessoal, criando uma presunção legal ou jurisprudencial sobre os limites das condutas, observando os demais elementos do art. 28, §2º da lei de drogas. Para Salo de Carvalho, a vantagem de criar uma barreira assim é excluir a possibilidade de o usuário sofrer os efeitos da imputação por tráfico.<sup>289</sup>

Para a perspectiva da descriminalização do uso de drogas é preciso que haja limites sobre a atividade repressiva, dando condições ao usuário de se prevenir por meio de um critério objetivo. Contudo, a determinação de quantidade não pode ser vinculante para o juiz, que poderia considerar ainda outras circunstâncias em benefício do réu, mas não em seu desfavor.<sup>290</sup>

É necessário ter um espaço de observação dos juízes para adequar a situação ao caso concreto, sob o risco de criar penas desproporcionais pela simples quantidade da droga. Bruna, por exemplo, foi presa com 20kg de maconha, e Paula, com cerca de 2kg da mesma droga. Entretanto, nenhuma das duas mulheres possuía uma posição de comando no tráfico, ou sequer havia uma suspeita de prévio envolvimento em atividades anteriores. Ambas estavam

---

<sup>286</sup> BOITEUX, L.; CASTILHO, E.; VARGAS, B.; BATISTA, V.; PRADO, G. *Série pensando o direito. Drogas e constituição*. N° 1, 2009. Disponível em <[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando\\_Direito3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf)> Acesso em 17 mar. 2021, p. 110.

<sup>287</sup> CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (e-book)*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 1. 3802/3825.

<sup>288</sup> BOITEUX, L.; CASTILHO, E.; VARGAS, B.; BATISTA, V.; PRADO, G. *Op. Cit.*, p. 112/113.

<sup>289</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, 1. 3835/3849.

<sup>290</sup> BOITEUX, L.; CASTILHO, E.; VARGAS, B.; BATISTA, V.; PRADO, G. *Op. Cit.*, p. 111.

transportando a droga pelo dinheiro oferecido, a fim de sustentar suas famílias. Bruna, contudo, recebeu, ao final, uma pena de três anos e quatro meses, uma das penas mais altas do grupo analisado.

A alta quantidade de drogas não necessariamente traz parâmetros seguros para definição do que deveria ser um crime mais reprovável. A aplicação da insignificância é necessária para as pequenas porções, criando limites ao sistema penal. Mas, ao se tratar de quantidades altas, é preciso se atentar para as pequenas funções de transporte e guarda de entorpecentes, normalmente praticadas por pessoas com um menor envolvimento no tráfico, não podendo elas, por esse critério objetivo, ser automaticamente consideradas como praticantes do tráfico qualificado.

Voltando aos critérios do art. 59, na conduta social, considera-se a atuação do indivíduo junto à sua família, comunidade, trabalho e espaços sociais, não podendo, contudo, valorar inquéritos e processos penais em andamento. E, como a outra circunstância preponderante, há a personalidade do agente<sup>291</sup>, em que podem ser julgados a índole, o senso moral, e as demais qualidades morais e sociais que possam demonstrar uma tendência criminosa do indivíduo.

Por afirmar não haver informações suficientes nos autos, ou mesmo por simplesmente já as considerar como positivas, pouco é dito pelos magistrados sobre esses dois fatores. Duas situações, contudo, merecem destaque na pesquisa.

Na sentença de Paula (que afirmou em audiência que transportava a droga pois precisava sustentar seu filho), o juiz considera que a conduta social da ré deveria ser censurada “a medida em que o tráfico se trata de um crime repugnante e de extrema nocividade à sociedade, pois a difusão das drogas prejudica e até mesmo elimina a vida de um grande número de seres humanos”.

Por outro lado, na sentença de João, o juiz destaca que a personalidade demonstra arrependimento, sendo este o peculiar caso em que o réu, além de expressar o arrependimento, como outros o fazem, também afirma ter ficado noivo e entrado para a igreja. Esta sentença deixa clara a aproximação entre o direito e a moral, bem como as influências intrínsecas da religião perante o direito.

Outras pesquisas possuem resultados semelhantes, destacando que o juízo de valoração do magistrado parece ser o que eleva esse quesito, sendo demonstrado em trechos como:

---

<sup>291</sup> Quanto a personalidade, Juarez Tavares relembra que essa ponderação não pode ser conjugada com lei morais ou consoante as perspectivas de política criminal do julgador, o que ocorre frequentemente no direito brasileiro, servindo como um juízo limitativo da sanção que será aplicada. [TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovção*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 151].

A personalidade da ré embora não seja totalmente distorcida, revela certa ausência de autocensura, já que não se mostrou incomodada com a prática do crime, e seu comportamento contrário à lei, revelando certa arrogância ao relatar os fatos a este juízo, o que também impede que a pena seja imposta no mínimo legal.<sup>292</sup>

Em diferente trabalho, há trecho semelhante em que a ré comprova ter sofrido violência policial, a qual o juiz considera, mas não relativiza na sua dosimetria, condenando-a com pena mais severa, por considerar sua personalidade como desajustada e perigosa por (supostamente) praticar o tráfico de drogas.

(Demonstra) personalidade desajustada e perigosa, sem qualquer deferência ou mesmo compaixão pela incolumidade física e psíquica das inúmeras pessoas que, infelizmente, acabam seguindo pelas mãos de traficantes, a senda do uso de entorpecentes: personalidade, pois, incompatível com o convívio social<sup>293</sup>

Quanto aos antecedentes, somente podem ser valorados quando a sentença não configurar reincidência, além de ser necessário que a decisão judicial seja transitada em julgado. Em nenhuma das sentenças houve valoração ou observação quanto a este ponto.

Outra das circunstâncias subjetivas são os motivos, onde podem ser indicadas características como a torpeza, o egoísmo, a futilidade, ou o desejo de lucro fácil. Contudo, a não ser que seja expressamente dito pelo réu, o juiz apenas poderá fazer deduções a esse respeito. Este é um ponto que ganha destaque nas falas dos magistrados. A ganância ou a expectativa de auferir lucro fácil e rápido, sem o trabalho honesto, é a razão que os juízes creem levar os sujeitos a traficar, sem apontar qualquer indício desse dado.

Tem-se que a culpabilidade do agente é elevada ao trazer consigo substância entorpecente, de alta lesividade, pronta para comercialização, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; (...);  
A motivação do crime é a ganância, a busca pelo dinheiro fácil, sem o trabalho honesto, que deve ser o sustentáculo de todo ser humano; (...);  
As consequências do delito são as mais perversas, vez que corrompe o indivíduo, a família e a sociedade, sendo "porta de entrada" para outros crimes de elevada violência, psíquica e física, inexistindo nos autos qualquer elemento que possa indicar se o ambiente social em que vivia o réu favoreceu ou não o seu envolvimento com o tráfico de substâncias entorpecentes; (...)

Nos motivos do crime, há uma completa suposição nas sentenças. Em muitos processos, os réus afirmam suas razões para estar portando a droga, seja por necessidade de sustentar a família, para o uso pessoal, dentre todas as outras. Os juízes, por outro lado, constantemente chamam esta razão de ganância e necessidade de auferir lucro fácil.

<sup>292</sup> SILVA, Joyce K. N. *Mulheres no tráfico de drogas: um estudo sobre a resposta do sistema de justiça penal à criminalidade feminina*. 2013. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, p. 198.

<sup>293</sup> ALVES, Enedina A. *Rés negras, judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana*. 2015. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 66/68.

Exemplo disto pode ser extraído do artigo de Bruna Silva e Alessandra Prado, que identifica sentença em que embora a ré tenha afirmado que concorreu para o fato por precisar de dinheiro para ir para São Paulo e porque sofria ameaças de seu ex-companheiro, o magistrado desconsiderou estas alegações, declarando que “se infere dos autos que agiu para satisfação da vontade e do desejo de lucro fácil e rápido, desconsiderando a regra moral e legal de proibição de envolvimento com drogas ilícitas”. Em outro exemplo, tem-se sentença em que o fundamento para imposição da pena superior ao mínimo legal foi a má conduta social da ré por ela não possuir ocupação lícita, obtendo seu sustento somente através do tráfico de drogas.<sup>294</sup>

Os juízes parecem não tolerar qualquer outro meio de sustento que não venha do mercado formal de trabalho, vez que o tráfico “prejudicaria quem trabalha honestamente”. Consideram o tráfico uma atividade de alta lucratividade e ignoram os riscos que o sujeito corre de ir para a cadeia ou ser morto em alguma operação.<sup>295</sup>

A ideia de lucro fácil e de altos rendimentos não corresponde à realidade da maioria desses presos. Contemplados pela causa de diminuição de pena do art. 33, §4º da lei de drogas, esses réus ocupam posições menores na cadeia do tráfico de entorpecentes, seja como “mulas” (como a maioria das mulheres foi detida), pequenos traficantes ou apenas usuários taxados de forma errada. Nesta posição, o suposto alto lucro corresponde em verdade a valores para garantir a subsistência própria e da família.

É, inclusive, entendimento dos Tribunais Superiores, que já consideram que, tanto a noção de “mal causado pela droga”, quanto o lucro fácil, são fatores próprios da conduta tipificada na lei, não podendo, por isto, ser utilizados para aumentar a pena-base, já que caracterizaria *bis in idem*, logo, não deveriam sequer ser mencionados.<sup>296</sup>

Pode-se somar a isto o fato de que, em muitas das sentenças, durante a fundamentação, os juízes afirmam a não necessidade de se estar comercializando a droga, bastando que o sujeito esteja portando-a ou guardando-a para que seja configurado o tráfico. Nestes casos, o condenado nem estaria ganhando qualquer contraprestação, contradizendo a noção de “lucro fácil”.

---

<sup>294</sup> PRADO, Alessandra; SILVA, Bruna. A insuficiência de provas e a criminalização de mulheres pela conduta de tráfico de drogas. In.: PRADO, Alessandra; OLIVEIRA FILHO, Ney; FERNANDES, Daniel (org.) *Retratos do sistema penal: política de drogas e discurso jurídico*. Salvador: EDUNEB, 2020, p. 133/137.

<sup>295</sup> MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; CAVALCANTI, Rafaela Maria de Aguiar. Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 148. Out./2018, p. 5/6.

<sup>296</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 107.532*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Santa Catarina. DJ 21 fev. 2013. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=125530166&ext=.pdf>> Acesso em 17 mar. 2021.



A última das circunstâncias a ser avaliada, também considerada uma das mais polêmicas, é a culpabilidade. Por se tratar de um termo jurídico que carrega uma série de problemas quanto à sua delimitação e sentido aplicado, optou-se por trazer esse conceito em tópico separado, a fim de poder melhor explorá-lo.

#### 4.3 A CULPABILIDADE NO SISTEMA PENAL

Embora haja conceitos anteriores para definir a culpabilidade, parte-se da ideia trazida por Franz Von Liszt, que inovou ao começar a utilizar a expressão para possibilitar a imputação do agente, estabelecendo uma vinculação psicológica entre o autor e a conduta<sup>297</sup>, conceituando-a como sendo um juízo de reprovação sobre o agente, por este ter cometido fato na normalidade das circunstâncias.<sup>298</sup>

A possibilidade de imputar alguém está relacionada à causa da conduta transgressora, formulando-se, a partir dessa observação, um juízo de reprovação ao autor<sup>299</sup>. Significa dizer que o homem é responsabilizado por seu ato, pois o delito é considerado como resultado do modo com que o sujeito conduziu a sua vida, e a base da censura para a reprovação é o fato de o ser humano ser livre para agir, revestido com uma autodeterminação moral livre e responsável, sendo, portanto, capaz de decidir pela lei.<sup>300</sup>

Para Roxin, contudo, embora a reprovabilidade seja uma condição necessária, ainda não é uma categoria suficiente da responsabilidade, precisando juntar-se, ao menos, à necessidade preventiva de sanção. A razão disto é a grande arbitrariedade que os juízos valorativos trazem ao sistema, vez que esses juízos de valor não indicam o que se reprova.<sup>301</sup>

No Brasil, a culpabilidade possui mais de um sentido e aplicação, trazendo uma confusão doutrinária quanto à sua utilização. É um fator, também, que conversa com as circunstâncias subjetivas do crime. Por isto, é necessário relacioná-lo com a realidade social, para assim manter uma ponte entre a teoria e a prática jurídica.

---

<sup>297</sup> OLIVEIRA, Arlindo S. T. Culpabilidade como limite da pena: requisitos do sistema político-criminal garantista. *Revista dos Tribunais*. V. 944. Jun./2014, p. 2.

<sup>298</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018, p. 413/416.

<sup>299</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Reimpr. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 19.

<sup>300</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Madrid: Civitas. 1997, p. 799.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 797.

### 4.3.1 As três aplicações da culpabilidade no sistema

Com três diferentes sentidos, a culpabilidade pode ser considerada como (1) uma categoria dogmática, sendo o terceiro requisito da teoria do delito, juntamente com a tipicidade e antijuridicidade; como um (2) elemento de graduação da pena, em que se estabelece, de maneira proporcional, uma relação entre o fato e a sanção; ou pode ser vista como um (3) princípio, através do qual há uma garantia contra os excessos da responsabilidade objetiva, e uma exigência de que haja uma relação de causalidade para reconhecer a possibilidade de impor uma pena, havendo aqui, uma função limitadora da pena.<sup>302</sup>

Como requisito da teoria do delito, a culpabilidade é o juízo subjetivo, onde serão levadas em consideração as características individuais do autor do injusto para verificar a possibilidade de imputação penal<sup>303</sup>. Para Juarez Tavares, deve ser concebida como um elemento de contenção, pelo qual se busca verificar se, apesar de cometido o fato injusto, o sujeito ainda pode ser excluído das consequências jurídicas do crime.<sup>304</sup>

É neste momento que se faz uma análise sobre o que seria uma pessoa “culpável”, vista como indivíduo dotado de características e capacidades hábeis a torná-lo responsável, em face dos demais membros da comunidade em que vive, em razão das infrações penais que foram cometidas e atribuídas a ele<sup>305</sup>. A culpabilidade deve servir como fator negativo do reconhecimento da capacidade de motivação, relacionado à pergunta se, do ponto de vista penal, uma sanção contra o indivíduo concreto é ou não necessária.<sup>306</sup>

Para René Ariel Dotti, o conceito de culpabilidade apresentou uma grande evolução na teoria do delito, partindo da ideia de que o indivíduo é livre, e mantendo-se fiel a ela<sup>307</sup>, contudo, ainda é necessário delimitar o que se entende como “reprovável”, a fim de fundamentar a

---

<sup>302</sup> MONTES HUAPAYA, Sandro. El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático. In: *Derecho Penal Online*. 2007. Disponível em <<http://perso.unifr.ch/>> Acesso em 24 mar. 2021, p. 1.

<sup>303</sup> Fatores como a inimputabilidade, a coação moral irresistível e a obediência hierárquica configuram causas de excludentes da culpabilidade.

<sup>304</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018, p. 419.

<sup>305</sup> MELLO, Sebastian B. A. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 300.

<sup>306</sup> TANGERINO, Davi P. C. *Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da criminologia: contribuições para um direito penal mais ético*. 2009. Tese (doutorado). Curso de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 97.

<sup>307</sup> DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de repropoção*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 182.

possibilidade de imputação da pena a um indivíduo, vez que esta noção de censura advém de um viés moralizante e ambíguo, incompatível com o direito penal.<sup>308</sup>

Todos possuem certas vulnerabilidades, em graus e intensidades distintas. Por isto, é decisivo determinar em que condições e circunstâncias essas vulnerabilidades transformam o sujeito em alguém não culpável. E mais do que determinar as causas biológicas, psicológicas e sociais, deve-se entender como o indivíduo se preocupou com a sua própria vulnerabilidade e a de seus semelhantes, criando estruturas sociais e políticas para definir regras de comportamento que se fundam a respeito da questão.<sup>309</sup>

Já quando se fala sobre a culpabilidade na dosimetria da pena, esta não alcança o mesmo grau de maturidade da elaboração anterior. Embora a noção de culpabilidade como fundamento da pena continue atrelada à censura pessoal, referindo-se à moralidade, suas aplicações não são as mesmas<sup>310</sup>. A aplicação da pena é um ramo cientificamente subdesenvolvido, com diversos elementos irracionais e com preceitos arraigados que conduzem o juiz no momento da determinação da pena concreta.<sup>311</sup>

A grande diferença entre as duas está no fato de que a culpabilidade da teoria do delito faz uma avaliação sobre critérios como a imputabilidade e possibilidade de conhecimento da proibição, enquanto a culpabilidade para a medição da pena depende dos fatores do art. 59 e da teoria da pena, preocupando-se com o conjunto de momentos que possam ter relevância para a magnitude da pena no caso concreto. Contudo, são conceitos que também não estão isolados, vez que a culpabilidade para a fundamentação da pena repercutirá na culpabilidade na medida da pena.<sup>312</sup>

A culpabilidade jurídica não está completamente isenta das interfaces entre o direito e a moral. Contudo, a noção do bem jurídico representa um limite à moralização do direito penal no âmbito do injusto, devendo ser evitado o juízo moral que recai sobre o autor. Quando o magistrado considera um sujeito como culpado, deve fazê-lo porque este portou-se em desacordo com a norma legal, e não pela incompatibilidade com a “moralidade média”.<sup>313</sup>

---

<sup>308</sup> MELLO, Sebastian B. A. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. *Ciências Penais*, v. 12, p. 125, 2010, p. 28.

<sup>309</sup> MELLO, Sebastian B. A. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 301.

<sup>310</sup> STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Vol. 5. Dez./Maio 2020, p. 126

<sup>311</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 21.

<sup>312</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Madrid: Civitas. 1997, p. 814.

<sup>313</sup> MELLO, Sebastian B. A. *Op. Cit.*, 2019, p. 307.

No mesmo sentido, Salo de Carvalho e Amilton Bueno trazem que a culpabilidade na fixação da pena, apesar de significar reprovação do ato praticado, não deveria ser confundida com um juízo de censura moral, a partir do qual se abandona a perspectiva garantista, vinculando sua aplicação a um julgamento ético/moral do autor.<sup>314</sup>

O juízo de censura somente se apresenta viável na medida em que trabalha em conjunto com os dados de uma realidade perceptível, através das manifestações exteriorizadas pelos agentes. O conteúdo material da culpabilidade deve ser apurado através do confronto entre a finalidade do agente, sob uma perspectiva social, e a finalidade protetiva da norma jurídica inobservada.<sup>315</sup>

Tatiana Stoco, por exemplo, acredita que a medida da pena se baseia na perturbação da ordem jurídica. Por isto, a culpabilidade como critério de medida da pena é criticada, vez que, embora tenha significado importante, não oferece segurança jurídica. A falta de critérios do processo de determinação da sanção adequada resulta em uma atividade puramente intuitiva, sendo impossível a indicação de um *quantum* exato<sup>316</sup>. Em verdade, como afirma Juarez Tavares, o julgador não cria uma culpabilidade, e sim a constata.<sup>317</sup>

Para Salo de Carvalho, no sistema vigente, para concluir se a culpabilidade é uma circunstância que atuará no caso, deve o juiz primeiro avaliar o que seria (in)válido de analisar como culpabilidade na aplicação da pena, seguido pela identificação dos elementos probatórios que concretizam o significado atribuído ao conceito.<sup>318</sup> Contudo, quando se avalia sua aplicação nas circunstâncias judiciais, percebe-se uma alta subjetividade.

Destacou-se na pesquisa que é comum os juízes afirmarem que consideram a culpabilidade elevada por razões simples como: (1) por trazer substância entorpecente em desacordo com a norma legal; (2) por haver outra opção de agir, afinal a ré possuía livre arbítrio; (3) porque o porte da substância põe em risco a vida de pessoas - vez que incentiva o tráfico de drogas, colocando em risco a vida e a saúde de usuários e a sociedade como um todo; (4) ou pelo simples argumento de que há uma elevada reprovação social.

---

<sup>314</sup> CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 45.

<sup>315</sup> ROCHA, Fernando A. N. G. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. V. 3. Out/2010, p. 10.

<sup>316</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 46/94.

<sup>317</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 125.

<sup>318</sup> CARVALHO, Salo. Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso – parecer: “operação lava jato”). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 122, p. 319-358, set. - out./2016, p. 4.

Além disso, como destaca Joyce Silva, alguns magistrados fazem uso de critérios como a idade, sanidade mental, escolaridade, condições de acesso a informações, e até mesmo as características da cidade onde a acusada reside, para elevar a pena-base.

A imposição está acima do mínimo previsto em lei, porque se trata de pessoa com total capacidade mental, em plena vida adulta (31 anos), com bom grau de instrução (2º ano do ensino médio), que estava totalmente ciente da ilicitude da conduta da qual não desistiu. Por outro lado, é pessoa que reside em uma cidade grande na qual as informações quanto à gravidade de seus atos são plenamente divulgadas e de conhecimento geral, sendo-lhe exigível conduta diversa.<sup>319</sup>

Embora o juiz não possa utilizar suas concepções de mundo e fixar a pena de acordo com sua vontade<sup>320</sup>, uma linguagem racialmente e patriarcalmente neutra foi desenvolvida. E, apesar de nas sentenças não haver elementos expressos de estigmatização, a postura dos magistrados parece permeada por esses aspectos de forma tácita, imprimindo uma série de violências aos réus<sup>321</sup>, que uma vez rotulados no flagrante como delinquentes, passam a sofrer discriminações implícitas nos processos, que se tornam aparentemente legais.<sup>322</sup>

Como afirma Roxin, não é lícito recorrer ao modo de condução da vida, trazendo-o para a própria conduta delituosa, pois a condução de uma vida considerada como “culpável” não equivale à realização do tipo penal, e apenas este fato pode ser considerado como punível no momento da aplicação da sanção.<sup>323</sup>

A fase de individualização e fixação da pena-base constitui um âmbito incerto no sistema penal, devido à ausência de regras específicas a serem observadas, permitindo que a discricionariedade se transforme em arbitrariedade<sup>324</sup>. E é pela ausência de critérios, que a determinação da pena é considerada o muro de lamentações dos penalistas, tanto no campo teórico como prático, por não ter atingido um grau de precisão e transparência como o da dogmática dos pressupostos da punibilidade<sup>325</sup>. Torna-se uma fase com fins duvidosos, pois o

<sup>319</sup> SILVA, Joyce K. N. *Mulheres no tráfico de drogas: um estudo sobre a resposta do sistema de justiça penal à criminalidade feminina*. 2013. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, p. 193/194.

<sup>320</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 85.

<sup>321</sup> OLIVEIRA, Débora M. M. *Uma guerra de cor, gênero e classe: estudo das sentenças condenatórias de mulheres criminalizadas por tráfico em Salvador*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 108.

<sup>322</sup> ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo. 2017, p. 36.

<sup>323</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Madrid: Civitas. 1997, p. 817.

<sup>324</sup> LYRA, José F. D. C.; LIRA, Cláudio R. S. O Direito Fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. V. 133. Jul./2017, p. 3.

<sup>325</sup> CARVALHO, Salo. Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso – parecer: “operação lava jato”). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. V. 122, p. 319-358, set. - out./2016, p. 1.

parâmetro central para definição acaba sendo traçado a partir do falho conceito do homem médio.<sup>326</sup>

Já como princípio, a culpabilidade é um conceito que se encontra diretamente relacionado ao poder punitivo do Estado, sendo uma de suas limitações, juntamente com a legalidade, a intervenção mínima, a fragmentariedade, dentre outros.<sup>327</sup>

Para Nilo Batista, este princípio deve ser entendido como um repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Deve, igualmente, ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida, senão quando a conduta do sujeito for reprovável, funcionando, por isto, como fundamento e limite da pena. É através deste que se impõe a subjetividade da responsabilidade penal, estabelecendo que não cabe, no direito penal, uma responsabilização objetiva, derivada somente da associação causal entre conduta e resultado de lesão (ou perigo de lesão) para um bem-jurídico.<sup>328</sup>

Na história da evolução do princípio da culpabilidade, demonstra-se que não se trata de um conceito que possa ser reduzido a uma ideia metafísica ou religiosa. Este possui um significado sociojurídico, tornando possível a distinção entre um injusto praticado com culpabilidade e um comportamento inculpável, fazendo desta distinção um fundamento também central para determinação da pena.<sup>329</sup>

#### 4.3.2 A culpabilidade como critério limitador

Considerando a pena como uma coerção que impõe sofrimento, a culpabilidade é inserida no sistema como um fundamento e limite desta. Esta, além de ser categoria imprescindível pela constatação e aferição do delito, adquire importância fundamental na individualização e limitação da sanção como critério dosimétrico, não podendo estigmatizar o sujeito a partir de um viés moralizante.<sup>330-331</sup>

Para Juarez Tavares, o conceito de culpabilidade deve ter como papel principal estabelecer limites à intervenção do Estado. A ideia é a análise da proporção entre o dano

<sup>326</sup> URZÚA, Enrique Cury. De la normativización de la culpabilidad a la normativización del delito. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovación*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 71.

<sup>327</sup> OLIVEIRA, Arlindo S. T. Culpabilidade como limite da pena: requisitos do sistema político-criminal garantista. *Revista dos Tribunais*. V. 944. Jun./2014, p. 7

<sup>328</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 104/105.

<sup>329</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 52.

<sup>330</sup> MELLO, Sebastian B. A. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 310/313.

<sup>331</sup> CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 47.

causado e sua avaliação jurídica, em que quanto maior a gravidade da lesão, maior será a pena. E o parâmetro inicial para o processo de individualização é que a pena não ultrapasse a medida da culpabilidade.<sup>332</sup>

Como afirma Roxin, se a pena pressupõe a culpabilidade e uma necessidade de prevenção punitiva, uma consequência desta concepção para os fins da sanção é que os pressupostos da punição também devem ser medidos com base nesta premissa<sup>333</sup>. Logo, ela não limitará apenas a aplicação da pena, mas também exercerá o importante papel de medida de equilíbrio entre a suposta necessidade de reprovação penal pelo cometimento de um injusto, e o direito do ser humano de ser individualmente considerado para este fim, funcionando como um limite às finalidades preventivas.<sup>334</sup>

Como princípio, a culpabilidade é um conceito que se encontra diretamente relacionado ao poder punitivo do Estado, como já dito. Além disso, ao estabelecer que não há pena sem culpabilidade, constitui-se, efetivamente, barreira à utilização do ser humano como um mero instrumento para consecução de fins sociais. Determina-se também, que a sanção não poderá passar, em sua duração, a medida da culpabilidade, estando em acordo com o juízo de proporcionalidade, mesmo que os interesses de tratamento, seguridade ou intimidação, resultantes de uma política punitivista, revelem como desejáveis uma detenção mais prolongada.<sup>335</sup>

Já a teoria do delito limita o fato de acordo com a geração culpável do resultado e a reprovabilidade decorrente da valoração da possibilidade de controle da vontade, motivada antijuridicamente pelos indivíduos.<sup>336</sup>

Para Juarez Tavares, a culpabilidade deve ser concebida como um elemento de contenção, pelo qual se busca verificar se, apesar de cometido o fato injusto, o sujeito ainda pode ser excluído das consequências jurídicas do crime. Deve ser aferida em dois seguimentos: um que se destina aos elementos da conduta em face do agente e o outro, orientado pelas consequências de que a ordem jurídica possa dispor sobre o fato, como forma menos rigorosa de solucionar o conflito gerado pela conduta.<sup>337</sup>

---

<sup>332</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018, p. 442.

<sup>333</sup> ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 35. Jul.-Set./2001, p. 4.

<sup>334</sup> SOARES, Helena Frade. Culpabilidade e teoria da pena: evolução, conceitos e interrelação. *Revista Eletrônica do Curso de Direito: PUC Minas Serro*. N. 12. Ago./Dez. 2015, p. 15.

<sup>335</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Madrid: Civitas. 1997, p. 99.

<sup>336</sup> RIBEIRO, Thaísa B. *Culpabilidade e função: análise crítica da teoria da culpabilidade na obra de Günther Jakobs*. 2014. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014, p. 259.

<sup>337</sup> TAVARES, Juarez. *Op. Cit.*, p. 419.

Quanto à teoria da pena, a interpretação do art. 59 é feita de maneira arbitrária, vez que muitos dos critérios são estranhos aos conceitos da teoria do delito. É por isto que, para Salo de Carvalho, a culpabilidade é a mais complexa e discutível das variáveis. Para o autor, a doutrina e a jurisprudência subverteram o sentido original, de que seria a circunstância geral de determinação das demais (antecedentes, personalidade, motivos e conduta social) que se desdobrariam como um comportamento único sobre o autor.<sup>338</sup>

A doutrina se vale da culpabilidade para a medida da pena como um critério para fundamentar toda espécie de argumento que possa ser útil à exasperação, mas sem clareza suficiente sobre seu significado. Há uma falta de entendimento a respeito do seu sentido, e o estabelecimento de critérios que possam servir à sua mensuração, sobretudo para a prática judiciária.<sup>339</sup>

Para Juarez Tavares, por exemplo, há uma dificuldade em situar, no âmbito dos elementos que compõem o art. 59, o que constitui pressuposto e delimitador da pena, e o que deve ser levado em conta para ajustá-la ao fato e ao autor.<sup>340</sup>

Muitos juízes, motivados pela equivocada interpretação que grande parte da doutrina comunga em relação às circunstâncias judiciais do artigo 59, não fixam a pena em consonância com a culpabilidade, pois a veem apenas como mais uma circunstância a ser ponderada dentre as demais. A culpabilidade, entretanto, deve ser entendida como mais do que uma mera circunstância judicial, a ser examinada dentro de um conjunto de elementos igualmente importantes, sendo o principal elemento de medida e limite da sanção criminal, condicionando, inclusive, a interpretação das demais circunstâncias aos seus ditames.<sup>341</sup>

Adriano Teixeira afirma que adotar a culpabilidade como critério central da determinação judicial da pena é um ganho para o direito penal que se quer fazer respeitador dos princípios que limitam a intervenção punitiva do Estado, significando restringir a aplicação da sanção à valoração do injusto culpável praticado, atrelando-a à análise de um comportamento, cuja proibição era prevista em lei.<sup>342</sup>

---

<sup>338</sup> CARVALHO, Salo. Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso – parecer: “operação lava jato”). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. V. 122, p. 319-358, set. - out./2016, p. 6.

<sup>339</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 23.

<sup>340</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 121.

<sup>341</sup> SIQUEIRA, Leonardo H. G. A aplicação da pena no sistema penal brasileiro: a culpabilidade como elemento central de valoração. *Revista da faculdade mineira de direito*. V. 18, nº 26, 2015. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/>> Acesso em 23 mar. 2021, p. 2/5.

<sup>342</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 131.



Como dito, a doutrina dominante inverteu o processo, interpretando a culpabilidade a partir de outros elementos subjetivos, atrelados à ideia de censura pessoal. A determinação da pena passou a ser vista como uma graduação da mesma culpabilidade da categoria sistemática, cristalizando-se na fórmula geral de que culpabilidade é a reprovabilidade da vontade ilícita e, quanto maior a reprovabilidade, maior a pena.<sup>343</sup>

Para Tatiana Stoco, os antecedentes, a personalidade do agente e a conduta social, não podem exercer influência sobre a medida do injusto ou da culpabilidade, em sentido estrito, em nenhum momento da dosimetria penal, vez que uma pena exclusivamente baseada na reprovação da intimidade dos condenados é ilegítima e injustificável perante quem se apena, sendo necessário ter critérios sólidos de determinação das respectivas sanções aplicáveis, estabelecendo o que seria uma sanção justa.<sup>344</sup>

Não é constitucionalmente válido que seja analisada, na primeira fase da dosimetria, as circunstâncias judiciais que levam em consideração quem é o agente, tomando como parâmetro questões de ordem moral e características pessoais do autor. A culpabilidade deve, em verdade, servir como fator negativo do reconhecimento da motivação, avaliando, ao invés disso, fatores como o grau de vulnerabilidade do sujeito.<sup>345</sup>

Juarez Tavares, no mesmo sentido, afirma que a teoria do injusto culpável não admite que a pena possa ser exasperada por circunstâncias estranhas àquelas que fundamentam o desvalor do fato típico e antijurídico e que deram lugar ao conteúdo da culpabilidade, sendo um fato de limitação na individualização da pena.<sup>346</sup>

Esta alteração é importante, pois os julgamentos morais são falhos e preconceituosos, vez que o comportamento delinquente não pode ser considerado como mera expressão de atitude contrária aos valores sociais. Em um país diverso como o Brasil, deve-se levar em conta as especificidades de cada um, respeitando assim o Estado Democrático de Direito.<sup>347</sup>

As disposições atuais do código penal não permitem encontrar uma pena justa que corresponda à culpabilidade do autor. A pena adequada não seria uma margem da culpa, mas uma pena a ela correspondente. Isto porque, a capacidade humana de conhecimento não tem

---

<sup>343</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 30/184.

<sup>344</sup> STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Vol. 5. dez./maio 2020, p. 116/134.

<sup>345</sup> PRANDO, Camila C. M.; LIMA, Rafael E. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 136/2017. Out./2017, p. 5/6.

<sup>346</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 151.

<sup>347</sup> NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 58.

condição de identificar precisamente a medida de reprovação de cada homem, não sendo capaz de determinar uma medida de pena exata.<sup>348</sup>

Não se trata de ignorar as infrações legais, mas de não usar a sanção penal como instrumento reprodutor de violência, que tira o substrato ético da reprovação racional para uma reprovação, antes de tudo, moralista. A aplicação de uma pena com bases morais corre o risco de reduzi-la a um instrumento proveitoso ao poder, que deslegitima a intervenção judicial que dela lança mão.<sup>349</sup>

Logo, no quesito de aplicação da pena, a culpabilidade tem uma função limitadora essencial ao sistema, de forma a tentar evitar arbitrariedades punitivas, bem como vincular a sanção penal aos fins declarados da pena.

#### 4.4 JUÍZOS DE REPROVABILIDADE E CONDENAÇÕES DE MULHERES

Como visto, dentro da culpabilidade há o conceito normativo da reprovação, onde estão as escolhas do sujeito, bem como o risco e a periculosidade que ele passaria a representar para a ordem social.<sup>350</sup> Através desta análise, é possível confrontar a real necessidade de uma sanção penal, avaliando a decisão acerca do poder agir de outro modo, partindo para os debates da intervenção mínima e a liberdade de vontade.<sup>351</sup>

A emissão de um juízo de valor está intrínseca à culpabilidade. Embora a culpabilidade jurídico-penal seja pelo fato, a censura pessoal permanece sendo elemento central do juízo de reprovabilidade. A fusão entre o direito e a moral são ainda resquícios da concepção religiosa da culpa<sup>352</sup>, presente no direito penal de forma implícita. Logo, apesar da prevenção da pura imoralidade situar-se fora do direito e, teoricamente, ser proibida a introdução de um desvalor adicional de natureza pessoal ao cidadão, não há como negar a existência de censuras

---

<sup>348</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 47.

<sup>349</sup> NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 63.

<sup>350</sup> BIRMAN, Joel. Genealogia da reprovação: sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na pena penal. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90/93.

<sup>351</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018, p. 439.

<sup>352</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 133

disfarçadas nos julgamentos<sup>353</sup>. Em verdade, percebe-se que a performance dos operadores jurídicos é norteada pelos valores vigentes na sociedade.<sup>354</sup>

Como se observa nos dados obtidos pela pesquisa, em qualquer dos critérios utilizados para o cálculo da pena média (e dias-multas), as mulheres sempre recebiam penas maiores que o grupo de homens. A mais gritante das diferenças ao se comparar as penas médias ocorre quando o critério observado se utiliza apenas das seis sentenças descritas ao longo do trabalho, sendo a sanção feminina 33% maior. Por este parâmetro, enquanto as mulheres receberam uma média de 26,67 meses de pena e 224 dias-multa, os homens obtiveram 20 meses e 165,67 dias-multa. Logo, há uma disparidade no julgamento entre gêneros.

O sistema de justiça é um terreno de disputas políticas em que o capitalismo acumula muitas vitórias. Logo, é através dele que se baseiam os modos de produção da verdade, e que sustentam a concepção ideológica punitivista, atribuindo ao âmbito criminal a função de lidar, por meio da sanção, com os problemas sociais considerados mais graves.<sup>355</sup>

Se, por um lado, ignora-se a realidade social marginalizada em que vivem esses réus, por outro, cria-se um pensamento de normalidade para a prática de delitos por estes grupos excluídos. Normaliza-se a violência e considera-se que estas pessoas têm uma automática propensão ao crime, achando que é evidente que a droga estava disposta para a comercialização, vez que policiais encontraram o réu na considerada “atitude suspeita” e portando a droga.

Essas evidências camuflam as violências existentes em muitos processos. É caso de Gustavo<sup>356</sup>, por exemplo, preso em sua residência por conta de uma “denúncia anônima”. Durante seu interrogatório Gustavo relatou que os policiais entraram em sua casa, quebraram tudo, o xingaram e o agrediram e tal fato foi confirmado pelas testemunhas de defesa, que haviam escutado os gritos e barulhos da rua. Mas o único fato que aparece na sentença é a aparente veracidade da palavra policial.

Já Ian<sup>357</sup> foi preso alegando que o policial responsável havia armado para o flagrante, vez que eles possuíam uma desavença. Ele narrou que recebeu mensagem de um amigo convidando-lhe para uma festa e onde usariam drogas. Contudo, ao chegar lá encontrou seu amigo detido e seu celular nas mãos do policial, que logo lhe disse que estava muito feliz que havia conseguido

---

<sup>353</sup> STRECK, Lenio L. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar*. Fortaleza. V. 15, nº 2, jul./dez. 2010, p. 510.

<sup>354</sup> ZAMBONI, Marcela; OLIVEIRA, Helma; NASCIMENTO, Emylli. Intersecções de gênero, sexualidade e classe em tribunais do júri: valores morais em disputa. *Revista Brasileira de Sociologia*. Vol. 07, nº 15. jan./abr. 2019, p. 9.

<sup>355</sup> SERRA, Victor S. “Pessoa afeita ao crime”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. Mestrado em Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista. Franca: 2018, p. 41.

<sup>356</sup> Processo nº 0522335-50.2014.8.05.0001.

<sup>357</sup> Processo nº 0540107-26.2014.8.05.0001.

prendê-lo. Todos os fatos pontuados por Ian foram confirmados pelas testemunhas de defesa e, novamente, nada disso foi considerado no momento da sentença.

Percebe-se que pessoas provenientes de “territórios favelados” já se encontram em um processo de criminalização prévia, no qual reside um limite de credibilidade e atuação, fazendo com que suas queixas e exigências básicas sejam usualmente respondidos com indiferença, desrespeito e descompromisso na certeza de que se trata de demandas falsas, a fim de ludibriar o processo e buscar uma “inocência a todo custo”.<sup>358</sup>

A opressão sofrida começa muito antes do momento das sentenças criminais, sendo retroalimentada por todos os agentes que integram o processo, que constantemente tentam reiterar as suas próprias superioridades a fim de estabelecer a seletividade do sistema. O exemplo mais clássico dessa situação é o valor probatório que os juízes dão à palavra dos policiais, mesmo afirmando não haver diferença entre o peso.<sup>359</sup>

Embora o testemunho policial possa ser útil para esclarecer determinados fatos, deve-se levar em conta que esses autores estão estruturados como pessoas, as quais se desenvolvem sob limites, externos e internos, no entrosamento com sua própria cultura. Quanto aos policiais, por exemplo, estes vivem cercados pela cultura do aprisionamento, ou seja, dificilmente poderão traçar uma narrativa neutra. O juiz, entretanto, ignora este fato, e julga, impondo uma pesada valoração através de sanções criminais.<sup>360</sup>

A diferença de peso existe e é marcante em qualquer processo. É comum encontrar frases afirmando que a defesa “não trouxe provas suficientes sobre os fatos a fim de infirmar os depoimentos dos policiais formados em juízo, não havendo sido criada dúvida razoável para comprometer as provas sobre a questão em análise”. Logo, através de frases assim percebe-se que dificilmente uma prova produzida pela defesa, por mais substancial que seja, será realmente vista e analisada no processo.

A reprovação parte de graus dos mais diversos, dependendo do caso concreto. Seja a posição ocupada pelo agente, ligada à profissão exercida, local de residência, nível de escolaridade, seja sua raça ou gênero. A variedade de fatores tomados como reveladores da

---

<sup>358</sup> LEITE, Márcia P.; OLIVEIRA, Pedro P. Violência e insegurança nas favelas cariocas: o ponto de vista dos moradores. In: *Praia Vermelha: Estudos de Política e Teoria Social*. Vol. 1, nº 1. Rio de Janeiro: UFRJ. 1997, p. 20.

<sup>359</sup> FERNANDES, Luciana Costa. *Como juízas mulheres julgam mulheres pelo tráfico de drogas: discursos criminológicos reforçando privilégios e silenciamentos na cidade do Rio de Janeiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 110/142.

<sup>360</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018, p. 451.

reprovabilidade demonstra que o grau de censura pode ser aferido tanto por aspectos subjetivos ligados ao agente, como objetivos, relacionados ao delito.<sup>361</sup>

Exemplo dessa arbitrariedade pode ser vista na configuração do delito de consumo ou tráfico. João<sup>362</sup> foi preso portando 3,62g de crack e desde o inquérito havia alegado que a droga seria para seu consumo. Durante a seu depoimento em juízo chegou a afirmar que havia adquirido a droga pois estava “deprimido em razão de uma briga com a namorada”, complementando que os policiais, após encontrarem a droga com ele, o agrediram para saber quem era o traficante. Completou ainda que a quantidade da droga comprada (23 pedras) seria justamente para evitar sair de casa a todo momento.

Mesmo com esses relatos João passou 352 dias preso, só sendo solto na data da sentença, ao receber uma pena de 1 ano e 8 meses de prisão, vez que o juiz considerou que as provas trazidas pelos policiais estavam em harmonia. E quanto a culpabilidade, em si, acrescentou-se que se tratava de crime que merece reprovação, por colocar a vida de pessoas em risco.

Para aplicação da pena, de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que o denunciado, no que tange à culpabilidade, praticou atos que merecem reprovação uma vez que trazer consigo drogas com o intuito de comércio, não põe apenas em risco somente o usuário que vier a consumi-las, mas toda a comunidade, que fica à mercê dos desatinos daqueles que estão sob sua influência maléfica.

Como dito ao início do texto, a diferenciação entre usuários e traficantes é extremamente subjetiva e, ao se avaliar esses dados, reforça-se a percepção de que no processo penal há uma tendência de que os membros de classes mais abastadas recebam penas mais brandas do que segmentos das classes mais pobres, nas quais é mais comum observar indivíduos vivendo à margem da sociedade, sem emprego fixo e família constituída.<sup>363</sup>

No tráfico de drogas, pessoas pobres e não brancas são consideradas como traficantes, mesmo quando todas as evidências mostram o contrário, simplesmente por seu perfil social. E são esses sujeitos, como visto, frequentemente considerados como gananciosos, apenas pelo tipo de delito cometido, havendo uma conexão automática entre o tráfico de drogas e a ideia de “lucro fácil”.

Embora a decisão jurídica pressuponha a compreensão do juiz sobre todos os fenômenos que nela estão envolvidos (sejam os textos jurídicos ou o caso concreto), as falas dos réus são

---

<sup>361</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 31/32.

<sup>362</sup> Processo nº 0564534-87.2014.8.05.0001

<sup>363</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 172.

ignoradas durante os processos<sup>364</sup>. Justificativas encontradas durante a pesquisa, como a necessidade de sustentar os filhos; o desemprego; a ameaça de traficantes para que fizessem algo; ou até mesmo a afirmação do porte para o consumo, pouco são levadas em consideração.

Em nenhuma das sentenças houve a avaliação quanto ao desemprego ou subemprego. O que ocorre é o automático julgamento da busca pela considerada vida fácil. Os juízes ignoram a existência de experiências negativas com o trabalho, além da desvalorização para com as atividades laborais desempenhadas, que somada às humilhações e à certeza de que aquela função não trará a condição de vida almejada, acabam por reforçar a ida para a “vida criminal”. Como afirma Victor Serra, não significa que a pobreza fará com que as pessoas cometam crimes, mas muitos indivíduos em situação de vulnerabilidade preferem cometer crimes do que morrer de fome.<sup>365</sup>

E o mesmo ocorre quando os réus afirmam ter havido coação por parte de terceiros. No processo de Carla, por exemplo, o juiz chega a ponderar a existência da ameaça por parte do homem na entrada da penitenciária. Porém, fazendo uso da teoria das provas, considera que ela não comprova tal fato, pois não havia indícios o suficiente de que seu filho estava em perigo, vez que, como não foi dito o nome da criança ou local onde morava, para o juiz, não houve configuração real da ameaça.

A consideração da inexistência de provas suficientes ocorre também no processo de Pedro, quando o magistrado afirma que existiam evidências suficientes de que a droga era para ser comercializada (pela forma como estava disposta), contudo, o réu havia informado que as drogas pertenciam a um traficante que “solicitara” que ele a guardasse, o que havia cumprido, por medo de uma represália. Considerando que a substância pertencia a um traficante de drogas com aparente poder na região, esta provavelmente seria destinada à venda, não significa dizer, entretanto, que seria vendida por Pedro. Já na sentença de Caio, nem sequer é feita referência ao fato de que este afirmava guardar a droga para o traficante da região.

As realidades de um bairro periférico e de pessoas que lidam com o tráfico de drogas ao lado de suas casas também não é levada em consideração. Há a utilização do conceito do homem médio para realizar as condenações, o que representa um grande risco para o resultado das

---

<sup>364</sup> STRECK, Lenio L. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar*. Fortaleza. V. 15, n° 2, jul./dez. 2010, p. 512.

<sup>365</sup> SERRA, Victor S. “Pessoa afeita ao crime”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. Mestrado em Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista. Franca: 2018, p. 79/92.

sentenças penais. Ao adotar um “tipo médio”, cada juiz cria seu próprio modelo, reflexo de seus valores, cultura e formação.<sup>366</sup>

Esse parâmetro, em nada se parece com os réus destes processos penais. O magistrado traz a condenação com base em suas experiências comuns, que são distantes para a maior parte da população do país, e consideram suas realidades como uma régua justa para medir o direito que deve ser aplicado em cada circunstância.<sup>367</sup>

Pela valoração da média, também se ignora as peculiaridades do caso concreto, que podem indicar a impossibilidade material do indivíduo de exercitar a sua liberdade, estando prejudicada a possibilidade de autodeterminação do sujeito. Ignoram pontos relevantes como a fome, a pobreza e a ausência de condições de vida minimamente dignas, ao tomarem as suas realidades como referência dosimétrica.<sup>368</sup>

No processo de Paula, por exemplo, em uma linha a juíza rediz que “a acusada em seu interrogatório confessou transportar a droga porque passava por dificuldades financeiras e precisava do dinheiro que lhe foi oferecido” e, posteriormente afirma que:

O comportamento deve ser censurado, a medida em que o tráfico de entorpecentes se trata de um crime repugnante e de extrema nocividade à sociedade, pois a difusão das drogas prejudica e até mesmo elimina a vida de muitos seres humanos. O motivo do delito é identificável como o desejo de obtenção de lucro fácil, sendo que suas consequências são desconhecidas, tendo em vista que não se chegou a confirmação exata do tempo em que comercializava a droga.

É importante perceber que, por vezes, em razão de sua precária condição, o sujeito nem sequer possuía uma margem de autonomia para agir. Os condicionamentos sociais que o cercam, somados à necessidade de sobrevivência, tornam sua possibilidade de escolha muito mais reduzida, em comparação ao “homem médio”. O acesso a recursos, o reconhecimento do valor e capacidade dos indivíduos para definir suas ações variam segundo suas características e posição nas relações de poder, e as desigualdades estruturais impactam nas possibilidades de autodefinição e as oportunidades disponíveis para as pessoas.<sup>369</sup>

Em “Presos que menstruam” Nana Queiróz relata a história de Romina, que precisava trabalhar dia e noite na enxada, na busca de tentar sustentar sua mãe, que definhava pela doença e pela fome, e os chás e remédios naturais já não aliviavam mais suas dores. A solução apareceu

---

<sup>366</sup> MELLO, Sebastian B. A. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 304.

<sup>367</sup> SERRA, Victor S. *“Pessoa afeita ao crime”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista*. Mestrado em Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista. Franca: 2018, p. 39.

<sup>368</sup> MIRANDA, Ana Carolina B. C. *Culpabilidade por vulnerabilidade: fundamentos para a exculpação ou redução de pena do pequeno traficante*. 2013. Dissertação (mestrado). Curso de direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 141.

<sup>369</sup> MIGUEL, Luis F.; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014, l. 2262.

por meio de uma vizinha, que lhe ofereceu uma “oportunidade” de transportar uma substância entorpecente. Embora soubesse que não era o certo, era sua única alternativa. Entrou num ônibus e partiu do Mato Grosso do Sul até Porto Alegre, transportando um tanto de droga, que ela nem quis saber de que tipo era, em troca de mil reais e a sua passagem de retorno. Ao chegar à rodoviária, a polícia já a esperava. Já os traficantes que a contrataram, nunca foram pegos.<sup>370</sup>

Em situação semelhante, Enedina Alves relata a história de Luzia, que levava drogas para o exterior, por necessitar de dinheiro para o tratamento de saúde da sua mãe (que faleceu após sua prisão). Embora o juiz tenha reconhecido o estado de necessidade, afirmou que o fato de precisar de dinheiro não justificaria a prática de um delito, uma vez que a dificuldade financeira não pode ser a causa para a legalidade de crimes, sob pena de instauração de verdadeiro caos.<sup>371</sup>

Em ambas as histórias, as duas mulheres se viram sem meios lícitos aptos a conseguir o dinheiro que necessitavam, a fim de manter suas mães vivas. Para elas, tratava-se de uma situação de sobrevivência, em que suas condutas teriam um mínimo potencial ofensivo de forma direta para a sociedade, afinal, seria apenas um transporte da droga, sem realização concreta de um mal a ninguém.

Como afirma Juarez Tavares, a conduta do autor do delito deve ser analisada através do princípio da autonomia, fazendo uma avaliação das dificuldades concretas enfrentadas pelo agente para realizar o fato. Esse juízo sobre a liberdade de ação deve ser efetuado tendo como ponto de referência o contexto individual e social do autor, e sua capacidade de realizar o fato. E, uma vez que o sujeito tenha dificuldade em exercer sua autonomia, pode-se concluir que sua culpabilidade é diminuta.<sup>372</sup>

O vínculo entre culpabilidade e liberdade são questões essenciais no seguimento normativo. Através da verificação de existência da autonomia, pode ser aplicada a proibição de imposição de penas desproporcionais ao valor do injusto praticado, vez que ultrapassa a culpabilidade do agente.<sup>373</sup> Contudo, atualmente, o paradigma do dito “homem livre” é tão pouco pressuposto na determinação da pena, quanto no momento de o legislador escolher os indivíduos considerados como “perigosos”, e que por isso devem ser apenados.<sup>374</sup>

---

<sup>370</sup> QUEIROZ, Nana. *Presos que menstram* (ebook). Rio de Janeiro: Record, 2015, l. 1805/1823

<sup>371</sup> ALVES, Enedina A. *Rés negras, judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana*. 2015. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 97.

<sup>372</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 138/143.

<sup>373</sup> DALBORA, José L. G. En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 115.

<sup>374</sup> GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. Trad.: Yuri Corrêa da Luz. *Revista de Direito GV*. V. 13, n. 3. São Paulo: FGV. SET/DEZ 2017, p. 22.



Embora o juiz possa não saber as vontades e razões do cometimento do delito, ao criar deduções, traz uma moralidade na reprovação. Isto porque, tais fatos podem ser falados em audiência para serem levados em consideração na delimitação do caso concreto.

O magistrado certamente pode constatar a culpabilidade do acusado e, dentro desses limites, aplicar a pena. Não pode ele, contudo, censurá-lo ou repreendê-lo, atuando com abuso de poder nestes casos.<sup>375</sup> Além disso, os fatores morais e outros relacionados à suposta má conduta do autor são estranhos ao processo de individualização, e deveriam ficar fora de qualquer avaliação criminal.<sup>376</sup>

A afirmativa de que uma ré buscava o tráfico para obtenção de lucro fácil, por exemplo, não faz parte da função de um juiz, quanto à dedução deste preceito. Mas, quando se avaliam trabalhos que estudam grupos minoritários, percebe-se que o juiz não cumpre com essa ideia, trazendo inúmeras valorações suas aos julgamentos, além de ocultar as falas que expressão o contrário.

Victor Serra, por exemplo, ao trabalhar com sentença de travestis, destaca que só o fato de o sujeito o ser, torna mais provável que o magistrado o considere como culpado pelo cometimento do crime. Enquanto os acórdãos possuem argumentações sobre o valor quase absoluto da palavra da vítima quando o réu é o travesti, quando estes são as vítimas, o sistema de justiça pouco se aprofunda nas investigações, sem demonstrar preocupação pelas condições em que vivem. Como aponta Serra, o valor do dito nesses casos, depende de quem diz, distorcendo as garantias constitucionais para “quem deve merecer”.<sup>377</sup>

A supressão da fala e a insignificância do que é dito é tamanha, que Luciana Fernandes demonstra que as rés observadas por ela permaneciam caladas durante a audiência de instrução, de cabeça baixa, já conformadas com o lugar de subalternização em que estavam colocadas, onde sua honestidade estava posta em dúvida, sempre.

Durante as audiências observadas, o comum era nos depararmos com mulheres que não podiam falar, salvo quando autorizadas; que eram interrompidas a todo tempo; que tinham a honestidade colocada em dúvida sempre; que ficavam na maior parte do tempo de cabeças baixas; que externalizavam com o próprio corpo as tensões que passavam; e que já vinham para as salas conformadas com os lugares e as posições subalternizadas que ali deveriam assumir.<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 179.

<sup>376</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 135.

<sup>377</sup> SERRA, Victor S. “Pessoa afeita ao crime”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. Mestrado em Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista. Franca: 2018, p. 56/63 e 72.

<sup>378</sup> FERNANDES, Luciana Costa. *Como juízas mulheres julgam mulheres pelo tráfico de drogas: discursos criminológicos reforçando privilégios e silenciamentos na cidade do Rio de Janeiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 145.

E na mesma pesquisa, há um questionamento para uma juíza, sobre como ela fazia para valorar o tipo de pena aplicada para as mulheres. Sua resposta foi que “tem que ver se tem salvação”, sendo uma frase apontada como recorrente pela autora, durante a observação de audiências<sup>379</sup>, embora não seja a missão do Direito Penal impor ou reforçar determinada norma moral. Em nível jurisdicional, o processo não poder versar acerca da moralidade, do caráter, ou de outros aspectos da personalidade do réu, mas são os conteúdos morais que vêm implicitamente conduzindo esses processos.<sup>380</sup>

Tão grande é esta liberdade, que na história de Rosa, após ser torturada pelos policiais - tendo essa violência registrada nos laudos do IML e atestada por testemunhas – ouviu o juiz decidir que a eletrocussão dificilmente poderia ter sido realizada na forma relatada, com uso de eletricidade doméstica, mesmo após a ré levantar a sua blusa e apresentar as marcas dos choques em seus seios e barriga, durante a audiência. Ou seja, a opinião do magistrado estava acima das evidências periciais demonstradas.<sup>381</sup>

Em outro exemplo, Luciana Fernandes demonstra a arbitrariedade e a falta de escuta por parte da juíza, que apenas, reiteradamente, questiona se a ré desejava vender a droga, ignorando a resposta dela, ao afirmar que está arrependida, impondo-lhe uma pena de seis anos de reclusão.

Depois dos depoimentos, foi a vez da acusada depor, sendo que ela decidiu confessar. Ela disse que não recebia nenhuma visita e estava mesmo guardando aquela quantidade de droga, para ganhar dinheiro e ajudar seus filhos, que estavam enfrentando grande dificuldade financeira. A juíza resolveu interromper, perguntando: “você ia vender?”. Ela respondeu: “não, eu estava guardando”. A magistrada repetiu a pergunta mais de uma vez, incisivamente, e em todas elas a resposta foram a mesma. A única pergunta feita pelo defensor público foi: “como você se sente?”, quando ela respondeu “muito arrependida”. Ela foi condenada em 6 anos e 10 dias de reclusão. (Por transportar droga para dentro do presídio).<sup>382</sup>

Embora a responsabilidade criminal seja referida por alguns estudiosos como o restabelecimento da ordem moral perturbada<sup>383</sup>, o julgador não pode incluir como circunstância contextual o clamor público e a busca pela moralidade social, ao aplicar uma sanção criminal.<sup>384</sup>

<sup>379</sup> FERNANDES, Luciana Costa. *Como juízas mulheres julgam mulheres pelo tráfico de drogas: discursos criminológicos reforçando privilégios e silenciamentos na cidade do Rio de Janeiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 151.

<sup>380</sup> BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 170.

<sup>381</sup> ALVES, Enedina A. *Rés negras, judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana*. 2015. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 66/68.

<sup>382</sup> FERNANDES, Luciana Costa. *Op. Cit.*, p. 111.

<sup>383</sup> BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 178.

<sup>384</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 147.

Ao que parece, muitos magistrados analisam o processo com a condenação pronta em suas cabeças. As sentenças padrão dão a impressão de que o juízo sobre o ocorrido é independente das peculiaridades de cada situação, inexistindo qualquer individualização e conseqüente proporcionalidade ao fato, devido aos pré-conceitos. As falas dos réus até existem, contudo, não são de fato ouvidas e analisadas, são apenas esquecidas nas páginas processuais.

Para Amilton Bueno, o direito penal não cumpre com suas funções declaradas, não atemorizando ninguém, nem recuperando aqueles que violam suas determinações, sendo, então, uma mera retórica. Logo, considerando toda a esfera penal como se encontra, é necessário que o juiz realize um juízo de empatia, a fim de entender, minimamente, quem está julgando, compreendendo-o. Esta seria, para o autor, a única forma de humanizar o processo penal, ao trazer a percepção de que são pessoas sendo julgadas, e não objetos.<sup>385</sup>

E no mesmo sentido alerta Jacinto Coutinho<sup>386</sup>, que o juiz deve estar atento às “armadilhas inquisitórias” e à realidade social, trazendo um julgamento minimamente coerente na escolha da menos cruel das opções a ser adotada. O magistrado deve apresentar argumentos racionais, com a devida justificação, fugindo da arbitrariedade decisória ao julgarem os processos como bem entendem.<sup>387</sup>

A procura pela sanção adequada à culpabilidade (não definida no sistema) não levará, senão, a uma quantidade arbitrária de pena, enquanto for concebida como algo que está no interior do agente e se manifestando no fato. A determinação da pena deve ser encarada como o resultado de um processo de imputação individual dirigido por regras.<sup>388</sup>

O processo penal possui um rito específico, que determina a possibilidade de produção de prova por parte da defesa. Seja pela presença de testemunhas ou a fala dos próprios réus<sup>389</sup>, essas pessoas precisam ser verdadeiramente ouvidas, ter suas histórias consideradas ao longo do processo. Não se pode simplesmente considerar o dito como “uma forma de escapar da prisão”. Frases assim apenas reforçam a demonstração dos pré-julgamento existentes sofridos por essas pessoas, que além de afeitas ao crime são automaticamente também descompromissadas com a verdade.

---

<sup>385</sup> CARVALHO, Amilton Bueno. *O (im)possível julgar*. 2006. Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/>> Acesso em 29 mar. 2021, p. 18.

<sup>386</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br>> Acesso em 29 mar. 2021, p. 27.

<sup>387</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2013, p. 72-76.

<sup>388</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 68.

<sup>389</sup> Provas mais comuns apresentadas no delito de tráfico de drogas.

Por isto, é fundamental que a lei diminua a discricionariedade do magistrado, não apenas no momento da decisão quanto à configuração do crime, como também sobre o *quantum* da pena.<sup>390</sup> É preciso criar mecanismos para limitar o poder do juiz, buscando meios para que ele possa impor a menos pior das soluções. O sujeito deve ser julgado pelo que fez, não pelo que é, já que o Estado não deve sancionar a imoralidade individual através de sentenças condenatórias.<sup>391</sup>

A criação de parâmetros para sentença é elementar no atual sistema jurídico, delimitando tudo o que pode ou não ser utilizado para majoração da pena, a fim de se diminuam os preceitos valorativos que se enraizaram no direito, e que são vulgarmente aplicados. É necessário fazer com que as falas dos acusados possam ser levadas em consideração, vinculando a dosimetria da pena ao que foi apresentado ao longo do processo.

E, a fim de poder unir esses fatores, preciso que seja delimitado e definido o conceito e a aplicação da culpabilidade na teoria da pena, passando a utilizá-lo como um critério limitador do que pode ser julgado, estabelecendo, a partir daí, uma relação proporcional entre a lesão ao bem jurídico e a sanção que deve ser aplicada, reduzindo, conseqüentemente as reprovações arbitrárias e espaço de atuação do direito penal no sistema brasileiro.

---

<sup>390</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 108.

<sup>391</sup> NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 62.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, conclui-se que:

A. A participação das mulheres no direito penal foi ignorada por muito tempo. Contudo, devido aos movimentos feministas, chamou-se a atenção para as desigualdades do sistema social. Foco especial se dá ao feminismo interseccional, que ganha destaque neste meio ao retirar a binaridade do pensamento, trazendo a conexão de debates como o sexismo, racismo, elitismo, as influências capitalistas e a opressão de forma geral, demonstrando que os grupos mais oprimidos - aqueles que estão na intersecção do sistema – são as vítimas mais frequentes do sistema. E esses pensamentos impactam diretamente na criminologia por avançar com a criminologia feminista, trazendo um debate direto entre o sistema penal e a realidade social de maneira geral.

B. Pela lógica seletiva, passa a ser considerado delinquente, não necessariamente aquele que obteve uma sanção penal em decorrência de seus atos, mas todos aqueles que se encontram adequados ao “perfil criminoso” criado.

Ao se analisar o crime de tráfico de drogas, percebe-se que a seletividade do sistema fica em evidência ao analisar o perfil dos presos encontrados na pesquisa. Pelos resultados, o gênero prevalente é o masculino. Na raça, a maioria dos indivíduos declarou-se como parda. Em ambos os grupos prevalecem pessoas jovens (entre 18-24 anos). A maioria declara-se como solteira. Quanto à escolaridade, para os homens prevalece o ensino fundamental incompleto, para as mulheres, o fundamental completo. Há prevalência de profissões de baixa remuneração (ou desemprego), e residência em bairros periféricos. A maioria das mulheres declarou-se mãe, enquanto apenas sete homens declararam ter filhos.

C. Com a entrada em vigor da lei 11.343/06, ocorre um endurecimento penal, derivado desse dispositivo proibicionista e extremamente vago. A partir dessa alteração, mais mulheres começam a ser presas. Estas, normalmente pela necessidade de sustentar a família e/ou dificuldades financeiras, acabam vendo nas drogas uma saída para complementar a renda. Contudo, ao serem presas, deixam a família desamparada, e passam a lidar com a solidão do cárcere.

D. Para a aplicação da pena, deve-se seguir o princípio da proporcionalidade – ou seja, a sanção ser necessária, adequada e proporcional ao fato – e a individualização da pena, que deve ser imposta de acordo com as especificidades de cada situação/autor. Pela falta de parâmetros

legais sobre como aplicar a pena, a discricionariedade do juiz abre as portas para a arbitrariedade.

- E. Essas discricionariedades ficam latentes na 1ª fase da dosimetria da pena, na qual prevalecem circunstâncias subjetivas. Há uma abertura, tanto no critério quantitativo, vez que a fração legal para o aumento das circunstâncias não é taxado, quanto qualitativamente, ao não se ter determinado o que pode ser usado para a aferição de cada um dos fatores. E uma das mais polêmicas dessas circunstâncias é a culpabilidade, devido à ausência de conceitos definidos na teoria da pena.
- F. Há uma confusão a respeito do conceito de culpabilidade, vez que este tem várias aplicações no direito, seja como princípio, na teoria da pena, ou na teoria do delito. Por ser a teoria da pena a menos desenvolvida no direito penal brasileiro, observa-se um grande equívoco no uso do conceito em sua categoria, trazendo a ideia de reprovação, derivada da teoria do delito, atrelando-se à censura pessoal, ao referir-se à moralidade do sujeito. O conceito de culpabilidade ficou vinculado à ideia de reprovabilidade, censurando não o fato, mas o indivíduo.
- G. Atualmente, a doutrina se vale da culpabilidade para a medida da pena, como um critério para fundamentar toda espécie de argumento que possa ser útil à exasperação, mas sem clareza suficiente sobre seu significado. A culpabilidade, porém, deve ser vista como um critério limitador, em que é mais que uma circunstância judicial. É um conjunto das demais circunstâncias, que seriam apenas concretizações do termo genérico “culpabilidade”.
- H. No direito penal há censuras disfarçadas nos julgamentos, que deveriam ser objetivos e seguir as legislações. Percebeu-se ao longo da pesquisa que as mulheres recebem penas médias proporcionalmente maiores que às dos homens em mesma situação. E, embora não haja processos selecionados para comparar os critérios de raça e classe, fica claro, também, durante os discursos dos juízes, que há valorações negativas ao longo das dosimetrias da pena, em que se criticam aspectos como a culpabilidade, motivos e consequências do crime, como uma forma de recriminação pessoal ao ato delituoso.
- I. A maioria dos magistrados realiza as condenações com base em suas experiências comuns, considerando suas realidades sociais como réguas justas para medir o direito que deve ser aplicado em cada circunstância. A abertura dada para a realização dos julgamentos permite que passem de discricionários para arbitrários, ferindo aos preceitos do direito penal, por julgar conforme preceitos morais ocultos.
- J. Como consequência disto, embora o processo penal preveja o momento probatório por parte da defesa, as provas por ela apresentadas – geralmente a palavra dos réus – são descartadas

ou ignoradas. Em nenhum dos processos estudados os juízes consideraram qualquer das razões apontadas pelos réus do porquê praticaram o delito. E, as poucas vezes que fizeram referência ao que foi dito, apenas apontaram que não houve provas o suficiente para comprovar essa versão, descartando-a, e condenando o réu.

- K.** A fim de se evitar arbitrariedades no processo, é necessário que sejam estabelecidos critérios para a aferição da primeira fase da dosimetria, bem como que se delimite o conceito de culpabilidade, limitando a aplicação da pena, reduzindo os conceitos de juízos de reprovação pessoal e alheios ao direito e dando a oportunidade das provas apresentadas pelos réus sejam verdadeiramente avaliadas, para que assim se possa estabelecer a aplicação de sanções de forma menos cruéis, seguindo uma ideologia minimalista, para buscar uma redução de danos no sistema penal.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo. 2017.

ALEXY, Robert. Princípios formais. In.: TRIVOSONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica (Org.). *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ALMEIDA, Silvio L. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

ALVES, Enedina A. *Rés negras, judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana*. 2015. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n 52, jul. 2006.

\_\_\_\_\_. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Revista Sequência*, v. 18, n. 35, 1997. Disponível em <<https://doi.org/10.5007/%25x>> Acesso em 10 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Violência Sexual e Sistema Penal: Proteção ou Duplicação da Vitimação Feminina? *Revista Sequência*, v. 17, n. 33, 1996. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/>> Acesso em 10 abr. 2019.

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. Criminologia crítica e direitos humanos: a sociedade civil e a construção de uma Política Criminal Minimalista. *Artigo apresentado no I Congresso de Criminologia(s): crítica(s), minimalismo(s) e abolicionismo(s)*. Out./2015. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/>> Acesso em 02 mar. 2021.

ARAÚJO, Bruna S. S. Raça, gênero e colonialidade: críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, ago./2018.

\_\_\_\_\_. Guerra às drogas e mulheres latino-americanas: contribuições para uma criminologia feminista descolonizada. *Boletim IBCCRIM*. Nº 287. Out./2016.

ARAÚJO, Fábio R. S. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. *Revista EMERJ*. V. 12, nº 45, 2009.

ARGÜELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 113, mar./abr. 2015.

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto (e-book)*. São Paulo: Boitempo, 2019.



ARUZZA, Cinzia. Rumo a uma “União queer” de marxismo e feminismo? *Lutas Sociais*, São Paulo, n.27, 2 sem. 2011.

ÁVILA, Gustavo N.; GUILHERME, Vera M. Direitos Humanos e o tráfico de drogas: a repercussão do caso "Matemático" nas redes sociais desde um debate concreto. *XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE*. São Paulo (SP), nov. 2013.

ÁVILA, Gustavo N; PEREIRA, Larissa U. *Política de drogas e aprisionamento feminino, o tráfico e o uso na lei de drogas*. 2013. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/>> Acesso em 15 fev. 2021.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARCINSKI, M.; CÚNICO, S. D. Mulheres no tráfico de drogas: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 16, n. 1, maio/2016.

BARRETO, Ana Luisa L.; MATOS, Lucas V. A. Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico de drogas em Salvador-BA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 165, mar./2020.

\_\_\_\_\_. Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148, out./2018.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

BATISTA, Vera M. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 1995.

\_\_\_\_\_. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAZÁN, Marcelo Ignacio Ovalle. La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile. *Dikaion*. Ano 33 - Vol. 28, n. 1, jun./2019.

BECKER, Howard. S. *Segredos e truques da pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BIRMAN, Joel. Genealogia da reprovação: sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. V. 2, jan./2019.

BOITEUX, Luciana. Encarceramento feminino e seletividade penal. *Rede de justiça criminal. Discriminação de gênero no sistema penal*. Ed. 09, set/2016.

BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa; PRADO, Geraldo. *Série pensando o direito. Drogas e constituição*. Nº 1, 2009. Disponível em <<http://pensando.mj.gov.br/>> Acesso em 17 mar. 2021.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen, 2019.

BOSCH, José A. P. Individualização e aplicação das penas. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 18 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em <<http://depen.gov.br/>> acesso em 18 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 107.532*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Santa Catarina. DJ 21 fev. 2013. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>> Acesso em 17 mar. 2021.

BURKE, Anderson. Os critérios matemáticos de quantificação da pena-base: a ausência de previsão legal e possível insegurança jurídica. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CALDAS, Fernanda; PRADO, Alessandra. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 166, abr./2020.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Saulo. 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.

CAMPOS, Gabriel S. Q. Discrecionabilidade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAPPI, Riccardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra R. (org.) *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Pesquisa Empírica em Direito. 2017.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. *Estudos Avançados*. N. 17 (49), 2003.

\_\_\_\_\_. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil* (ebook). São Paulo: Selo Negro, 2011.

CARPENTIERI, José Rafael. Direitos Humanos E Direito Penal: pensamento como forma de resistência ao poder. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 108. Maio/jun. 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno. *O (im)possível julgar*. 2004. Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/>> Acesso em 29 mar. 2021

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, I.; PEREIRA, G. *Como Anda Salvador?* Rio de Janeiro: Letra capital: Observatório das Metrôpoles, 2009.

CARVALHO, Jamile D. “*Nós trafica, mas nós nunca tem nada*”: trajetórias de vida de mulheres criminalizadas por tráfico de drogas. 2017. Dissertação (mestrado). Faculdade de Filosofia e ciências humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador.

\_\_\_\_\_. Processos de criminalização e a participação feminina no tráfico de drogas. *Plural, Revista de Ciências Sociais*. V. 26, n. 1, jul./2019. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/plural/>> Acesso em 12 set. 2019.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil* (e-book). 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 104, p. 279-303, set./2013.

\_\_\_\_\_. Critérios para o cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso – parecer: “operação lava jato”). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 122, p. 319-358, set. - out./2016.

CASTILHO, ELA W. V.; CAMPOS, Carmen H. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 273-303, ago./2018.

CASTRO, Helena R. C.; VALENÇA, Manuela A. Mulheres e drogas sob o cerco policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 483-514, ago./2018.

CHERNICHARO, Luciana P. *Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil*. 2014. Dissertação (mestrado). Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

CISNE, Mirla. Feminismo e marxismo: apontamentos teóricos-políticos para o enfrentamento das desigualdades sociais. *Serv. Soc. Soc.*, n. 132, maio/ago. 2018.

COLLINS, Patricia H. *Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e política do empoderamento*. Trad. Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo, 2019.

\_\_\_\_\_; BILGE, Sirma. *Intersectionality*. Cambridge: Polity Press, 2016.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 761-778, dez. 2015. Disponível em <<http://www.scielo.br>> Acesso em 04 ago. 2020.

COSTA, Pedro Jorge. Culpabilidade na dosimetria da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 126. Dez./2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br>> Acesso em 29 mar. 2021.

COUTO, Maria C. G. Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, ago./2018.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v.10, n. 1, jan./2002. Disponível em <<http://dx.doi.org/>> Acesso em 4 ago. 2020.

CUNHA, Ricarlos A. V. Discricionariedade e método na aplicação da lei penal. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DALBORA, José L. G. En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Trad. Marina Vargas. 3 ed. Rio de Janeiro: Difel. 2019.

\_\_\_\_\_. *Mulheres, Raça e Classe* (e-book). São Paulo: Boitempo, 2016.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, p. 19-39, 1998.

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ESDEP. *Anuário soteropolitano da prática penal – 2014*, Salvador. Disponível em <<http://defensoria.ba.def.br/>> Acesso em 26 fev. 2021.

FARIA, Thaís D. *Memória de um silêncio eloquente: a criminalização das mulheres no Brasil na primeira metade do século XX*. 2013. Tese. Castilho (Curso de Direito). Universidade de Brasília, Brasília.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *Indret*. 2007. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 19 jan. 2021.

FERNANDES, Luciana Costa. *Como juízas mulheres julgam mulheres pelo tráfico de drogas: discursos criminológicos reforçando privilégios e silenciamentos na cidade do Rio de*

Janeiro. 2018. Dissertação (Mestrado). Curso de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

FERRAZ JUNIOR, Jaiton. *Por uma política criminal de gênero: interfaces entre a criminologia feminista e a criminologia crítica*. 2019. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/793>> Acesso em 14 ago. 2020.

FILIPPO, Thiago B. G. Racionalidade legislativa e tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 154, p. 131-174, abr./2019.

FLAUZINA, Ana Luiza P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Reimpr. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

FRANKLI, Naila I. C. O controle social e as mulheres negras: possibilidades e releituras para a criminologia feminista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V 135, p. 487-518, set./2017.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista de estudos feministas*. Florianópolis. Maio/ago. 2007.

GARCIA, A. *Desigualdades raciais e segregação urbana em antigas capitais: Salvador, cidade D'Oxum e Rio de Janeiro, cidade de Ogum*. Rio de Janeiro: Faperj, 2009;

GERMANO, Idilva; MONTEIRO, Rebeca; LIBERATO, Mariana. *Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino*. *Psicologia: Ciência e Profissão* 2018 v. 38 (núm.esp.2.). Disponível em <<https://doi.org/>> Acesso em 12 abr. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a lei 11.343/2006. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 71, p. 181-204, mar./abr. 2008.

GONÇALVES, Renata. O feminismo marxista de Heleieth Saffioti. *Lutas Sociais*, n. 27, 2 sem. 2011.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta. El Derecho penal desde una evaluación crítica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2008, n. 10-11. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/>> Acesso em 30 mar. 2021.

GRÉGIO, Grécio N. Dosimetria da pena: uma “DR” com Nelson Hungria. Justificando e reestruturando o aumento de pena decorrente do passado criminoso. *In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GUADANHIN, Gustavo; GOMES, Leandro. Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 127, p. 263-294, jan./2017.

GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. Trad.: Yuri Corrêa da Luz. *Revista de Direito GV*. V. 13, n. 3. São Paulo: FGV. SET/DEZ 2017.

HARAWAY, D. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, Campinas, SP, n. 5, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

HELPE, Sintia S. *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. 2014. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Universidade de Juiz de Fora.

HOFFMAM, Fernando; WITSCHORECK, Pedro, V. S. Criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 167, p. 331-366, maio/2020.

HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: Políticas arrebatadoras* (e-book). Rio de Janeiro: Rosa dos tempos. 2018.

HÖRNLE, Tatjana. *La Concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena*. Universidad de Múnich, 1999. Disponível em <[dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es)> Acesso em 19 mar. 2021.

KARAM, Maria L. Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano. In: Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia (org.). *Drogas, direitos humanos e laço social*. Brasília: CFP, 2013.

KARSAI, Krisztina. As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas (esboço de uma legislação penal comparada sobre drogas). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 92, p. 97-120, set./out. 2011.

KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz C. Camargo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 95/2012, p. 85-95. Mar/abr. 2012.

LARRAURI, Elena. ¿Qué es la criminología? *InDret*. Barcelona. Jul./2013. Disponível em <[www.indret.com](http://www.indret.com)> Acesso em 31 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Ius et Praxis*, vol. 4, n. 2, Universidad de Talca, Chile. 1998.

\_\_\_\_\_. *Género y derecho penal*. Universidad de Salamanca, 1994. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.net>> Acesso em 15 abr. 2019.

LEITE, Márcia P.; OLIVEIRA, Pedro P. Violência e insegurança nas favelas cariocas: o ponto de vista dos moradores. In: *Praia Vermelha: Estudos de Política e Teoria Social*. Vol. 1, nº 1. Rio de Janeiro: UFRJ. 1997.

LEITE, Taylisi. *Crítica ao feminismo liberal: valor-clivagem e marxismo feminista*. São Paulo: Contracorrente. 2020.

LOMBROSO, Cesar and FERRERO, William. *The Female Offender*. 1. ed. Colorado: Fred B. Rothman & Co, 1980.

LOPES, Fernanda R. A. *O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem*. 2009. Dissertação (mestrado). Curso de direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador.

LYRA, José F. D. C. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 118. Jan./fev. 2016.

\_\_\_\_\_; LIRA, Cláudio R. S. O Direito Fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 133. Jul./2017.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; CAVALCANTI, Rafaela Maria de Aguiar. Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 148. Out./2018.

MACHADO, Nara B. C. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. *XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza (CE), jun. 2010.

MARTINO, Natália C. C.; CHAVES, Luana H.; RIBEIRO, Ludmila M. L. Papéis tradicionais de gênero e redes de contato: um estudo comparado com homens e mulheres encarcerados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 164, p. 587-612, ago./2018.

MELLO, Sebastian B. A. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. *Ciências Penais*, v. 12, 2010.

\_\_\_\_\_. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. *Revista Esmat*. Palmas. Ano 6, nº 7, jan./jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019.

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

MIGUEL, Luis F.; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio da pesquisa social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.) *Pesquisa social: Teoria, método e criatividade*. 28 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MIRANDA, Ana Carolina B. C. *Culpabilidade por vulnerabilidade: fundamentos para a exculpação ou redução de pena do pequeno traficante*. 2013. Dissertação (mestrado). Curso de direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

MOLINA, Antônio García-Pablos de. Momento atual da reflexão criminológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 0. Jan./dez. 1992.

MONTES HUAPAYA, Sandro. El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático. In: *Derecho Penal Online*. 2007. Disponível em <<http://perso.unifr.ch/>> Acesso em 24 mar. 2021.

NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

OLIVEIRA, Antônio L; GOMES, Raoni Vieira. Seletividade racial no sistema penal brasileiro: apontamentos para a reconstrução da memória racial nacional a partir das teses de Walter Benjamin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 135, p. 73-96, set./2017.

OLIVEIRA, Arlindo S. T. Culpabilidade como limite da pena: requisitos do sistema político-criminal garantista. *Revista dos Tribunais*. V. 944. Jun./2014.

OLIVEIRA, Débora M. M. *Uma guerra de cor, gênero e classe: estudo das sentenças condenatórias de mulheres criminalizadas por tráfico em Salvador*. 2019. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador.

OSLEN, Frances. El sexo del derecho. In: KAIRYS, David (ed.) *The politics of law*. New York: Patheon, 1990. Disponível em <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar>> Acesso em 18 abr. 2019.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y Prevención; las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1988.

PERRO, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

PRADO, Alessandra; OLIVEIRA, Débora. A punição de mulheres traficantes: análise crítica de sentenças condenatórias à pena privativa de liberdade não substituída por restritiva de direitos. *Revista Jurídica UNICURITIBA*. V. 1, n. 42, 2016.

PRADO, Alessandra; SILVA, Bruna. A insuficiência de provas e a criminalização de mulheres pela conduta de tráfico de drogas. In.: PRADO, Alessandra; OLIVEIRA FILHO, Ney; FERNANDES, Daniel (org.) *Retratos do sistema penal: política de drogas e discurso jurídico*. Salvador: EDUNEB, 2020.

PRADO, Luiz R. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais*. V. 0. jan./2004.

PRANDO, Camila C. M.; LIMA, Rafael E. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 136/2017. Out./2017.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. In.: *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Ed. Mulheres. 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000.

RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala* (e-book). São Paulo: Pólen, 2019.



\_\_\_\_\_. *Quem tem medo do feminismo negro?* (e-book) São Paulo: Companhia das letras, 2018.

RIBEIRO, Thaísa B. *Culpabilidade e função: análise crítica da teoria da culpabilidade na obra de Günther Jakobs*. 2014. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

ROBERTS, Julian V. Aplicação estruturada da pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm. 2017.

ROCHA, Fernando A. N. G. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. V. 3. Out/2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2013.

ROMÃO, César E. L. Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. V. 21, jan.-jun./2008.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Madrid: Civitas. 1997.

\_\_\_\_\_. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 35. Jul.-Set./2001.

SAAD, Luísa. *“Fumo de negro”: a criminalização da maconha no pós-abolição*. Salvador: EDUFBA, 2019.

SANTANA, Selma P.; HERNANDES, Camila R. Aplicabilidade da justiça restaurativa a usuários e dependentes de drogas ilícitas: uma alternativa ao fracasso do sistema penal tradicional. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. V. 27, nº 1, 2017.

SANTIGO, Brunna R. *Encarceramento e criminologia feminista: uma crítica ao patriarcado de “fora” para “dentro”*. 2018. Dissertação. Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo T. Qual a sua droga? Maconha, hipocrisia ou isonomia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 141, p. 213-238, mar./2018.

SANTOS, Carla A. S. *Ó pa í, prezada! Racismo e sexismo institucionais tomando bonde no conjunto penal feminino de salvador*. 2014. Dissertação (mestrado). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SANTOS, Juarez Cirino. A criminologia crítica e a reforma da legislação penal. *XIX Conferência Nacional dos Advogados*. Set./2005, Florianópolis.

SCHIEBINGER, Londa. *O feminismo mudou a ciência?* Trad.: Raul Fiker. Bauru: EDUSC, 2001.

SEGATO, Rita L. El color de la cárcel en América Latina Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción. *Nueva sociedad*. Nº 208, mar./abr. 2007. Disponível em <[www.nuso.org](http://www.nuso.org)>, acesso em 02 fev. 2021.

SERRA, Victor S. “*Pessoa afeita ao crime*”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. Dissertação (Mestrado). Curso de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista. Franca: 2018.

SESTOKAS, Lucia; OLIVEIRA, Nathália. A política de drogas é uma questão de mulheres. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. V. 1, nº 27, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret*. 2007. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 19 jan. 2021.

SILVA, Joyce K. N. *Mulheres no tráfico de drogas: um estudo sobre a resposta do sistema de justiça penal à criminalidade feminina*. 2013. Dissertação (mestrado). Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora.

SIQUEIRA, Leonardo H. G. A aplicação da pena no sistema penal brasileiro: a culpabilidade como elemento central de valoração. *Revista da faculdade mineira de direito*. V. 18, nº 26, 2015. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/>> Acesso em 23 mar. 2021.

SOARES, Helena Frade. Culpabilidade e teoria da pena: evolução, conceitos e interrelação. *Revista Eletrônica do Curso de Direito: PUC Minas Serro*. N. 12. Ago/Dez. 2015.

SOUZA, Carla P. C. S.; SÁ, Lucas G. C. A percepção de suporte social em mulheres encarceradas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 151-171, ago./2018.

SOUZA, Monique E. M. C. S. *As mulheres e o tráfico de drogas: linhas sobre os processos de criminalização das mulheres no Brasil*. 2015. Dissertação (mestrado). Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília.

STOCO, Tatiana Oliveira. *A personalidade do agente na fixação da pena*. 2013. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. A pena na medida da culpabilidade. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Vol. 5. Dez./Maio 2020.

\_\_\_\_\_. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STRAUSS, Anselm; CORBIN, Juliet. *Pesquisa qualitativa: técnicas e procedimentos para o desenvolvimento de teoria fundamentada*. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

STRECK, Lenio L. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar*. Fortaleza. V. 15, nº 2, jul./dez. 2010.

TANGERINO, Davi P. C. *Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da criminologia: contribuições para um direito penal mais ético*. 2009. Tese (doutorado). Curso de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. *In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. Cem anos de repressão*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. Aplicação da pena, dogmática pena e teoria do delito: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena. *In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (org.). Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

URZÚA, Enrique Cury. De la normativización de la culpabilidad a la normativización del delito. *In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. Cem anos de repressão*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

VASILESCU, Cristina. La ejecución penal desde una perspectiva de género. *Indret*. 2019. Disponível em <indret.com>. Acesso em 02 mar. 2021.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

VIANA, Priscylla K; CARDOSO, Franciele S. Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 146, p. 613-647, ago./2018.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne B. de. Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 87, dez./2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Volume 1 – Parte Geral*. 9 ed. 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ZAMBONI, Marcela; OLIVEIRA, Helma; NASCIMENTO, Emylli. Intersecções de gênero, sexualidade e classe em tribunais do júri: valores morais em disputa. *Revista Brasileira de Sociologia*. Vol. 07, nº 15. jan./abr. 2019.