

Universidade Federal de Juiz de Fora
Pós-Graduação em Ciências Sociais
Mestrado em Ciências Sociais

Joyce Keli do Nascimento Silva

MULHERES NO TRÁFICO DE DROGAS:
um estudo sobre a resposta do Sistema de Justiça Penal
à criminalidade feminina.

Juiz de Fora
2013

Joyce Keli do Nascimento Silva

MULHERES NO TRÁFICO DE DROGAS:
um estudo sobre a resposta do Sistema de Justiça Penal
à criminalidade feminina.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Área de Concentração: Cultura, democracia e instituições.

Orientador: Prof^o. Dr. Paulo Cesar Pontes Fraga.

Juiz de Fora
2013

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Silva, Joyce Keli do Nascimento.

Mulheres no tráfico de drogas: um estudo sobre a resposta do Sistema de Justiça Penal à criminalidade feminina / Joyce Keli do Nascimento Silva. -- 2013.

238 f. : il.

Orientador: Paulo Cesar Pontes Fraga

Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Instituto de Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, 2013.

1. Ciências Sociais. 2. Criminalidade. 3. Gênero. 4. Tráfico de Drogas. 5. Decisão Penal. I. Fraga, Paulo Cesar Pontes , orient. II. Título.

Joyce Keli do Nascimento Silva

MULHERES NO TRÁFICO DE DROGAS:
um estudo sobre a resposta do Sistema de Justiça Penal
à criminalidade feminina.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, área de Concentração – Cultura, Poder e Instituições, da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Aprovada em 23 de maio de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^o. Dr. Paulo Cesar Pontes Fraga (Orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Dra. Marcella Beraldo de Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Dra. Rogéria da Silva Martins
Universidade Federal de Viçosa

À minha família que esteve sempre ao meu lado me apoiando e incentivando diante das dificuldades, visando minha formação pessoal e profissional. A vocês o meu amor e eterno agradecimento.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, pois sem Ele esta jornada não seria cumprida.

A todos que me ajudaram na elaboração desse trabalho, especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Cesar Pontes Fraga, por todo incentivo, atenção, disponibilidade, paciência e críticas.

À coordenação, aos professores e colegas do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, pelo convívio e aprendizado.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, por financiar o projeto de pesquisa.

Aos magistrados, aos servidores dos sistemas judiciário e penitenciário por cooperarem com este estudo e por tornarem possível a pesquisa de campo no Fórum de Juiz de Fora e na Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires.

Aos amigos Rosa Maria e Fábio pela amizade, incentivo e apoio, sem os quais eu não teria sequer iniciado essa caminhada, e a todos os meus amigos que de alguma forma, foram importantes neste percurso.

À minha mãe Sidineia e à minha irmã Giseli, pelo carinho, conselhos e incentivo, sempre.

SILVA, Joyce Keli do Nascimento. Mulheres no tráfico de drogas: um estudo sobre a resposta do Sistema de Justiça Penal à criminalidade feminina. 2013. 238 f. Dissertação (mestrado acadêmico) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Instituto de Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, 2013.

RESUMO

Os estudos sobre o universo legal e judiciário, focando a descrição e compreensão de sua estrutura e entraves cresceram nos últimos anos no Brasil. E embora a criminalidade, geralmente, seja interpretada como um fenômeno masculino, observamos um crescente interesse acadêmico pela agência feminina criminosa, impulsionado pelo incremento no número de mulheres no Sistema Prisional na última década, especialmente pelo envolvimento com o tráfico de drogas. O objetivo deste trabalho é promover a discussão teórica sobre a possível influência de representações sociais de gênero, incorporadas aos sistemas de orientações e valores dos magistrados, no processo de tomada da decisão condenatória, bem como na natureza e quantidade das penas aplicadas. A definição do objeto da pesquisa decorre da constatação da escassez de estudos sobre a atuação dos magistrados brasileiros no processo decisório, bem como do incremento da participação da mulher nas estatísticas criminais. A análise dos elementos que surgem como determinantes na tomada de decisão pelos juízes envolveu elementos definidos na legislação brasileira antidrogas e na legislação processual penal. A pesquisa empírica empreende uma análise da *sentencing* nos processos de mulheres envolvidas com o tráfico, focalizada nos processos sentenciados e a problematização das variáveis explicativas das decisões pela autoridade judiciária, na sentença. Os estudos de “*sentencing*” concentram-se na análise do processo decisional e das disparidades nas penas, promovendo a *desmistificação da ideia de imparcialidade* na tomada de decisões judiciais ao analisar a atuação dos magistrados, bem como as variáveis sócio-históricas, filosóficas e jurídicas incorporadas no processo de racionalização da decisão, influenciando sua práxis e dinamizando uma cultura jurídica capaz de aplicar penas distintas para acusados pela prática de crimes semelhantes. Essa perspectiva teórica se apresenta como significativo instrumento de análise em estudos de sentenças, capaz de fornecer elementos conceituais aplicáveis à compreensão das condicionantes diretas que envolvem a atividade judicante. Foram selecionados 39 (trinta e nove) sentenças, proferidas no período entre 2007 e 2012, nas 04 (quatro) Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora. Nestas sentenças, figuraram como acusadas pelo crime de tráfico 49 (quarenta e nove) mulheres, dentre as quais 03 (três) mulheres apareceram em 02 (duas) sentenças diferentes no período de tempo pesquisado, motivo pelo qual foram considerados 52 (cinquenta e dois) casos em conformidade com o objeto deste trabalho. Na análise sobre os critérios legais e extralegais que informam os magistrados durante o processo de tomada da decisão, num modelo da tradição jurídica na *civil law*, percebemos a filiação a um sistema de orientação marcado pelo formalismo jurídico, pronto a justificar-se dentro de um legalismo, em detrimento de uma postura universalista de promoção da justiça material. Bem como a reprodução de uma cultura penal tácita de conformidade quanto ao rigor no julgamento e condenação pelos crimes previstos na Nova Lei de Drogas.

Palavras-chave: Ciências Sociais, Criminalidade, Gênero, Tráfico de Drogas, Decisão Penal.

ABSTRACT

Studies about the legal and judicial universe, focusing on the description and understanding of its structure and barriers have grown in recent years in Brazil. And although crime usually be interpreted as a male phenomenon, we observe a growing academic interest in female criminal agency, driven by the increase in the number of women in the prison system in the last decade, especially for involvement with drug trafficking. The objective of this work is to promote theoretical discussion on the possible influence of social representations of gender incorporated into the systems of guidelines and values of the magistrates in making the sentencing decision, as well as the nature and amount of penalties. The definition of the object of the research stems from the scarcity of studies on the role of Brazilian judges in decision process as well as the increase of women's participation in the crime statistics. The analysis of the elements that emerge as determinants in the decision by the judges involved elements defined in Brazilian law on narcotics and criminal procedure law. Empirical research undertakes an analysis of “*sentencing*” in cases of women involved in drug trafficking, focused on sentenced processes and questioning the explanatory variables of the decisions of the judicial authority in sentencing. Studies of “*sentencing*” focus on the analysis of decision making and disparities in criminal penalties, promoting the *demystification of the idea of impartiality* in making judgments to analyze the performance of judges, as well the socio-historical, philosophical and legal variables incorporated in the process of rationalization of the decision, influencing your praxis and fostering a juridical culture able to apply different legal penalties for defendants that practice similar crimes. This theoretical perspective is presented as meaningful analytical tool in studies of sentencing, capable of providing conceptual elements applicable to the understanding of constraints directresses that involve adjudicative activity. We selected 39 (thirty-nine) sentences, handed down between 2007 and 2012, in 04 (four) Criminal Courts the Judicial District of Juiz de Fora. In these sentences, figured as accused for the crime of trafficking 49 (forty-nine) women, among which 03 (three) women appeared in 02 (two) different sentences in the time period studied, why were considered 52 (fifty-two) cases in accordance with the object of this work. In the analysis of the legal and extralegal criteria that inform the magistrates during the decision making process, a model of tradition in the *civil law*, we realize the membership of a guidance system marked by legal formalism, ready to be justified within a legalism, rather than a universalist stance of promoting material justice. As well the reproduction of a tacit criminal culture of conformity as to the rigor in the trial and sentencing for crimes under Brazilian Drug Law.

Keywords: Social Science, Criminality, Gender, Drug Trafficking, Criminal Decision.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 Perfil da população carcerária feminina Penitenciária de JF/MG – Regime Prisional (Jul/2012).....	58
Gráfico 2 Perfil da população carcerária feminina Penitenciária de JF/MG – Cor de Pele/Etnia (Jul/2012).....	59
Gráfico 3: Perfil da população carcerária feminina Penitenciária de JF/MG – Crime Cometido (Jul/2012).....	60
Gráfico 4 Comparação entre a Pena-base e a Pena Definitiva - Art. 33, caput da Lei nº. 11.343/2006.....	207
Gráfico 5 Comparação entre a Pena-base e a Pena Definitiva - Art. 35 da Lei nº. 11.343/2006	208
Gráfico 6 Resultado dos recursos de Apelação (defensivo) julgados pelo TJMG	214
Fluxograma 1 Fluxo processual do crime de tráfico de drogas – Lei nº. 11.343/2006	82

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 Evolução Presos/Gênero Sistema Penitenciário Nacional e SSP/Polícias (2000-2012)	45
Tabela 2 Comparação da população carcerária do Estado de Minas Gérias, masculina e feminina (2003-2012)	45
Tabela 3 Perfil da população carcerária de Minas Gerais – Faixa Etária (Jun/2011 e Jun/2012)	56
Tabela 4 Perfil da população carcerária feminina de Minas Gerais – Cor de Pela/Etnia (Jun/2011 e Jun/2012)	56
Tabela 5 Perfil da população carcerária feminina de Minas Gerais – Grau de Instrução (Jun/2011 e Jun/2012)	57
Tabela 6 Perfil da população carcerária feminina Penitenciaria de JF/MG – Faixa Etária (Jul/2012)	59
Tabela 7 Perfil da população carcerária feminina Penitenciaria de JF/MG – Grau de Instrução (Jul/2012)	59
Tabela 8 Sentenças coletadas/Quantidade por vara de origem	141
Tabela 9 Sentenças coletadas /Quantidade por ano de publicação (2007-2012)	141
Tabela 10 Tipificação/Concurso de Crimes da Lei nº. 11.343/2006 na Denúncia	149
Tabela 11 Tipificação/Concurso de Crimes da Lei nº. 11.343/06 na Sentença	153
Tabela 12 Distribuição das denunciadas por tráfico segundo as funções desempenhadas	157
Tabela 13 Volume de droga apreendida	161
Tabela 14 Reconhecimento de circunstâncias atenuantes	170
Tabela 15 Reconhecimento de circunstâncias agravantes	174
Tabela 16 Reconhecimento de causas de diminuição da pena	174
Tabela 17 Reconhecimento de causas de aumento da pena	176
Tabela 18 Resultado das sentenças para os casos analisados	181
Tabela 19 Situação processual das acusadas no momento da sentença	186
Tabela 20 População residente segundo cor ou raça em Juiz de Fora, Minas Gerais e Brasil, 2010	192
Tabela 21 Situação das acusadas quanto aos antecedentes	195
Tabela 22 Critérios extralegais/Pena-base no crime de tráfico (Art.33 da Lei nº. 11.343/2006)	204

Tabela 23 Critérios extralegais/Pena-base na associação para o tráfico (Art.35 da Lei nº. 11.343/2006).....	204
Tabela 24 Pena definitiva no crime de tráfico (Art.33 da Lei nº. 11.343/2006)	205
Tabela 25 Pena definitiva na associação para o tráfico (Art.35 da Lei nº. 11.343/2006).....	206
Tabela 26 Recurso de apelação defensivo	213

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. ou arts. – artigo ou artigos

CAC – Certidão de Antecedentes Criminais

CFB – Constituição Federal Brasileira

CPB – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

FAC – Ficha de Antecedentes Criminais

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

INFOPEN – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

JF – Juiz de Fora

MG – Minas Gerais

SEEDS/MG – Secretaria de Estado e Defesa Social de Minas Gerais

SISCOM – Sistema de Informatização dos Serviços das Comarcas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

UFJF – Universidade Federal de Juiz de Fora

VEC – Vara de Execuções Criminais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A MULHER E A CRIMINALIDADE.....	20
1.1 Do determinismo biológico ao gênero.....	23
1.2 Hipóteses sobre a subrepresentação da mulher nas estatísticas criminais.	31
<i>1.2.1 O curso não aparente ou encobrimento da violência feminina.....</i>	<i>32</i>
<i>1.2.2 Participação criminosa juridicamente irrelevante.</i>	<i>33</i>
<i>1.2.3 A cifra negra.....</i>	<i>33</i>
<i>1.2.4 A discriminação por parte da opinião pública e da polícia.....</i>	<i>34</i>
<i>1.2.5 A discriminação pelo Legislador e pelo Judiciário.</i>	<i>36</i>
<i>1.2.6 Diferenças sociais entre homens e mulheres.....</i>	<i>39</i>
<i>1.2.7 Diferenças na composição física e psíquica entre homens e mulheres.....</i>	<i>41</i>
<i>1.2.8 A criminalidade feminina e a prostituição.</i>	<i>43</i>
1.3 A mulher como sujeito criminoso.....	44
1.4 A mulher no tráfico de drogas.....	49
2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS	61
2.1 A legislação anterior.....	61
2.2 Os diferentes movimentos de política criminal antidrogas.....	62
2.3 A lei nº. 11.343/2006 e as dificuldades na diferenciação entre usuários e traficantes.	66
2.4 Crimes de tráfico: penalização, causas de aumento e diminuição e vedação de benefícios processuais.....	73
2.5 Processamento dos crimes de tráfico de drogas na Lei nº. 11.343/2006.	80
3 A ATIVIDADE JUDICATIVA NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO	83
3.1 A significação da atividade judicativa.	85
3.2 O Poder Judiciário e os sistemas de orientação da magistratura brasileira.....	91
3.3 Os magistrados e a subjetividade.....	96
4 ESTUDOS DE “SENTENCING” E A METODOLOGIA EMPREGADA.....	102
4.1 Modernidade e a pesquisa em “sentencing”.....	103
4.2 Os modelos teóricos em estudos de “sentencing”.....	106
<i>4.2.1 Modelo teórico sociobiográfico.....</i>	<i>107</i>

4.2.2 Modelo teórico antropológico.....	107
4.2.3 Modelo teórico sócio-estrutural.....	107
4.2.4 Modelo teórico sociocognitivo.....	108
4.3 Categorias de análise e metodologia em estudos de “sentencing”.....	108
4.3.1 A abordagem tradicional da “sentencing”.....	109
4.3.1.1 Sobre a influência dos critérios legais na sentença.....	109
4.3.1.2 Sobre a influência dos critérios extralegais na sentença.....	112
4.3.2 A abordagem sociológica da “sentencing”.....	117
4.4 A Sentença Condenatória no Direito Penal brasileiro.....	119
5 O DESENHO DA PESQUISA.....	128
5.1 Considerações iniciais.....	128
5.2 A fase preliminar da pesquisa de campo.....	129
5.3 O ingresso no campo e a coleta de dados.....	134
5.3.1 A pesquisa na 4ª Vara Criminal.....	136
5.3.2 A pesquisa na 1ª Vara Criminal.....	137
5.3.3 A pesquisa na Vara de Execuções Criminais – VEC.....	138
5.4 Do material coletado para a pesquisa.....	141
5.5 Metodologia.....	142
6 A VOZ DOS MAGISTRADOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	147
6.1 Considerações iniciais.....	147
6.2 Critérios legais e a interpretação sobre a gravidade do fato.....	147
6.2.1 Gravidade dos fatos e a tipificação dos crimes cometidos pelas acusadas.....	148
6.2.1.1 Materialidade do crime de tráfico.....	159
6.2.1.2 Autoria.....	163
6.2.1.3 Circunstancias agravantes/atenuantes e causas de diminuição/aumento de pena.....	170
6.3 Os critérios extralegais: características das acusadas por tráfico.....	178
6.3.1 Gênero na sentença penal condenatória.....	179
6.3.2 Classe social da acusada.....	188
6.3.3. Origem étnica.....	191
6.3.4 Circunstancias judiciais do artigo 59 do CPB.....	193
6.3.4.1 Culpabilidade.....	193
6.3.4.2 Antecedentes criminais.....	194

6.3.4.3 Conduta social.....	196
6.3.4.4 Personalidade.....	197
6.3.4.5 Motivos do crime.....	200
6.3.4.6 Circunstâncias e consequências do crime.....	202
6.4 Sobre a aplicação da pena-base.....	203
6.5 Sobre a fixação da pena definitiva.	204
6.6 A cultura jurídica sobre a Lei de Drogas.	209
CONCLUSÃO.....	216
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	226
ANEXO - FORMULÁRIO PARA ANÁLISE DE SENTENÇAS.....	238

INTRODUÇÃO

Os estudos sobre o universo legal e judiciário, focando a descrição e compreensão de sua estrutura e entraves, cresceram nos últimos anos no Brasil. Recentemente, a discussão sobre a eficiência ou ineficiência do Sistema de Justiça Criminal em processar adequadamente os delitos que chegam ao seu conhecimento tem motivado a produção de relevantes estudos sobre o fluxo do sistema de justiça criminal em nosso país, que demandam o levantamento de numerosas informações e a construção de bancos de dados sobre uma modalidade de infração penal, desde sua notificação à Polícia até o julgamento (VARGAS, 2002; MISSE e VARGAS, 2007; VARGAS, 2007 e SOUZA, 2009).

O presente estudo visa contribuir para a linha de pesquisas sobre o universo jurídico-penal, recorrendo à “*Theory of sentencing*” ou, simplesmente, “*sentencing*”, corpo teórico que vem ganhando adeptos internacionalmente, mas ainda pouco debatido no Brasil. Essa perspectiva teórica se apresenta como significativo instrumento de análise em estudos de sentenças, capaz de fornecer elementos conceituais aplicáveis à compreensão das condicionantes diretas que envolvem a atividade judicante, revelando as microlitigiosidades presentes no complexo da prática judiciária a partir das perspectivas tradicional (quantitativa) e sociológica (qualitativa) da “*sentencing*” (MARTINS, 2011).

No presente trabalho, o tema a ser explorado sob esta perspectiva é a resposta do Sistema de Justiça Penal à criminalidade feminina relacionada ao tráfico de drogas. Interessa desvendar os elementos que influenciam a tomada de decisões pelos magistrados e como esses operam a racionalização da cultura judiciária, do contexto político-institucional, das circunstâncias legais e extralegis relacionadas aos casos sob análise, buscando desvendar, por fim, *se e como* tais condicionantes influenciam no decreto condenatório de mulheres pelo tráfico de drogas e no *quantum* da pena fixada.

Em seu objeto convergem elementos que caracterizam as particularidades do processo de adjudicação criminal, que pode revelar a parcialidade e desigualdade dos tribunais na atribuição de penas díspares em sentenças de casos semelhantes, bem como elementos que contribuem para a compreensão das particularidades que informam o comportamento delituoso feminino. O interesse por esses elementos decorre da constatação da escassez de estudos sobre a atuação dos magistrados brasileiros e seu processo decisório, bem como do grande incremento da representação da mulher nas estatísticas criminais na última década, principalmente pelo envolvimento com o tráfico (LEMGRUBER, 1983; SOUZA, 2009).

De um lado, buscaremos identificar e analisar os condicionantes da sentença judicial para os crimes definidos no “*Capítulo II – Dos Crimes*”, artigos 33 a 47, da Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e os elementos que caracterizam as disparidades das penas aplicadas. E de outro, buscaremos revelar os elementos que o processo de incriminação das mulheres envolvidas com o tráfico em Juiz de Fora.

O foco da análise recairá sobre os processos judiciais e suas peças de instrução¹, centrando-se nas sentenças criminais (condenatórias e/ou absolutórias) proferidas em processos julgados pela Justiça Estadual em 1ª instância².

A proposta é examinar tais sentenças criminais sob a luz das perspectivas sociológicas sobre o processo de tomada de decisões no judiciário e sobre a relação entre gênero, criminalidade e tráfico de drogas.

Nesse contexto de constituição da penalização, surgem questões sobre como se dá a construção da argumentação dos magistrados; como são recebidas as teses da defesa e da acusação; que elementos presentes nos autos são invocados como fundamentos da decisão, a menor ou maior relevância atribuída a estes; como são relacionados na sentença os fatores agravantes e atenuantes, o perfil socioeconômico das mulheres processadas e julgadas, bem como aquelas decorrentes da relação entre o gênero e o crime de tráfico.

A pesquisa foi realizada no Fórum da Comarca de Juiz de Fora, cidade da Zona da Mata mineira. Contando com uma população de aproximadamente meio milhão de habitantes³, Juiz de Fora ocupa, hoje, lugar de referência no estado de Minas Gerais em qualidade de vida e desenvolvimento socioeconômico. Nesse sentido, Beato Filho (1998) chama a atenção para a predominância de várias modalidades de criminalidade violenta em cidades de médio e grande porte e com índices de desenvolvimento humano elevados.

Cohen e Felson (1979, p. 592-593) destacam estudos sobre criminalidade que levantaram a hipótese de que o crescimento de ocorrências criminais estaria relacionado à

¹ No caso de processos criminais por tráfico de drogas, segundo o procedimento da Lei nº. 11.343/2006, podemos citar as seguintes peças da instrução: Inquérito Policial, Denúncia, Defesa Prévia, Contestação, Réplica, Atas de Audiências de Instrução e Julgamento, Memoriais, Sentença, dentre outras.

² A Justiça Estadual divide-se em duas instâncias. A primeira instância é representada pelos Juízes de Direito (juízes singulares), pelo Tribunal do Júri (que julga crimes dolosos contra a vida) e pelos Juizados Especiais (cíveis e criminais), cujas decisões consubstanciam-se em sentenças. Caso as partes do processo se insurjam contra a decisão podem impetrar o recurso cabível, que será analisado em segunda instância. A segunda instância é representada pelo Tribunal de Justiça (TJ), órgão colegiado composto por Desembargadores, sendo que os recursos são julgados por pelo menos 03 Desembargadores, cuja decisão, chamada de Acórdão, pode reformar ou manter a sentença.

³ Segundo resultados preliminares do Censo de 2010, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população de Juiz de Fora é de 517.872 habitantes.

melhoria dos indicadores de desenvolvimento socioeconômico, devido ao aumento nas oportunidades para a prática de ilícitos.

De todo modo, consideramos que a pertinência dessa hipótese depende da consideração das variáveis sócio-estruturais que venham a caracterizar o objeto da pesquisa e o local de seu estudo. Ou seja, a relação entre o desenvolvimento econômico de uma dada região e o incremento dos índices de criminalidade poderá ser verificada apenas no estudo de casos concretos, considerados os diferentes graus de desenvolvimento socioeconômico de uma cidade ou região, os tipos de infrações penais que predominam nas estatísticas criminais, as características daqueles que as praticam, bem como das áreas de concentração da criminalidade, etc.

Nesse sentido lembramos, por exemplo, que, em diagnóstico sobre a criminalidade em Juiz de Fora, Gaio (2008) registra que os crimes considerados violentos (homicídio, homicídio tentado, roubo, sequestro, estupro e agressões), além de crimes contra a propriedade, não estão concentrados em locais pobres da cidade. A incidência é maior em áreas onde se encontram zonas comerciais e bancárias estruturadas.

Para Wilson e Herrenstein (1985 *apud* LUCAS, 2010, p. 33), cidades com maior desenvolvimento são dotadas de características que diminuem a eficácia das formas tradicionais de controle social, como grande número de pessoas anônimas e famílias mononucleares.

Lucas (2010, p. 15) argumenta que, enquanto centro urbano de médio a grande porte, Juiz de Fora apresenta elevado Índice de Desenvolvimento Humano – IDH⁴, “*altas densidades demográficas, aglomerações habitacionais desordenadas e notáveis diferenciais intra-urbanos quanto às condições socioeconômicas e de saúde, além de fatores que condicionam a ocorrência de crimes contra o patrimônio e a pessoa e crimes violentos*”.

Outra razão para o desenvolvimento desta pesquisa em Juiz de Fora está na carência de estudos deste tipo em cidades do interior, posto que grande parte da literatura nacional sobre o tema foca a criminalidade nas capitais estaduais e regiões metropolitanas, como veremos a seguir.

Diante do projeto que nos mobilizou e visando alcançar os objetivos mencionados, desenvolvemos este trabalho em duas partes. Inicialmente, apresentamos uma revisão da

⁴ O IDH varia entre 0 e 1, considera indicadores como acesso à educação básica (taxa de alfabetização e taxa de matrícula em todos os níveis de ensino), Produto Interno Bruto (PIB) per capita (corrigido pelo poder de compra de cada moeda) e saúde (expectativa de vida ao nascer). Tais indicadores têm a mesma importância na composição do índice (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD, 2008).

literatura sobre: a criminalidade feminina e o seu incremento nas últimas décadas; sobre a legislação brasileira antidrogas; sobre a significação no processo de tomada da decisão judicial; e sobre a contribuição da perspectiva teórica e metodológica da “*sentencing*” para o estudo da atividade judicativa e das disparidades das penas. Em seguida, empreendemos as análises do estudo, ou seja, expomos os dados coletados e as reflexões sobre os mesmos a partir de toda a literatura sociológica revisada.

No **Capítulo 1**, fazemos uma breve incursão sobre as perspectivas sociocriminológicas a respeito da mulher como sujeito criminoso, passando pelas teorias criminológicas clássicas e chegando à criminologia feminista e moderna, expomos as teses que buscaram explicar a menor representação da mulher nas estatísticas criminais, com ênfase no debate sobre “*se*” e “*como*” as diferenças de gênero repercutem nos padrões gerais da criminalidade.

Ainda neste capítulo, indicamos os estudos e as estatísticas oficiais que apontaram para o incremento nas taxas de criminalidade feminina em nosso país na última década, com destaque para as observações sobre o crescente aprisionamento pelo crime de tráfico de drogas, sobre as possíveis razões para a inserção das mulheres nessa atividade ilícita e sobre as funções por elas desempenhadas.

No **Capítulo 2**, versamos sobre a configuração e os pressupostos do crime de tráfico de drogas em nosso ordenamento jurídico-penal; as dificuldades na diferenciação entre as figuras do usuário e do traficante, bem como sobre a política criminal antidrogas adotada pelo Legislador através da Lei nº. 11.343/2006.

Em seguida, no **Capítulo 3**, fazemos uma incursão no debate acerca da significação da atividade judicante; do papel institucional do Judiciário, da cultura jurídica e dos sistemas de orientação dos magistrados brasileiros.

Para, então, expor no **Capítulo 4** as contribuições teóricas e metodológicas da “*Theory of sentencing*” no estudo do processo de tomada de decisões judiciais desde um ponto de vista essencialmente sociológico, através da análise do papel do sistema penal dentro do contexto social, indagando, sobretudo, acerca da eventual contribuição da justiça penal na reprodução de desigualdades, preconceitos e senso comum. Assim, são apresentadas as origens e fundamentos desse corpo teórico, as diferentes perspectivas e modelos metodológicos desenvolvidos ao longo dos anos, assim como as diferentes categorias de análise empregadas na busca pelos fundamentos da decisão judicial e pela lógica que opera sobre o raciocínio dos magistrados na fixação da condenação penal.

Ainda num momento de reflexão sobre o marco teórico e metodologia escolhidos, no **Capítulo 5**, apresentamos o caminho trilhado durante a pesquisa de campo realizada nas Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais, explicitando como se deu a coleta de dados, qual a metodologia adotada na análise de conteúdo das sentenças judiciais, bem como as categorias analíticas eleitas em conformidade com o arcabouço teórico pertinente ao objeto do estudo.

Por fim, no **Capítulo 6**, apresentamos os dados coletados e as análises do estudo, buscando identificar no conteúdo das sentenças judiciais elementos relacionados às categorias analíticas elencadas na metodologia e que permitam inferências sobre o processo de tomada da decisão pelos magistrados. E na conclusão desta dissertação fazemos uma sistematização das conclusões gerais deste estudo.

1 A MULHER E A CRIMINALIDADE

Geralmente, os estudos criminológicos conferem maior destaque à violência praticada contra a mulher, que figura como vítima de variadas formas de opressão, dominação e agressão, seja por abuso físico, psicológico, social e/ou sexual. E graças à inexpressividade das taxas de criminalidade feminina e à quase exclusividade masculina na criminalidade violenta, as mulheres como sujeitos criminosos foram historicamente negligenciadas nestes estudos (RATTON *et al.*, 2011).

Soares e Ilgenfritz (2002, p. 63) registram que raras são as pesquisas sobre a criminalidade feminina e, quando existem, problematizam o tema em “*títulos acessórios, em curtos capítulos subsidiários, de obras que privilegiam sempre o criminoso masculino*”.

No mesmo sentido, argumenta Almeida,

Raros são os livros e debates que contemplam a mulher como autora de crimes. Quando muito, na literatura criminológica ou em romances, a mulher é tratada como co-autora, cúmplice ou arquiteta de crimes, e raramente como criadora de sua criminalidade (ALMEIDA, 2001, p. 99).

O destaque na produção criminológica é para a criminalidade em geral, que vem sendo histórica e hegemonicamente interpretada como um fenômeno masculino, tendência que, por vezes, obscurece as características da conduta feminina desviante e criminosa (RATTON *et al.*, 2011).

Nesse sentido, Herrington e Nee (2005) recordam que o debate acadêmico, geralmente, trata o crime e a criminalidade como um domínio do masculino⁵, ponto de vista endossado pelas estatísticas oficiais, que há muito indicam os homens como indivíduos mais propensos, que as mulheres, a figurar como agressores e vítimas de uma grande variedade de atos criminosos. Citando Heidensohn (1994), as autoras argumentam que as mulheres cometem crimes menos graves e de modo não profissional (teriam carreiras criminosas mais curtas), representando uma pequena parcela de todos os crimes relatados às agências de controle e justificando uma menor representação no Sistema de Justiça Criminal.

Sánchez (2004) destaca a escassez de estudos sistematizados sobre a evolução da delinqüência feminina na América Latina como consequência da marginalização das investigações criminológicas sobre a mulher, por vezes apontadas como excessivamente particularizadas e inaplicáveis à população desviante em geral.

⁵ Como exemplos desta perspectiva, as autoras citam os trabalhos de Campbell (2002); Heidensohn (1994) e Leonard (1982).

Nos países latino-americanos muitos trabalhos sobre criminalidade partem da perspectiva masculina, ou seja, empregam o gênero masculino como paradigma do humano, sendo os seus resultados considerados verdades universais. Tais estudos constituem uma “*sobre generalização*” que desvirtua a objetividade, estendendo às mulheres interpretações sobre condutas, necessidades e interesses essencialmente masculinos (SÁNCHEZ, 2004).

O mesmo não acontece em outras partes do mundo, em especial nos países anglo-saxões, onde a produção de trabalhos e estudos sobre a criminalidade feminina têm sido mais frequente, desde os anos 1940-1950, oferecendo uma literatura abundante sobre gênero e delinqüência, ainda que nesses países os estudos sobre a criminalidade masculina predominem.

Não obstante, uma transposição automática destes trabalhos para países com as características do Brasil geraria uma representação falsa sobre os perfis da delinqüência feminina, uma vez que a criminalidade, assim como qualquer outro fenômeno social, varia conforme as condições sócio-estruturais e a regulamentação jurídico-penal características de cada sociedade.

No Brasil, encontramos um grande número de estudos sobre a constante vitimização da mulher em diferentes contextos e sobre a violência de gênero⁶, adiante veremos que, apenas recentemente, a academia brasileira tem se esforçado para desenvolver estudos sobre a agência feminina desviante e criminoso, a fim de promover a compreensão deste fenômeno em nosso país. Consideramos, porém, que nos estudos sobre a criminalidade feminina o interesse não está apenas na constatação do crescente aprisionamento de mulheres, mas também na identificação da forma de inserção destas no crime e do seu perfil na vida criminal.

Como visto, as análises sobre a mulher e a criminalidade relacionam-se diretamente com o elemento gênero. O conceito de gênero⁷ nos remete a um sistema de representações socioculturais elaboradas a partir da diferença biológica entre os sexos. Enquanto o sexo diz

⁶ Entendemos violência de gênero como “cada violação interpessoal, organizacional ou politicamente orientada perpetrada contra pessoas devido à sua identidade de gênero, orientação sexual, ou localização nos sistemas sociais de hierarquia de dominação masculina tais como família, organizações militares ou do mercado de trabalho. Muito da violência nas sociedades contemporâneas serve para assegurar o sistema assimétrico de poder de gênero (...) Ampliando nossas lentes analíticas, seremos capazes de incorporar importantes conexões entre violência contra homens e mulheres heterossexuais, lésbicas e gays, e crianças, e sugerir importantes questões a respeito da violência interpessoal e estrutural para futuras análises” (O’TOOLE e SCHIFFMAN, 1997 apud IZUMINO, 2003, p. 75).

⁷ O uso desse conceito supera a explicação estritamente biopsicológica para a diferença existente entre as condutas e papéis atribuídos a homens e mulheres na sociedade. Como veremos mais adiante, isso impacta sobre os estudos que visam explicar o crime e a menor incidência de mulheres criminosas.

respeito ao atributo anatômico, o termo gênero abarca o desenvolvimento das noções de masculino e feminino como construção social.

Esse sistema de representações relacionadas ao gênero é fonte de significados para os indivíduos no interior da sociedade. Segundo De Lauretis (*apud* OLIVEIRA, 2006, p. 16), gênero é, portanto, “*algo de natureza relacional que atravessa e constrói identidades de homens e mulheres, condicionando suas percepções de mundo*”.

Sendo assim, os estudos criminológicos sobre a mulher devem considerar a especificidade da condição feminina e apreciar os efeitos positivos e negativos das circunstâncias que permeiam sua socialização.

De outro lado, temos que teorias desacreditadas no âmbito da análise criminológica em geral, como as que recorriam a paradigmas biopsicológicos e clínicos, foram largamente utilizadas para explicar a delinquência feminina. Na contramão do determinismo biopsicológico, encontramos os autores que se socorreram do paradigma psicossocial. Porém, em ambos os modelos explicativos, a mulher delinquente desvia-se de seus papéis e é masculinizada⁸.

Os inúmeros trabalhos criminológicos fundados no biologismo, no psiquismo e no sociologismo para explicar a sub-representação da criminalidade feminina nas estatísticas prisionais, refletiram exclusivamente pontos de vista masculinos (machistas), dos quais são exemplos, os trabalhos dos penitenciaristas brasileiros Lemos de Brito, Candido Mendes e Vítório Caneppea, fiéis à teoria lombrosiana⁹ (SOARES e ILGENFRITZ, 2002, p. 66).

Nas décadas de 1960-1970, com o incremento do feminismo, ganhou força a tese de que com a modernização das sociedades ocorreria uma equalização das oportunidades para os sexos, sendo que com a entrada da mulher no mercado de trabalho haveria um incremento da criminalidade feminina e uma conseqüente redução na diferença entre os gêneros nas estatísticas criminais.

Contudo, essa tendência de crescimento da criminalidade feminina, decorrente das conquistas feministas, não se confirmou. Pelo menos, não com a intensidade esperada. As transformações nos crimes femininos foram menos quantitativas e mais qualitativas, ou seja, no lugar do incremento das estatísticas, ocorreu a diversificação e o agravamento dos tipos penais praticados por mulheres. No Brasil, destaca-se o crescente envolvimento da mulher em

⁸ Uma interessante discussão a respeito dessa representação masculinizada da mulher criminosa pode ser encontrada na pesquisa desenvolvida por Herrington e Nee (2005), que investigou o argumento segundo o qual mulheres agressoras são mais masculinas em suas atitudes e crenças que as mulheres não ofensivas.

⁹ Cesare Lombroso (1835-1909) defendeu a concepção segundo a qual as características genéticas/hereditárias determinam o comportamento agressivo.

delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes (LEMGRUBER, 1999; SOARES e ILGENFRITZ, 2002; SOUZA, 2009).

A seguir, faremos uma breve incursão sobre as abordagens teóricas que versaram sobre a agência feminina e o comportamento criminoso ou desviante, enfatizando o debate sobre “*se*” e “*como*” as diferenças de gênero repercutem nos padrões gerais da criminalidade.

1.1 Do determinismo biológico ao gênero.

Muitas são as interpretações sobre as causas da desigualdade entre as taxas de criminalidade feminina e masculina, sendo que por um longo tempo as explicações fundaram-se em distinções entre homens e mulheres decorrentes de características físicas e psicológicas. A princípio, fatores sócio-estruturais receberam pouca atenção da literatura criminológica.

Desconsiderando questões sociais, econômicas e culturais, Lombroso e Ferrero em seu trabalho pioneiro sobre o tema, *A Mulher Criminosa* (1895), analisaram a questão da criminalidade feminina e da subrepresentação desta nas estatísticas criminais a partir de uma perspectiva puramente biológica, segundo a qual a mulher apresentaria menor tendência ao crime porque evoluíra menos que os homens, sendo organicamente mais passiva e conservadora.

Como se sabe, Lombroso defendeu a tese do “*criminoso nato*” apoiada sobre o determinismo biológico, concepção segundo a qual as características genéticas/hereditárias determinam o comportamento agressivo, ou seja, alguns sujeitos teriam uma predisposição biológica ao crime. O criminoso seria reconhecível a partir de seus traços físicos e fenotípicos, isto é, características como tamanho do crânio, tipo de sobrancelhas, formato da testa, etc. Traços físicos de humanos considerados “*feios*” ou “*ameaçadores*” acabavam relacionados à violência.

Para Lombroso, o “*criminoso nato*” seria aquele com pelo menos quatro das características biológicas (“*estigmas atávicos*”) que segundo o autor indicavam a predisposição ao crime. Estas constituíam sua tipologia, às quais denominava “*sinais de degenerescência*”.

Entretanto, na análise sobre a mulher criminosa, Lombroso e Ferrero constataram que esta não apresentava de forma consistente e em igual número os mesmos “*sinais de degenerescência*” característicos do homem criminoso. Os autores atribuíram esta constatação ao fato de as mulheres terem evoluído menos que os homens, basicamente porque o estilo de vida delas era menos ativo, mais sedentário e desprovido de desafios.

Segundo Shoham (1974 *apud* SMART, 2008), atualmente, o mito lombrosiano na criminologia e os poucos partidários contemporâneos da abordagem biofisiológica para a gênese do crime, são considerados um triste episódio que retardou o desenvolvimento do campo em quase meio século.

Como exemplos de trabalhos que seguem orientação lombrosiana citamos *Sex and Society* de Thomas (1907) e *Delinquency in Girls* de Cowie, Cowie e Slater (1968).

Em artigo intitulado *On a Difference in the Metabolism of the Sexes* (1897), Thomas afirma que diferenças sexuais são explicadas através dos conceitos de “*macho catabólico*” (no sentido de destruição de energia num processo que resulta em criatividade) e de “*fêmea anabólica*” (no sentido de armazenamento de energia num processo que resulta em passividade)¹⁰. Nessa abordagem, a diferença entre o comportamento de homens e mulheres e, por conseguinte, de seu grau de envolvimento com o crime estaria, em geral, relacionada a determinantes fisiológicos. O autor reitera esse argumento, em 1907, através de *Sex and Society*.

Indo além dos determinantes fisiológicos de Thomas, o trabalho de Cowie, Cowie e Slater revela-se como um exemplar da atualização da ideologia lombrosiana, posto que foi publicado em 1968. Ao analisar as diferenças entre a delinqüência masculina e feminina os autores afirmam,

As diferenças entre os sexos na predisposição hereditária (para o crime) podem ser explicadas através de genes ligados ao sexo. Além disso, o modelo da personalidade feminina, mais tímida, menos empreendedora, pode protegê-la contra a delinqüência (*apud* SMART, 2008, p. 8, *tradução nossa*).

Cowie, Cowie e Slater incorporam à sua análise conceitos genéticos, afirmando a existência de diferenças cromossômicas entre homens e mulheres. Para os autores, a estrutura cromossômica de homens (XY) e de mulheres (XX) é alterada entre indivíduos portadores de comportamento desviante. Homens e mulheres criminosos seriam dotados de um cromossoma Y excedente, o qual seria determinante no desenvolvimento de um tipo de masculinidade que

¹⁰ A fim de ilustrar essa proposição de Thomas (1897, s/n, tradução nossa), nos valem de passagem em que o autor relaciona personagens literários aos conceitos de “*macho catabólico*” e “*fêmea anabólica*”: “A história da arte também está intimamente associada ao fator sexo. Mulher tem sido historicamente a portadora do sentimento social, devido a sua capacidade de sentir, e o homem tem sido o portador da vontade social, devido a sua capacidade de ação. A arte é uma expressão generalizada de qualquer fase da vida afetiva. Há na arte o que podemos chamar de motivos masculinos puros, representando o perturbador, o militante, o catabólico do homem: Prometeu e Hamlet e Laocoonte em conflito com as circunstâncias. Pinturas históricas e poemas épicos e dramáticos freqüentemente contêm este motivo. De outro lado, personagens como Penélope, Antígona, Dorothea Brooke representam o que podemos chamar de o motivo feminino na arte, representando a capacidade da mulher para o sacrifício. Mas a situação artística por excelência é a representação suavizada do fato biológico de que o macho catabólico procura a fêmea anabólica – a afinidade de Romeu e Julieta, de Caponsacchi e Pompilia”.

predisporia ao crime. Acrescentam, ainda, que tais desequilíbrios cromossômicos seriam mais raros em mulheres, mas não apresentam qualquer comprovação científica.

Tanto os trabalhos de Thomas, quanto o de Cowie, Cowie e Slater desenvolvem-se a partir da falsa premissa de que comportamentos ditos masculinos ou femininos são determinados biologicamente. Os autores parecem ignorar a influência de fatores culturais sobre a estruturação de comportamentos sociais, conforme demonstrou Mead em seu *Sexo e Temperamento* (1979). Ao estudar determinadas sociedades ditas *primitivas*, a autora encontrou homens e mulheres com comportamentos distintos daqueles esperados em decorrência da pertença ao sexo masculino e feminino, se considerados os padrões que regem a cultura ocidental.

Já para Freud, a mulher destina-se às funções de esposa e mãe, papéis que lhes são biológica, social e culturalmente atribuídos, assim, o crime feminino representa uma rebelião contra esses papéis representando um “*complexo de masculinidade*”.

Segundo a interpretação proposta por Freud, a mulher “*saudável*” seria a mãe-narcisista, cuja satisfação está no culto à beleza e no exercício da maternidade, ou, ainda, a mulher masoquista, cujo prazer reside na passividade no sexo e na dor infligida pelo homem. Nessa perspectiva, a mulher criminosa é aquela que tenta ser um homem, por não conseguir se adequar ou aceitar os papéis que lhe são atribuídos.

Embora apresentem fundamentos distintos, a argumentação de Lombroso, Ferrero e Freud se aproximam ao caracterizar a mulher criminosa como desviante de seus papéis e masculinizada.

Smart (1978 *apud* LEMGRUBER, 1983, p. 12) lembra que esse mito produz uma dupla condenação da mulher delinquente, efetivada através do processo penal e da rotulação (BECKER, 1977, 2008; LEMERT, 1951) e estigmatização (GOFFMAN, 1988) social como biológica e sexualmente anormal, endossando algumas colocações de Lombroso e Ferrero, em cujas palavras: “*Como uma dupla exceção, a mulher criminosa é um monstro*”.

Em 1950, Pollak publicou o seu *The Criminality of Women*, introduzindo algumas ideias novas e explicações, aparentemente, relacionadas a fatores sócio-estruturais. Segundo Ratton *et al.* (2011), o autor combinou fatores biológicos, psicológicos e sociológicos para explicar a delinquência feminina, construindo uma importante obra sobre violência e gênero. Ele foi pioneiro ao defender a tese de que a quantidade de crimes praticados por homens e mulheres seria muito próxima. Contudo, os crimes femininos seriam menos detectados e, por isso, subrepresentados nas estatísticas criminais.

Pollak afirmou que os crimes ditos “*tipicamente femininos*”¹¹ seriam mais facilmente dissimulados (“*mascarados*”) e raramente relatados às agências de controle. O argumento congrega a afirmação de uma suposta habilidade para falsear inerente às mulheres, combinada à influência hormonal e as circunstâncias tipicamente femininas (menstruação, gravidez, menopausa e estado puerperal, por exemplo).

Além de serem beneficiadas pela existência da chamada “*cifra negra*”¹² da criminalidade feminina, Pollak aponta que as mulheres seriam agraciadas com uma maior indulgência paternalista dos homens de seu convívio, bem como uma suposta condescendência do Sistema de Justiça Criminal na detecção, na persecução e no julgamento dos seus crimes.

Embora, à primeira vista os argumentos de Pollak pareçam baseados em fatores sócio-estruturais, surge como central em sua tese sobre a subrepresentação da criminalidade feminina a noção de que a mulher é dotada de uma capacidade natural para enganar, relacionada à sua fisiologia. Nesse sentido, o autor escreve,

pouca atenção foi dada ao fato fisiológico de que o homem deve atingir a ereção no ato sexual e não pode esconder uma falha... uma pretensa resposta sexual é impossível para ele... o corpo da mulher, no entanto, permite de certo modo, tal pretensão e a falta de orgasmo não a impede de participar do ato sexual (*apud* LEMGRUBER, 1983).

Ao analisar essa fala do autor, Smart (1978 *apud* LEMGRUBER, 1983) afirma que Pollak parece desconhecer o desequilíbrio de poder entre homens e mulheres, o que muitas vezes coage a mulher à prática do ato sexual mesmo contra sua vontade.

Smart reconhece a importância do trabalho de Pollak para o estado atual do nosso conhecimento sobre a criminalidade feminina, alinhando-o na tradição ideológica de Lombroso, Ferrero, Cowie, Cowie e Slater, mas ressalta que as conclusões do autor apresentam algumas variações interessantes, como indicar que as mulheres seriam biológica e socialmente favorecidas com uma maior habilidade para a prática de crimes alcançando a impunidade. Ele argumenta,

Por exemplo, ele [Pollak] não assume que menos mulheres do que os homens cometem crimes, na verdade, ele argumenta que as mulheres são os criminosos mais capazes biológica e socialmente, elas estão bem equipadas para mentir, enganar e trapacear. Por conseguinte, ele argumenta que elas cometem crimes hediondos, mas nunca são presas e, assim, ele dá um apoio considerável à visão teológica e do senso-comum que as mulheres são naturalmente mais más do que os homens. Ele

¹¹ Como exemplos são citados os crimes praticados na esfera doméstica, contra parentes e pessoas próximas, determinados por alterações hormonais e psíquicas vivenciadas exclusivamente por mulheres.

¹² A cifra negra ou oculta é um termo largamente empregado para designar a diferença entre o número total de crimes praticados e o número que chega efetivamente ao conhecimento das autoridades policiais.

sustenta o fato de que as mulheres instigam crimes e manipulam o crédulo sexo masculino, enganando-o, em outras palavras, as mulheres são a causa da queda de outros. A capacidade de ser manipuladora é, de acordo com Pollak, devida ao fato fisiologicamente fundamentado de que as mulheres podem esconder suas 'emoções positivas' durante a relação sexual, enquanto os homens não podem, eles devem conseguir uma ereção. (SMART, 2008, p. 10, *tradução nossa*).

Já em estudo publicado em 1955, Palmiere e De Mennato (*apud* MOREIRA, 2007) sustentam que na Itália houve um aumento da criminalidade feminina quando, nos anos de guerra, as mulheres começaram a assumir ocupações antes exercidas apenas por homens, sendo que o ano de 1918 se destaca em relação aos anteriores. Os autores concluíram que o aumento do aprisionamento feminino em 1918, que se atenuou nos anos seguintes, mostrou tendência de proporções reduzidas, a se estabilizar pela maior participação da mulher na vida pública e na atividade privada.

Ao analisar tal assertiva, Moreira (2007) ressalta que durante o período de guerra ocorrem alterações significativas em valores tradicionais, a assunção de novas posições sociais pelas mulheres, bem como o afastamento das categorias de homens normalmente relacionadas à maior frequência criminosa. Sendo assim, as transformações notadas por Palmiere e De Mennato não são passíveis de generalizações, sem que seja ponderada cuidadosamente a influência do caráter excepcional da situação por eles estudada sobre as taxas de criminalidade.

Nos anos 1960-1970 houve uma mudança significativa nos estudos sobre criminalidade feminina. A partir da teoria dos “*papéis de gênero*” desenvolveram-se abordagens que negavam as explicações fundadas apenas no biologismo, psiquismo e sociologismo, direcionando o foco da análise para fatores relacionados a diferenças na socialização entre indivíduos do sexo masculino e feminino e nas reações sociais ao crime.

Hoffman e Bustamante (*apud* LEMGRUBER, 1983) buscam demonstrar que a diferente socialização das meninas em nossa cultura relaciona-se ao tipo de ofensas cometidas por mulheres e à natureza de sua participação em delitos. Segundo os autores, socializadas para adotar um comportamento passivo e não agressivo, as mulheres tendem a se envolver em crimes não violentos e a assumir papéis secundários e auxiliares ao lado dos homens de seu convívio.

Smart (1978 *apud* LEMGRUBER, 1983, p. 14) indica duas principais limitações sobre a “*teoria dos papéis*”. Primeiro, a teoria não analisa as origens sociais dos “*papéis*”¹³ e não levanta a questão da motivação e da intenção como parte integrante da criminalidade

¹³ Para o autor a teoria dos papéis não investiga o desenvolvimento da divisão social do trabalho entre os sexos, não explica a natureza da inferioridade de status feminino, sob os pontos de vista histórico, econômico e cultural.

feminina, deixando de elucidar porque determinado número de mulheres chegam à prática efetiva de crimes.

Com o fortalecimento dos Movimentos Feministas a partir dos anos 1960-1970, surgiram também inúmeros estudos sobre a criminalidade feminina que se desdobraram em várias vertentes e posturas críticas. Para Espinoza (2002, p. 50), o mais importante é que esses trabalhos críticos “*conseguiram tornar visível a criminalidade feminina e abriram caminhos para o surgimento de novas teorias, que desde uma perspectiva de gênero, consolidaram a criminologia feminista*”.

Espinoza (2002) argumenta que a criminologia feminista, com um perfil mais crítico, buscou questionar os estereótipos sexistas que alimentam as teorias da criminologia clássica e positivista, cujas premissas inadequadas converteram-se em instrumento de controle sobre as mulheres, reproduzindo e intensificando as condições de opressão pela imposição de um padrão de normalidade.

A criminologia feminista elegeu como objeto de estudo as circunstâncias sociais e históricas que afetam as mulheres infratoras e as mulheres em geral, bem como outros grupos marginalizados da sociedade.

Baratta (1999, p. 19) assinala que com a criminologia feminista a análise da posição desigual da mulher no Direito Penal, “*seja na condição de vítima ou de autora do delito - passou a ser objeto de crescente atenção por parte da Criminologia*”.

De outro lado, Di Gennaro (1975, p. 94) observa que a maior parte dos estudos dessa vertente foram empreendidos por homens, conforme ele: “*poucas mulheres, em caráter de estudo e de pesquisa, enfrentaram o assunto, que ao contrário, por razões de sexo, a elas melhor competiria*”.

De todo modo, os estudos feministas compõem uma vasta literatura sobre a falta de proteção das mulheres dentro do sistema de Justiça Penal frente à violência masculina, a baixa taxa de incriminação feminina, assim como sobre formas específicas de criminalidade (como aborto e infanticídio), retirando essas temáticas da marginalidade acadêmica.

Com os estudos da criminologia feminista ganhou força a ideia de que a modernização das sociedades promoveria a equalização das oportunidades para os sexos, inclusive nas práticas ilícitas. Sendo que com a entrada da mulher no mercado de trabalho haveria um incremento da criminalidade feminina e uma conseqüente redução na diferença entre os gêneros nas estatísticas criminais.

Segundo esta perspectiva, por exemplo, a diferença entre os gêneros nas estatísticas criminais seria menor em países economicamente desenvolvidos em comparação com países

em desenvolvimento, pois as mulheres assumiriam papéis sociais mais próximos daqueles desempenhados por homens (STEFFENSMEIER e ALLAN, 1996).

Essa proposição ficou conhecida como a tese da “*igualdade de gênero*”. A mulher, ainda que de forma enviesada e negativa, ganharia voz através de um ato de violência, saindo do espaço privado e adentrando o espaço público, antes dominado pelo homem (SOUZA, 2009, p. 654).

Herrington e Nee (2005) apontam que orientados por esta perspectiva, Adler e Simon publicaram em 1975¹⁴ trabalhos defendendo que a participação feminina nas estatísticas criminais aumentaria com a maior emancipação das mulheres e uma aparente *masculinização* do comportamento feminino a partir do Movimento de Libertação da Mulher na década de 1970. Assim, a luta feminina por igualdade de oportunidades ocorria no âmbito do comportamento lícito e ilícito. Em 1976, Lemgruber, na primeira edição de *Cemitério dos Vivos*, endossou o argumento da “*igualdade de gênero*”,

Análises das tendências verificadas nas taxas de criminalidade levam a crer que à medida que há maior participação feminina na força de trabalho e maior igualdade entre os sexos, a participação da mulher nas estatísticas criminais também aumenta (LEMGRUBER, 1983, p. 14).

Contudo, essa tendência de crescimento da criminalidade feminina, decorrente das conquistas feministas, não se confirmou. As transformações nos crimes femininos foram menos quantitativas, e mais qualitativas, ou seja, no lugar do incremento das estatísticas, ocorreu a diversificação e de certa forma o agravamento dos tipos penais praticados por mulheres (CHESNEY-LIND, 1986; STEFFENSMEIER e ALLAN, 1996).

Em meados da década de 1980, surge a hipótese da “*desigualdade de gênero*”, segundo a qual,

independente dos avanços que a militância feminista tenha alcançado, a motivação do crime feminino estaria atrelada às relações patriarcais que promovem a vitimização e dificultam o acesso das mulheres ao poder econômico. Esses obstáculos acarretariam uma maior incidência da desigualdade social sobre as mulheres, que poderia conduzi-las à ilegalidade. (...) Desta maneira, o maior protagonismo da mulher na esfera pública, conjugado às características e aos efeitos do desenvolvimento econômico (...) intensificaria as oportunidades para o cometimento de crimes vistos tradicionalmente como femininos, a saber: pequenos furtos a lojas, estelionato, contrabando etc. Excluídas da maior parte dos tipos mais lucrativos de crime, as mulheres aumentariam a sua participação nos crimes que exigem pouca habilidade criminosa, relacionados às mudanças na venda e no crédito, que se moldam aos papéis de consumidoras e chefes de família (RATTON, *et al.*, 2011, p. 5).

¹⁴ No ano de 1975 foram publicados dois importantes estudos da chamada Criminologia Feminista, quais sejam: “Sisters in crime: The rise of the new female criminal” de Freda Adler e “Women and Crime” de Rita Simon.

Vale destacar que, as teses da “*igualdade*” e da “*desigualdade de gênero*” divergem dos paradigmas biológicos e psicossociais, pois se fundamentam no conceito de gênero como construção social. Dessa forma, percebemos na produção criminológica uma crescente mitigação da relevância anteriormente conferida às diferenças biopsicológicas de gênero sob o viés determinista, cujos limites explicativos foram amplamente reconhecidos.

Os teóricos do feminismo também fizeram várias críticas às teorias tradicionais sobre o crime e o desvio. Sobre a teoria da desorganização social, que postula a existência de uma tradição ambiental ou subcultural de valores criminais que existem em uma área, independentemente de quem vive na região, os feministas alegam que seus estudos fizeram poucas referências (parêntesis) sobre as mulheres, não realizaram pesquisas qualitativas, nem estudos de caso sobre a vida das mulheres delinquentes. Segundo Thrasher (1927), um expoente da perspectiva da desorganização social, mulheres cometem menos crimes porque são supervisionadas de perto e com maior rigor pelos homens de seu convívio. Esta noção de controle patriarcal constitui a base de pelo menos uma teoria moderna, a “*teoria do poder de controle*”, defendida por Hagan, Simpson e Gillis (1987).

As “*teorias de aprendizagem*”, tais como a “*teoria da associação diferencial*” de Sutherland, são principalmente criticadas por feministas por basear-se em exemplos do sexo masculino, utilizando estudos de casos de homens apenas, e sendo uma perspectiva dominada por homens que glamoriza o criminoso do sexo masculino, ou pelo menos algumas de suas características.

As “*teorias de controle*”, como a “*teoria do laço social*” de Hirschi (1969), são criticadas, sobretudo, por concentrarem-se quase exclusivamente na classe social, ignorando o gênero e a raça. Os feministas tendem a se concentrar no sexo e na interação de gênero e raça (mulheres de cor) que têm influência causal sobre o elemento classe.

Por fim, lembramos que a literatura apresenta perspectivas sobre a penetração das teses feministas no tradicional discurso masculino da criminologia. Ratton *et al.* (2011, p. 7) agruparam estas perspectivas de acordo com duas tendências principais, quais sejam: “*a busca pela inserção da mulher nas teorias criminológicas tradicionais (...) e a recusa da criminologia tradicional, devido a uma suposta incompatibilidade entre ela e o feminismo*”. Não obstante, os autores alertam que,

Tradicionalmente, as perspectivas feministas defenderam a existência de diferenças qualitativas entre os crimes femininos e masculinos. Buscaram inserir a mulher no debate criminológico, postulando a necessidade de construir conhecimento a partir da fala das mulheres sobre elas mesmas.” [o que] “possibilitou a esta perspectiva uma abordagem mais sofisticada das relações entre gênero e crime. Entretanto,

reconhecer este avanço, não implica desqualificar ou rejeitar o debate feito nos moldes das teorias tradicionais, que também identificaram os padrões gerais da e as similaridades na criminalidade feminina e masculina, tampouco significa incompatibilizá-las com o uso de técnicas qualitativas de pesquisa. Apesar das disputas entre os paradigmas ora discutidos, é preciso forjar uma abordagem que combine a expertise de ambos, iluminando questões que vão além daquelas centrais a cada um separadamente (RATTON, *et al.*, 2011, p. 13).

Cada uma dessas abordagens criminológicas sobre a mulher como sujeito criminoso aventou hipóteses explicativas da pouca visibilidade destas nas estatísticas prisionais. A seguir, apresentamos um apanhado desses argumentos desenvolvidos pela literatura.

1.2 Hipóteses sobre a subrepresentação da mulher nas estatísticas criminais.

Como visto, inúmeras correntes teóricas buscaram entender e explicar a criminalidade feminina, sendo recorrente a constatação da sub-representação da mulher como autora de delitos nas estatísticas criminais e a tentativa de identificação de sua origem.

Souza (2009) sintetiza, em poucas linhas, os motivos apontados na produção criminológica brasileira para a pouca visibilidade da violência feminina, quais sejam,

a baixa incidência de crimes de autoria feminina, se comparada à de crimes de autoria masculina; o curso não aparente ou encobrimento da violência feminina; o modo de participação no crime; menor reincidência ao crime em comparação com o sexo masculino; a participação criminosa juridicamente irrelevante; baixa notificação de crimes femininos (cifra negra); o preconceito das pessoas, que atribuem pouco ou nenhum valor às manifestações da violência feminina; falta de pressão da opinião pública, que não se interessa pela temática; a discriminação do público e da polícia; e a discriminação por parte do legislador e do poder judiciário (SOUZA, 2009, p. 650).

Debruçando-se sobre o tema, o italiano Di Gennaro (1975) reconhece a exiguidade dos estudos e pesquisas sobre a mulher criminosa e investiga a literatura sociológica internacional buscando identificar algumas hipóteses sobre a invisibilidade da agência feminina criminosa, reunindo-as em dois grupos.

No primeiro grupo estão hipóteses que focalizam a criminalidade entre as mulheres como um fenômeno tão intenso como entre os homens, mas cuja forma distinta de manifestação dificulta a percepção. Este grupo reúne as seguintes hipóteses: a) na maioria dos casos a mulher criminosa agiria em concurso não aparente; b) sua participação criminosa seria juridicamente irrelevante; c) sua atuação seria abarcada pela cifra negra; d) em comparação com os homens, seus delitos receberiam tratamento diferenciado por parte do público e das

agências de controle social¹⁵ formal (polícias); o mesmo tratamento diferenciado seria conferido pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Já no segundo grupo estão as hipóteses que afirmam ser a criminalidade efetivamente menor entre as mulheres em comparação aos homens. Neste grupo são encontradas as seguintes hipóteses: a) aquelas relacionadas às diferenças sócio-estruturais entre os sexos; b) aquelas relacionadas a diferenças na composição física e psíquica entre homens e mulheres e c) aquelas que relacionam a criminalidade feminina à prostituição. Apresentaremos, sucintamente, os argumentos de cada uma das hipóteses previstas nos dois grupos.

1.2.1 O curso não aparente ou encobrimento da violência feminina.

Esta hipótese pressupõe que a maioria dos delitos é cometida em concurso de agentes, realidade que acaba encoberta nos registros policiais e judiciários devido ao interesse dos acusados em ocultar a existência de coautores ou partícipes, circunstância cujo conhecimento agravaria o juízo de reprovação sobre sua conduta.

Devido às restrições que lhe são impostas através do processo de socialização, ao maior controle e repressão sofridos no âmbito da família¹⁶, a participação criminosa da mulher seria caracterizada pelo afastamento dos atos de execução, sendo esta atividade tipicamente masculina. Nesse sentido, é apontado que muitas das associações criminosas ocorrem na constância do casamento ou de ligações afetivas, podendo prolongar-se por anos.

Mannheim (1985 *apud* VOEGELI, 2003) lembra que as condenações dos maridos ou companheiros são sempre consideravelmente maiores do que a de suas mulheres. Outra justificativa para o encobrimento da conduta ilícita feminina seria a tese de Pollak (1950),

¹⁵ Neste trabalho empregamos a expressão “controle social” para indicar a atuação do conjunto de instituições, estratégias e sanções, baseadas em normas jurídicas ou na tradição, que pretendem promover e garantir a conformidade do indivíduo aos modelos de comportamento considerados legítimos. O controle social pode se manifestar como uma resposta aos indivíduos que de alguma maneira colocam em risco a ordem estabelecida, classificando-os como rebeldes, desviantes, transgressores, etc. Seus meios podem estar no aparato punitivo Estatal ou difusos na sociedade e em suas instituições. Pode ser dividido em “informal” e “formal”. O primeiro tem como agentes a família, a escola, a profissão, a opinião pública, a religião, etc., que tratam de condicionar o indivíduo, de discipliná-lo através de um largo e sutil processo de socialização. Os agentes do segundo são a polícia, a justiça, a administração penitenciária, o Ministério Público, etc. Quando as instâncias informais do controle social fracassam, os agentes do controle social formal atuam de modo coercitivo e impõem sanções qualitativamente distintas das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um status singular (MOLINA e GOMES, 2002). Alvarez (2004) faz uma interessante discussão sobre a polissemia da expressão “controle social” e de suas variadas formas de conceituação na literatura sociológica.

¹⁶ Essa perspectiva retoma a caracterização da mulher como frágil, submissa, passiva, sem poder na esfera pública e incapaz de transgredir, de cometer atos de violência autonomamente, seja devido a fatores biopsicológicos (LOMBROSO e FERRERO, 1895; THOMAS, 1987; COWIE, et al., 1968), seja por fatores sócio-estruturais relacionados à “desigualdade de gênero”.

segundo a qual as mulheres são dotadas de uma especial habilidade para falsear, evitando assim a detenção, e estariam inclinadas ao cometimento de delitos de difícil detecção.

1.2.2 Participação criminosa juridicamente irrelevante.

A conduta penalmente sancionada, ainda que colocada em prática por um único indivíduo, pode ser o resultado da convergência de contribuições criminosas de uma pluralidade de sujeitos. Assim, a mulher pode tomar parte em um delito sem que sua participação seja penalmente relevante, por exemplo, a execução de atos preparatórios para o crime, ou seja, atos externos ao agente que passam da cogitação à ação objetiva, como a aquisição da arma para a prática de homicídio, assim como a cogitação, não são puníveis. Di Gennaro adverte,

seria um grave erro para o criminólogo ignorar a participação dessas mulheres, que através de conselho, instigação e várias outras formas de cooperação, assumem valores concausais na perpetração dos delitos, sem que, todavia, essa sua atividade tome o caráter externo do ato juridicamente relevante (DI GENNARO, 1975, p.97).

Nesse sentido, Lopez-Rey y Arrojo (1973 *apud* VOEGELI, 2003, p. 44) lembra da expressão “*cherchez la femme*”, empregada no sentido de que as mulheres, se não são os autores materiais, são os autores mediatos (intelectuais) da grande maioria dos delitos cometidos por homens.

1.2.3 A cifra negra.

A expressão “*cifra negra*” é empregada correntemente para indicar a existência de um grande número de delitos que, uma vez praticados, não chegam ao conhecimento das agências de controle social formal (por exemplo, polícias, judiciário, sistema de justiça criminal, prisões), ficando fora das estatísticas criminais.

A Criminologia vem dedicando especial atenção ao fenômeno a fim de identificar as razões de sua existência, que vão desde o desconhecimento da prática do delito, passando pela ausência de notificação às agências de controle social formal, até a seleção feita no interior destas agências. Conforme Giorgis (1982 *apud* VOEGELI, 2003), a criminalidade desconhecida ou conhecida, mas não denunciada, é incomparavelmente mais extensa e grave que a criminalidade aparente.

Ao trabalhar o conceito de “*cifra oculta da criminalidade*”, De Castro (1983, p. 68) distingue a criminalidade em “*legal*”, “*aparente*” e “*real*”. A *criminalidade legal* seria aquela que aparece registrada nas estatísticas oficiais, enquanto a criminalidade aparente é aquela conhecida pelos órgãos de controle penal (polícia, Ministério Público, juízes etc.), ainda que não estejam registradas nas estatísticas por diversos motivos, como a falta de julgamento por sentença, a desistência da ação, a não identificação do autor, o arquivamento, entre outros. Já a criminalidade real refere-se à quantidade de delitos verdadeiramente cometidos em um determinado momento. A criminóloga venezuelana afirma que “*entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. Esta diferença é o que se denomina cifra obscura, cifra negra ou delinqüência oculta*”.

Mesmo sendo um fenômeno de características gerais, para muitos autores a ocorrência da “*cifra negra*” assumiria contornos ainda mais significativos no tocante à criminalidade feminina, sendo que muitos autores atribuem este fato a uma suposta habilidade natural das mulheres para falsear e dissimular¹⁷ e à particularidade dos delitos ditos tipicamente femininos serem de difícil percepção¹⁸ (por exemplo, abortos, envenenamento, pequenos furtos em grandes lojas, furtos praticados por prostitutas e por empregadas domésticas). Não obstante, vale registrar a ressalva de Voegeli (2003) no sentido de que,

ainda que concordem os autores quanto à possibilidade de este fenômeno atingir proporções maiores quando se trata da criminalidade feminina, não parece razoável que se pense sua gravidade como sendo tão extensa, a ponto de que se igualem as taxas de criminalidade masculina e feminina (VOEGELI, 2003, p. 46)

1.2.4 A discriminação por parte da opinião pública e da polícia.

Esta hipótese para a subrepresentação da mulher nas estatísticas criminais baseia-se no argumento de que estas seriam objeto de um tratamento diferenciado, não equânime, por parte da opinião pública e dos policiais, enquanto agentes da seleção criminalizante secundária¹⁹, que reagiriam à delinqüência feminina com maior tolerância, em comparação à delinqüência masculina.

¹⁷ Voegeli (2003, p.45) destaca que esse argumento está presente nas obras de Lombroso e Ferrero (1896); Pollak (1950), Giorgis (1982) e Di Gennaro (1975).

¹⁸ O argumento da “cifra negra” da criminalidade feminina é recorrente nos trabalhos de Pollak e, posteriormente, nos trabalhos fundados na tese da “igualdade de gênero”.

¹⁹ Segundo Zaffaroni e Batista (2003), o processo de criminalização se desenvolve em duas etapas, a saber: a) criminalização primária equivalente à atividade das agências políticas ao sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas condutas, consistente num programa punitivo a ser concretizado pelos

Para ilustrar a condescendência da opinião pública e da polícia diante da criminalidade feminina, Di Gennaro recorre aos crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação) que quando praticados por mulheres não são sequer denunciados, ao passo que quando cometidos por homens a *notitia criminis* (queixa) é geralmente efetivada. Ainda, segundo o autor, isso se deve ao descrédito da criminalidade feminina, discriminada por não ser tão violenta quanto à masculina.

Ao versar sobre a origem dessa discriminação, a literatura aponta para duas perspectivas. De um lado, temos aquela que remonta ao mito do feminino deificado, posto que a mulher encarcerada é, por vezes, apontada como a antítese do feminino relacionado à imagem da santa, da virgem no Cristianismo, ou seja, a criminosa devido ao pecado cometido (crime, delito ou infrações) é o oposto da mulher imaculada (BRAUSTEIN, 2007). E de outro, temos as concepções biopsicológicas defendidas por Lombroso e seus seguidores, para quem a mulher teria personalidade pouco criativa, passiva, submissa, dócil, voltada para a maternidade, além de um desenvolvimento físico e intelectual inferior ao do homem, caracterizando-se por uma inaptidão natural para o crime. Nesse sentido,

A mulher normal, portanto, apresentaria graves defeitos em proporção superior àqueles do homem, porém sua fraca inteligência, frigidez sexual, fraqueza das paixões, dependência, unidos ao sentimento maternal, mantinham-na como uma ‘semicriminalóide inofensiva’. Ao contrário, aquelas dotadas de erotismo intenso, com sensibilidade sexual superior a das mulheres normais, dotadas de forte inteligência, se revelavam extremamente perigosas; eram as criminosas natas, cujas tendências para o mal eram mais numerosas e variadas que as do homem, algumas prostitutas natas e as loucas (SOIHET, 1989, p. 98).

O impacto dessas concepções pode ser ilustrado através de provérbios populares, citados por Von Hentig os quais afirmam que “*as mulheres são muito boas para serem verdadeiramente criminosas*” ou que “*as mulheres não são suficientemente boas para serem verdadeiras criminosas*” (apud DI GENNARO, 1975, p. 98). Ou, ainda, através da maneira como grande parte dos crimes praticados por mulheres são noticiados na imprensa.

Aqui o pertencimento ao gênero feminino e a caracterização como sujeito criminoso conduzem à estigmatização da mulher e à atribuição de marcas de menos valia (GOFFMAN, 1988).

agentes de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários); e b) criminalização secundária equivalente à ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial até a imposição e a execução de uma pena e que, necessariamente, se estabelece através de um processo seletivo.

Para Lloyd (*apud* BRAUNSTEIN, 2007), ser mulher e encarcerada supõe a estigmatização em duas perspectivas: pela condição de mulher e pela expectativa ética e moral gerada sobre ela.

Quando não está relegada à invisibilidade e segregação social, a mulher encarcerada é repudiada por grande parcela da sociedade (SOIHET, 1989), sendo frequentemente descrita como patologicamente demonizada e relacionada à prática de crimes caracterizados como tipicamente femininos, como infanticídio, aborto e homicídio (DURKHEIM, 1983).

Lembramos que a imprensa ao noticiar crimes violentos cometidos por mulheres o faz com grande veemência e espanto, apresentando-os como verdadeira aberração. A imagem da mulher delinquente é, frequentemente, veiculada como a de um indivíduo desviante dos papéis que lhe são atribuídos em suas sociabilidades (*e.g.* “boa mãe”, “esposa honesta e fiel”, etc.).

As representações dos papéis sociais da mulher disseminadas pela imprensa têm relevância no contexto deste estudo, pois, *“a notícia não [só] espelha a realidade, ajuda a construí-la como fenômeno social compartilhado, posto que no processo de descrever um acontecimento a notícia define e dá forma a esse acontecimento”* (TUCHMAN *apud* BUDÓ, 2008, p. 4).

Além disso, conforme destaca Genro Filho (1987, s/n) *“os jornais sensacionalistas geralmente produzem um discurso de reforço dos valores, como meio para excitar não apenas as sensações como também os preconceitos morais do público”*.

1.2.5 A discriminação pelo Legislador e pelo Judiciário.

Primeiramente, cumpre destacar que está hipótese para a subrepresentação da criminalidade feminina envolve duas acepções de “igualdade”, quais sejam, a “igualdade na lei”, relacionada ao tratamento conferido aos indivíduos pelo Poder Legislativo na feitura dos diplomas legais, e a “igualdade perante a lei”, relacionada ao modo como os indivíduos se confrontam com a lei, tanto nas atividades do cotidiano, como nos procedimentos judiciais.

O texto constitucional vigente afirma que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”* (CF/1988, art. 5º, inciso I). Uma interpretação literal deste preceito nos leva ao princípio da igualdade formal, que concerne em tratar a todos os indivíduos da mesma maneira, independente de suas particularidades.

Segundo lição de Mangabeira (*apud* PINTO FERREIRA, 1983, p. 771), a “igualdade na lei”, meramente formal, não é suficiente para dirimir os inúmeros conflitos

sociais que marcam as sociedades contemporâneas, motivo pelo qual o ideal seria a busca pela igualdade substancial, ou seja, aquela que confere tratamento equânime e uniformizado às pessoas, levando em consideração as disparidades existentes. O que para Dias (2007) “*trata-se da consagração da máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam*”.

Nesse sentido, Kelsen (1974, p. 203) declara que “*seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres*”.

Estes seriam fundamentos para a edição de normas contemplando direitos, deveres e tratamentos jurídicos díspares em consonância com características específicas de cada grupo de indivíduos. São exemplos de diplomas legais brasileiros cunhados sob essa perspectiva: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990), o Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003) e a Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006).

Contudo, vale destacar que tratamentos jurídicos diferenciados se legitimam apenas quando a discriminação é necessária e balizada por parâmetros, de razoabilidade e de proporcionalidade, caso contrário pode promover resultados nefastos. Moraes (2003, p. 65.) corrobora esse entendimento alertando que “*a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas*”.

Ao longo do tempo a legislação brasileira apresentou diversos dispositivos incompatíveis com a afirmação da igualdade. Conforme Côrrea (1981), já no primeiro Código Penal Brasileiro - CPB, promulgado em 1830, temos um exemplo emblemático de desigualdade na lei entre homens e mulheres, qual seja, no crime de adultério, com pena de prisão de um a três anos, o homem adúltero só seria punido com prisão se comprovada a existência de relação extraconjugal pública e estável, circunstância não exigida pela lei no caso da mulher adúltera, bastando, muitas vezes, apenas a suspeita da infidelidade.

Ainda que o referido diploma legal tenha representado um avanço frente às Ordenações Filipinas, Côrrea (1981, p. 21) destaca que o mesmo “*foi também discriminatório, inaugurando na área das leis que regem o nosso comportamento social a distinção entre o que seja o comportamento adequado de um homem e de uma mulher*”.

Côrrea (1981, p. 20) ressalta, também, que desde o Código Civil de 1916 a mulher “*aparece como tutelada, como os menores, os velhos, e o principal aspecto de sua persona social a ser resguardado pela lei é a virgindade, fazendo-se distinção explícita entre a ‘mulher honesta’ e a prostituta ou mulher pública*”.

Nesse sentido, Voegeli (2003, p. 49) conclui que, por muito tempo, “*o lugar da mulher no Direito é um não-lugar, visto que marcado pela subordinação ao marido e pelo regime de incapacidade*” e “*que a linguagem do direito é sexista e tem gênero: o masculino*”. Citando Smart, a autora arremata afirmando que o direito é sexista porque “*os valores que aplica aos direitos que contempla – igualdade, neutralidade, objetividade – são os ditos masculinos, e tomados como universais*”.

Considerando que a criminalidade decorre da definição legal do que é crime, entendendo o Direito Penal como um sistema de controle social formal específico das relações de produção na ordem pública, essencialmente masculina, e, por fim, a ordem privada como o espaço tipicamente feminino, Barrata (1999, p. 45-46) defende que “*o sistema de controle dirigido exclusivamente à mulher (no seu papel de gênero) é o informal, aquele que se realiza na família*”.

Assim, as normas elaboradas pelo Legislador penal para o controle de condutas ilícitas com contornos tipicamente masculinos, não alcançariam as condutas femininas desviantes ou criminosas. Estas últimas estariam vinculadas ao modelo de socialização da mulher e inseridas num contexto de subordinação estrutural, sendo que, quando detectadas, sofrem o chamado controle social informal exercido, por exemplo, pela família, pela escola, pelos grupos, associações ou movimentos sociais.

No que diz respeito à “*igualdade perante a lei*”, a atitude discriminatória dos julgadores é apontada como um dos fatores para um menor número de condenações e prisões de mulheres. Corroborando esta proposição, Voegeli (2003, p. 51) menciona estudos realizados na Itália e nos Estados Unidos que constataram a existência dessa discriminação - as mulheres que já chegam em número reduzido aos tribunais criminais, favorecidas pela benevolência da sociedade e da polícia, seriam também beneficiadas no Judiciário com a absolvição, condenação a penas menores ou recebimento de maiores benefícios.

Também nesse sentido, foi a conclusão da pesquisa de Côrrea (1981, p. 78), que analisando os casos de crimes passionais julgados pelo Tribunal do Júri na Cidade de Campinas, em São Paulo (1952-1972), constatou que das 15 mulheres acusadas, nove foram inocentadas, enquanto entre os 35 homens acusados, apenas 04 foram isentos de culpa. A autora pondera que parece existir uma maior benevolência do Judiciário para com as mulheres, porém, esta seria uma vantagem ambígua, pois decorre da mesma definição do estatuto feminino que a apresenta como tutelada.

Não obstante, existem pesquisas que verificaram um aumento significativo da aplicação de penas de prisão mais severas nas condenações de mulheres se comparadas às

condenações de homens (HEDDERMAN e GELSTHORPE, 1997; HEDDERMAN, 2003 *apud* HERRINGTON e NEE, 2005).

Para Sposato (2007, p. 260), as baixas taxas de aprisionamento feminino associam-se “*ao fato de que quando uma mulher se desvia do papel imposto socialmente, logo a família, a escola, e todos os mecanismos de controle social informal atuam com maior rapidez e efetividade*”. Para Ratton *et al.* (2011), o controle formal, repressivo, só seria acionado para aquelas recalcitrantes ao controle informal. Mas isso não significa ratificar que os crimes femininos tenham modos de resolução paternalistas e privados. O controle informal seria exercido preventivamente, antes do cometimento do crime.

Crenshaw lembra que igualdade é um conceito manipulável, podendo servir para legitimar a dominação social, sendo que,

(...) Tanto na igualdade quanto na diferença, o masculino é a medida para a igualdade das mulheres. Se a semelhança é o padrão, as mulheres obtêm a igualdade na medida em que são iguais aos homens. E se a diferença é o padrão, então elas somente obtêm a igualdade quando são diferentes dos homens (CRENSHAW, 1997 *apud* VOEGELI, 2003, p. 53)

Ao codificar opiniões, necessidades e conflitos referentes aos homens, o Direito prescreve, simultaneamente, o que as mulheres são ou deveriam ser. Portanto, o Direito representa uma enorme parcela da hegemonia cultural masculina, contribuindo para a manutenção do grupo dominante e da hierarquização dos gêneros. Isso repercute sobre o modo como os magistrados exercitam a jurisdição, muitas vezes, reproduzindo os preconceitos e o discurso discriminatório fundado em papéis de gênero, preponderante na legislação e na sociedade.

1.2.6 Diferenças sociais entre homens e mulheres.

Nessa hipótese sobre a menor representação das mulheres nas estatísticas criminais encontramos argumentos fundados no caráter essencialmente social e cultural do ser humano, que se individualiza conforme fatores a que é exposto durante a socialização. Daí a afirmação de que a diferença entre os papéis sociais atribuídos a homens e mulheres pode ser uma das causas de taxas de criminalidade diferenciadas.

Nos idos de 1892, Ferri já afirmava que os fatores que originam o crime não podem ser encontrados apenas na pessoa do criminoso, “*mas também, e em grande parte, no ambiente físico e social que o rodeia*” (1892 *apud* VOEGELI, 2003, p. 55, *tradução nossa*).

Lombroso e Ferrero foram os primeiros a aventar que, devido à sua menor participação em atividades sociais e na vida pública, a mulher encontraria menos oportunidades para delinquir. Desde então, esta perspectiva vem sendo considerada por vários autores, como Pollak, Sutherland e Cressey (*apud* VOEGELI, 2003, p. 55-56), além dos defensores das teses da “*igualdade*” e da “*desigualdade de gênero*” desenvolvidas pela criminologia feminista.

Dependendo de como a influência de fatores socioeconômicos e culturais é manejada pelos diversos autores, argumenta-se que:

- a) a mulher comete menos crimes, devido ao modelo de sua socialização, aos papéis sociais que lhe são atribuídos e à maior submissão às agências de controle social informal²⁰; ou
- b) que a delinqüência feminina aumentaria conforme a progressiva e crescente atuação da mulher no espaço público, seja pela busca de equalização das oportunidades (“*igualdade de gênero*”), seja pela situação de vulnerabilidade decorrente de relações patriarcais, da subordinação sócio-estrutural e da marginalização econômica (“*desigualdade de gênero*”).

No primeiro caso, temos argumentos que coadunam com a orientação da criminologia clássica, enquanto no segundo temos argumentos ventilados pela criminologia feminista.

Para os defensores da tese da “*igualdade de gênero*” o processo de emancipação feminina, com a penetração da mulher em diversas atividades produtivas e no espaço público, principalmente no mercado de trabalho, seria a causa de mudanças significativas em sua sociabilidade²¹, o que se reflete na vida privada, nos modelos de comportamento individual, na conquista de direitos e, inclusive, no surgimento de mais oportunidades para a prática de crimes. As mulheres alcançariam a equalização de oportunidades, tanto em atividades lícitas como ilícitas, o que faria com que as taxas de criminalidade feminina se igualassem ou, pelo menos, se aproximassem das taxas masculinas.

Enquanto para os defensores da tese da “*desigualdade de gênero*” o maior protagonismo das mulheres na esfera pública nos papéis de consumidoras e chefes de família, conjugado às características e efeitos do desenvolvimento econômico, intensificaria sua

²⁰ Garland (2001) lembra que os controles sociais informais são exercidos pelas famílias, vizinhanças e comunidades, junto com as disciplinas impostas pelas escolas, locais de trabalho e outras instituições criando um cotidiano de normas e sanções que embasam as demandas legais e garantem suporte às intervenções punitivas estatais.

²¹ Como menor tempo no lar, menor tempo para educar os filhos; maior competitividade no plano econômico e integração nas relações sociais.

marginalização e, por conseguinte, as oportunidades e pressões para o cometimento de pequenos delitos que exigem pouca habilidade criminosa, sendo que, em geral, estariam excluídas dos crimes mais lucrativos. Assim, a mulher como sujeito criminoso teria sua participação nas estatísticas criminais aumentada, mas seus crimes não se igualariam aos cometidos por homens, seja do ponto de vista quantitativo ou qualitativo.

Sob essa perspectiva, Almeida (2002) aponta o ato de violência, a transgressão como uma alternativa a mais para a inserção da mulher no espaço público, para o questionamento da ordem patriarcal e demonstração de insatisfação perante a estrutura machista. Assim,

As mulheres que por muito tempo foram representadas e representantes da figura pacata, dedicada ao amor romântico e ao lar, se mostraram, escondida ou abertamente, como delituosas, capazes de cometer crimes. Muitas mulheres, o tempo todo controladas até por elas mesmas, se rebelam contra um status feminino que lhes fora imposto no decorrer dos séculos, bem como contra maus-tratos, contra a submissão e também contra a subestimação de sua capacidade de delinquir. Ousaram transgredir para viver o próprio desejo, sua verdade, a própria vida (ALMEIDA, 2001, p. 100).

Outra fonte para a interpretação e análise do desvio feminino está no que Gibbs (1966) chamou de “*nova perspectiva*” do estudo das reações sociais para o desvio. Em resumo, o autor defende que estudos sobre o tema devem concentrar-se no processo de definições do desvio e na rotulagem dos desvios por meio de um complexo de “*feedbacks*” e reforços, através da reação da sociedade.

Gibbs (1966) constrói sua argumentação a partir da análise e crítica dos trabalhos de Kitsuse, Erikson, Becker e Lemert. Este último em sua obra *Patologia Social* (1951) declara que seu objetivo é examinar a maneira pela qual o desvio primário se torna reforçado e redefinido no desvio secundário através de reações sociais e definições pessoais. Mas ao versar sobre a prostituição, Lemert se concentra em aspectos estruturais da prostituição, tais como: o “*background*” socioeconômico das prostitutas, as ocupações associadas com a prostituição, fatores ecológicos e distritos da luz vermelha. Enquanto indica o tipo de mulheres que possam ingressar na prostituição (por exemplo, as migrantes não qualificadas para o trabalho em áreas urbanas), ele sugere que pode haver um processo de auto-definição envolvido.

1.2.7 Diferenças na composição física e psíquica entre homens e mulheres

As hipóteses que apontam diferenças no desenvolvimento físico entre os sexos como um dos fatores para taxas de criminalidade distintas baseiam-se em argumentos como:

1. mulheres criminosas atingem a maturidade física precocemente, superando a maturidade intelectual e emocional, mas para Mannheim esse fator estaria mais relacionado a condutas sexuais irregulares do que ao crime;
2. para Lombroso condições ginecológicas de mulheres que superaram a adolescência, como a menstruação, a gravidez e a menopausa, bem como a queda da fertilidade estariam relacionadas à conduta de criminosas e prostitutas, daí porque mulheres ditas “*saudáveis*” ou “*normais*” serem menos propensas ao crime; e
3. segundo Lombroso e Mannheim a estrutura física frágil das mulheres também influiria sobre sua conduta, levando-as a conter reações agressivas e violentas, o que explicaria o recurso à prática de delitos mediante fraude, envenenamento, ou seja, técnicas mais sutis.

Pollak opôs-se a essa última hipótese argumentando que, assim como os homens, as mulheres realizam trabalhos pesados em fábricas, lojas e em casa, sendo que o estereótipo cultural seria o principal fator do emprego de meios não violentos por mulheres. Além disso, a agência criminosa pode desenvolver-se recorrendo a meios diversos que compensam a inferioridade física de uma pessoa.

Quanto às diferenças psicológicas, registre-se o pioneirismo de Lombroso ao alertar para a necessidade de se estudar o delinquente sob vários aspectos e a partir de numerosas observações e documentos. O médico italiano também destacou a ineficácia do encarceramento de criminosos transtornados em prisões comuns, sem o tratamento psiquiátrico adequado e que as mulheres seriam dotadas de um maior conservadorismo, biologicamente condicionado, o que implica em maior aceitação da ordem social existente, ainda que lhes seja desvantajosa.

Outra tese aventada nessa linha de pensamento refere-se à possível relação entre criminalidade e superego, sob ótica freudiana. Segundo a psicanálise, a formação do superego esta ligada às diferentes relações objetais que atuam na construção da personalidade.

Para Freud, o primeiro objeto de qualquer indivíduo é a mãe, sendo que enquanto os meninos permanecem ligados à esse primeiro objeto, as meninas atravessam um período de transição, entre os 06 e os 07 anos, passando a reconhecer como objeto o pai. Essa transição pode causar um trauma: a chamada “*inveja do pênis*”, que levaria a menina a afastar-se da mãe e aproximar-se do pai, num complexo de Édipo às avessas.

A maneira como se dá a solução desse complexo de Édipo reflete na personalidade posterior do indivíduo e, para Freud, as diferenças na resolução do complexo masculino frente o feminino seriam a base para características psicológicas distintas entre os sexos.

Assim, as mulheres delinquentes seriam aquelas com conflitos decorrentes da resolução do complexo de Édipo feminino, cuja atividade inconsciente do superego impusesse a necessidade de expiação e autopunição por desejos reprimidos através da prática de crimes com punição certa.

Essa hipótese da psicanálise, baseada numa visão de mundo masculina, foi muito questionada e debatida, pois o seu emprego pode levar à armadilha do discurso justificador da supremacia do homem.

1.2.8 A criminalidade feminina e a prostituição.

Ao afirmar que a mulher desviante aproxima-se mais da prostituta do que da criminosa, Lombroso e Ferrero apontaram a prostituição como um sucedâneo do crime. Ainda hoje muitos autores levam em consideração as especulações antropológicas e tipológicas do médico italiano, mas para afirmar, como Mannheim (1985 *apud* VOEGELI, 2003, p. 64), que *“a prostituição, a semiprostituição ou, pelo menos, em condutas sexuais como um casamento ditado por interesses financeiros ou outros casos igualmente lucrativos”* se apresentariam para as mulheres como uma alternativa à criminalidade, o que não aconteceria no caso dos homens. Por outro lado, em alguns casos, a estreita conexão da prostituição com o crime levaria à prática de condutas penalmente relevantes.

Para alguns autores, o reconhecimento pelo Direito Penal da prostituição como crime levaria à elevação, até mesmo, à aproximação das taxas de criminalidade feminina e masculina. Contudo, esse argumento ignora a existência da prostituição masculina.

Segundo Di Gennaro (1975, p.108-109), a aproximação entre criminalidade e prostituição *“é fruto de uma generalização e de uma confusão entre a categoria moral e a categoria jurídica. Parece, de fato, evidente que tal opinião foi influenciada pelo juízo comum que a moral corrente faz do delito e da prostituição compreendendo-os numa única reprovação”*.

Heidensohn (2010) leciona que a moderna *teoria neofuncionalista* (CLOWARD e OHLIN, 1960; COHEN, 1955; PARSONS, 1954) empenhou-se em incluir o desvio feminino em seu esquema. Segundo o autor, a abordagem neofuncionalista, enfatiza o impacto de características sócio-estruturais sobre os indivíduos e grupos, bem como a estruturação de situações que levam a oportunidades de desvio. Essa perspectiva exerce grande influência sobre os modernos estudos do desvio, com destaque para aqueles que analisam a delinquência

juvenil, as doenças e a saúde mental, e, com menor repercussão, aqueles que analisam as instituições.

A abordagem neofuncionalista preocupa-se, especialmente, com o efeito de certos objetivos sociais (e os meios estruturais, ou a falta deles, para atingi-los) e seu impacto sobre grupos sociais específicos, tais como grupos de estratos socioeconômicos inferiores e minorias étnicas marginalizadas. A reação à impossibilidade de se alcançar certos objetivos ocorreria em forma de desvio, criminal ou não, dependendo da disponibilidade das oportunidades nas subculturas. Para essa perspectiva, se, de um lado, os adolescentes do sexo masculino têm como ponto focal de suas vidas a preocupação ocupacional/financeira, de outro, as adolescentes do sexo feminino têm como ponto focal de suas vidas preocupações de fundo sexual e conjugal, motivo pelo qual a delinquência feminina segue linhas diferentes.

Argumenta-se que as mulheres em nossa sociedade não são socializadas para executar as mesmas funções instrumentais que os homens no mercado de trabalho ou no apoio e proteção de suas famílias; seu papel, ao contrário, é agir através dos homens, através dos quais adquirem status e se relacionam com o sistema econômico. Como resultado, o sexo, e a sua capacidade para negociar com ele, se torna o principal interesse.

Para Davis (*apud* Heidensohn, 2010), “*as mulheres dependem do sexo para definir sua posição social muito mais do que os homens*”. Assim, as mulheres são mais propensas à violação de costumes sexuais, do que a atividades delinquentes.

Segundo Heidensohn (2010), a mais completa declaração dessa visão aparece no trabalho de Grosser “*Juvenile Delinquency and Contemporary American Sex Roles*” (1951). Contudo, Heidensohn critica essa abordagem por não se confirmar através de dados empíricos, por exemplo, em crimes contra a propriedade (pequenos furtos e roubos) no Reino Unido observa-se um número maior de infratores do sexo feminino, na faixa dos dezessete anos de idade.

1.3 A mulher como sujeito criminoso.

Como vimos, existem inúmeras abordagens e hipóteses explicativas para a pouca visibilidade da mulher como sujeito criminoso, em especial nas estatísticas criminais das agências de controle social formal. No entanto, mesmo com taxas de incriminação e penalização, em muito, inferiores às masculinas, diversos estudos apontam para o crescimento da população carcerária feminina no Brasil e no mundo.

Embora persista a grande diferença entre os totais absolutos de homens e mulheres encarcerados, dados estatísticos disponibilizados pelo Ministério da Justiça brasileiro, através do Departamento Penitenciário Nacional apontam uma elevação significativa do número de mulheres encarceradas no período entre 2000 e 2012, conforme tabela a seguir.

Tabela 1 Evolução Presos/Gênero Sistema Penitenciário Nacional e SSP/Polícias (2000-2012)

Presos/Gênero	nov/00	jun/02	dez/04	dez/06	dez/08	dez/10	jun/12
Homens	222.643	229.060	317.568	378.171	422.775	461.444	513.538
Mulheres	10.112	10.285	18.790	23.065	28.654	34.807	36.039
Total	232.755	239.345	336.358	401.236	451.429	496.251	549.577

Fonte: relatórios do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça (Infopen/DEPEN/MJ). Referência 2000 - 2012.

Devemos notar que estamos diante de duas ordens de grandeza distintas: enquanto o acréscimo de 256% na população carcerária feminina correspondeu a um contingente adicional de 25.927 mulheres; o aumento de 131% na população carcerária masculina representou um acréscimo de 290.895 homens nas unidades prisionais, no período entre 2000 e 2012. De qualquer forma, chama a atenção o fato de que, no mesmo período, o percentual de incremento da população carcerária feminina foi significativamente superior ao da população carcerária masculina.

Ainda segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, o panorama da violência feminina no Estado de Minas Gerais não difere da realidade nacional. No ano de 2003 havia 238 mulheres e 5.200 homens encarcerados no estado, número que em 2012 saltou para 2.658 presas e 42.640 presos. Esses números revelam que, no período entre 2003 e 2012, a população carcerária feminina de Minas Gerais cresceu impressionantes 1.017%, percentual que supera o acréscimo de 720% na população carcerária masculina no mesmo período.

Tabela 2 Comparação da população carcerária do Estado de Minas Gerias, masculina e feminina (2003-2012)

Gênero	Ano Referência/2003	%	Ano Referência/2012	%
Mulheres	238	4	2.658	6
Homens	5.200	96	42.640	94
Total	5.438	100	45.298	100

Fonte: relatórios do Estado de Minas Gerais no Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça (Infopen/DEPEN/MJ). Referência 2003 e 2012.

Diversos estudos constataram a crescente evolução do encarceramento feminino, também, nos demais estados da região sudeste do Brasil. Partindo de dados da Secretaria da Administração Penitenciária para o estado de São Paulo, Moki (2005, p. 94) destaca que no

ano de 1988 havia 235 mulheres presas e 15.259 homens presos, número que em 2004 saltou para 2.984 presas e 98.540 presos. Esses números revelam que, no período entre 1988 e 2004, a população carcerária feminina de São Paulo registrou um crescimento de 1.169%, percentual muito superior se comparado ao acréscimo de 545% na população carcerária masculina no mesmo período.

Ainda para o estado de São Paulo, considerando dados do IBGE, do Ministério da Justiça e da Secretaria de Administração Penitenciária estadual, Braunstein (2007, p. 77-78) destaca que no ano de 1950 de um total de 1.145 pessoas encarceradas, apenas 30 eram mulheres. Ao passo que no ano de 2006 do total de 130.391 prisioneiros, 6.077 eram mulheres. Segundo Souza (2009), Brausntein e Moki argumentam no sentido de que o estado de São Paulo concentra mais de 30% do total de presidiárias do Brasil.

Considerando a modalidade de pena e o regime de cumprimento, Rita (2006, p. 44) aponta que no ano de 2005 o Estado de São Paulo apresentava o maior número de detentas em regime fechado (3.375 mulheres), semiaberto (450 mulheres) e em medidas de segurança e tratamento ambulatorial (78 mulheres).

No estado do Rio de Janeiro, Soares e Ilgenfritz (2002), analisando dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), destacam que entre 1988 e 2000 houve um aumento de 132% no número de presidiárias, sendo este 36% maior que o aumento do número de homens encarcerados no mesmo período. No ano 2000 havia 633 mulheres presas no estado, sendo que a taxa feminina de aprisionamento, isto é, o número de presidiárias em cada cem mil mulheres adultas, aumentou 85,5%, enquanto a masculina cresceu 58,1%. Logo, a taxa feminina de aumento seria 27% maior que a masculina. Ainda assim, o total de detentas ainda é pequeno se comparado ao de homens presos, pois o crescimento de 132% equivale a 360 presas adicionais, enquanto a elevação de 96% da população carcerária masculina representa um acréscimo de 7.974 presos.

Assis e Constantino (*apud* SOUZA, 2009, p. 650) também *“demonstram um aumento dos crimes cometidos por mulheres, baseados em dados do Departamento de Sistema Penitenciário de 1995 a 1999: em 1995 havia 381 presidiárias contra 9.144 homens e em 1999, 585 mulheres contra 14.036 homens”*.

No estado do Espírito Santo, Frinhani (2004, p. 41), constata que *“apesar de estatisticamente a população feminina ser bem menor que a masculina, (...) esta população que em 1995 era de 1,4% do total, hoje chega a 5% da população carcerária do Estado. Em termos absolutos, de 25 presas em 1995, o Estado [passou a contar em 2004] com 195*

detentas, entre presas condenadas e provisórias, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)”.

Diante de mudanças qualitativas e quantitativas na representação da mulher enquanto sujeito criminoso, Schwartz e Steffensmeier (2004, p. 117) lançam mão de nove hipóteses para explicar o maior envolvimento das mulheres com o crime e/ou a diversificação dos delitos por elas perpetrados nos últimos anos na sociedade norte-americana.

A primeira hipótese refere-se a mudanças na lei e na gestão organizacional do crime, ou seja, a alteração na evolução das prisões de infratores do sexo feminino está relacionada a respostas oficiais menos tendenciosas ou mais eficientes para a criminalidade, ao invés, de mudanças reais no comportamento criminoso entre as mulheres. A burocratização das agências estatais de controle enfraqueceu a repercussão dos estereótipos de gênero no processo de incriminação, conferindo maior evidência às mulheres.

A segunda hipótese aponta para ampliações e mudanças na lei ordinária norte-americana e na forma como a mesma é aplicada, visando também formas menos graves de infração à lei, o que aumentou o conjunto de mulheres delinquentes que correm risco de prisão. A consolidação de um ambiente de política criminal mais punitiva tem sido um fator importante no processo de crescimento das prisões de ambos os sexos, mas a sua repercussão sobre infratores do gênero feminino tem sido mais evidente.

A terceira hipótese remonta ao clássico argumento da “*igualdade de gênero e emancipação feminina*”, segundo a qual a melhoria do *status* das mulheres, particularmente seus avanços no mercado de trabalho remunerado, aumentaria o desejo e as oportunidades para prática de crimes. No entanto, a equalização das oportunidades entre os gêneros não seria necessariamente criminogênica, pois, poderia inclusive mitigar a influência de fatores apontados pela literatura como causas do crime.

A quarta hipótese apõem-se a anterior ao sustentar que o aumento da marginalização econômica das mulheres; os níveis mais elevados de insegurança econômica enfrentada por grandes subgrupos de mulheres na sociedade norte-americana; o elevado número de divórcios e de famílias chefiadas por mulheres representaria maior pressão para o cometimento de crimes, especialmente aqueles relacionados ao consumo, como o estelionato e fraudes, além de crimes contra o patrimônio.

A quinta hipótese remete à tese do aumento da desorganização social das comunidades urbanas, marcadas pela fraca presença estatal, pelo desmantelamento das famílias e pelo crescente distanciamento das instituições convencionais, como as educacionais, de atenção à saúde, de promoção do emprego, levando ao enfraquecimento do

controle social e gerando estratégias adaptativas que incluem a criminalidade como solução para os problemas cotidianos. Os efeitos do enfraquecimento dos controles sociais são especialmente prejudiciais ao processo de socialização e de controle social das mulheres.

A sexta hipótese chama a atenção para a ampliação das oportunidades para a prática dos crimes ditos tipicamente femininos. Mudanças nos padrões da atividade produtiva, incluindo o estímulo ao consumismo, a grande disponibilidade de bens de consumo, o sistema financeiro baseado na oferta de crédito, bem como os inúmeros programas de promoção do bem-estar social, que teriam expandido as oportunidades para a prática de crimes femininos, como as fraudes, que prescindem de força física.

A sétima hipótese aponta para uma maior aceitação de mulheres em alguns grupos criminosos devido a mudanças recentes no submundo do crime, tais como: 1. a redução da oferta de delinquentes do sexo masculino livres devido ao aumento das taxas de encarceramento; 2. as transformações dos mercados ilegais e das oportunidades para prática de crimes, especialmente o surgimento do narcotráfico como mercado criminoso dominante, que demanda um número cada vez maior de colaboradores, inclusive mulheres; e 3. mudanças na composição étnica da população norte-americana.

A oitava hipótese indica que embora a dependência química seja um fator criminógeno para ambos os sexos, o seu crescimento favorece o aumento da inserção das mulheres no mundo do crime, uma vez viciadas elas prestariam serviços aos traficantes para sustentar o consumo.

A nona e última hipótese se aproxima da lógica da sétima, pois afirma que a implementação de programas de prevenção de crimes voltados exclusivamente para infratores do sexo masculino reduziu o envolvimento dos homens com alguns crimes, abrindo espaço para que as mulheres ocupem os vácuos deixados por eles, reduzindo as disparidades de gênero nas estatísticas criminais.

Consideramos que essas hipóteses, apesar de embasadas em dados colhidos pelos pesquisadores americanos, precisariam de mais testes empíricos, inclusive para uma posterior transposição de seus argumentos para a análise da delinquência feminina no Brasil. De todo modo, o seu apontamento mostra-se relevante no contexto deste trabalho, fornecendo subsídios para a análise do seu objeto e evidenciando o aumento da presença feminina no crime em outras sociedades.

1.4 A mulher no tráfico de drogas.

Vimos que o avanço nas taxas de incriminação e aprisionamento de mulheres no Brasil foi evidenciado em diversos estudos. Um aspecto que atualmente chama a atenção é a relação entre as mulheres e o tráfico de drogas que, segundo estatísticas oficiais, foi a principal causa de aprisionamento destas na última década.

Destacamos que o crescente aprisionamento de mulheres por envolvimento com o tráfico de entorpecentes é um fenômeno relativamente recente. Em estudo pioneiro sobre o encarceramento feminino, realizado no Instituto Penal Talavera Bruce localizado no Rio de Janeiro, Lemgruber (1983) registrou que no ano de 1976 dentre as mulheres reclusas no referido estabelecimento prisional 60,7% haviam sido condenadas ou respondiam processo pela prática de crimes contra o patrimônio (principalmente furto e roubo); 20,8% haviam sido condenadas ou respondiam processo por tráfico de drogas; 12,5% haviam sido condenadas ou respondiam processo pela prática de crimes contra a pessoa; e apenas 6% haviam sido condenadas ou respondiam processos por outros crimes.

Considerando o perfil das prisioneiras pesquisadas²², Lemgruber argumentou que a preponderância do aprisionamento de mulheres por crimes contra o patrimônio poderia ser explicada por razões de ordem econômica, pois esse dado evidenciaria que, cada vez menos, as camadas mais baixas da população teriam condições de resolver satisfatoriamente seus problemas de subsistência. Para a autora a vulnerabilidade econômica dessas mulheres também explicaria o fato de o crime de tráfico de drogas ter sido a segunda maior causa de aprisionamento registrada, pois esse delito não deixa de ser uma forma ilícita de obtenção de recursos econômicos.

Vale registrar que o incremento das prisões por tráfico de drogas nas estatísticas criminais não é um fenômeno recente apenas entre as mulheres. A rigorosa política criminal inspirada no modelo norte-americano de guerra às drogas e o destaque conferido à persecução penal do tráfico atingiram tanto os homens, como as mulheres delinquentes. Contudo, para compreendermos o atual protagonismo dos crimes de drogas nas estatísticas oficiais brasileiras, precisamos observar como se deu o crescimento dessa modalidade de ilícito ao longo das últimas décadas do século XX e início desse século XXI.

²² Lemgruber (1983) verificou que a população carcerária feminina do Instituto Penal Talavera Bruce no Rio de Janeiro no ano de 1976 era composta majoritariamente por mulheres jovens entre 21 e 34 anos de idade (63,6%); solteiras (72,1%); com filhos (63,4%); pretas ou pardas (59,8%); com baixa escolaridade, primário completo ou incompleto (67,6%) e que antes da prisão trabalhavam como empregadas domésticas (75%).

Nesse sentido, recorremos às lições de Misse (1999) em relevante estudo sobre o mercado de drogas ilícitas, no varejo, na cidade do Rio de Janeiro em aglomerações urbanas de baixa renda, conhecido pela expressão “*movimento*”. Segundo o autor, antes do “*movimento*” ser colocado no centro da política de segurança pública no Rio de Janeiro, o “*jogo do bicho*” foi o mercado ilícito mais importante no estado graças à sua organização territorial, à capacidade de atração de força de trabalho proveniente do submundo criminal, à impressionante força política durante o regime militar e à relação próxima com a polícia (corrupção). Entretanto, o surgimento das loterias federais e estaduais nos anos 70 fez a demanda do “*jogo do bicho*” declinar e com ela o prestígio e força política desse mercado ilícito, que desde meados dos anos 80 perdeu a centralidade da atenção pública para o tráfico de drogas.

Ainda segundo Misse (1999), o mercado de drogas em meados dos anos 60 concentrava-se no varejo da maconha consumida nas “*franjas do submundo*”. O perfil dos consumidores começa a mudar em meados dos anos 60 devido ao interesse pelos efeitos da maconha despertado entre os jovens artistas, intelectuais e jovens universitários de classe média. O consumo de cocaína até meados da década de 70 era reduzido e localizado entre as elites devido à dificuldade de acesso, sendo que o seu consumo nas áreas de baixa renda era eventual e em menor escala se comparado ao consumo da maconha. Esse quadro muda no final da década de 70 devido à redução dos preços no varejo e à grande oferta da cocaína pela consolidação de rotas internacionais de tráfico entre países da América Latina e a Europa, com passagem pelo Brasil. A baixa lucratividade do varejo da maconha e o surgimento de um novo mercado consumidor no eixo Rio-São Paulo, chamou a atenção de grandes atacadistas e intermediários da oferta de cocaína, o que possibilitou a entrada da droga nas favelas e em outras áreas pobres.

Misse (1999) destaca que a capitalização dos primeiros “*donos*” do “*movimento*” aconteceu durante os anos 70 através da prática de crimes contra o patrimônio, inicialmente roubo avulso a veículos, a postos de gasolina, a caminhões de grandes transportadoras, a tesourarias de empresas médias em dias de pagamento de funcionários, evoluindo para assaltos a bancos e outras instituições financeiras, a carros fortes e a grandes empresas, que ocasionou um verdadeiro “*efeito-demonstração*” de guerrilha urbana e uma mudança no perfil dos assaltantes. Quando presos, estes tiveram contato com presos políticos que os inspiraram a organizarem-se na chamada “*Falange Vermelha*”, com o objetivo de diminuir a violência na solução de conflitos nos presídios, aumentar a solidariedade entre os presos e reivindicar direitos na prisão.

O passo seguinte da “*Falange Vermelha*” foi estender sua organização em rede aos criminosos que permaneciam em liberdade, porém o dissenso entre os assaltantes levaram a divisões em outros coletivos. Ao deixarem os presídios entre 1981 e 1986 esses assaltantes aumentaram suas ações armadas, transitando do roubo a bancos e carros fortes, considerado muito arriscado, ao tráfico de drogas, cuja repressão era ainda incipiente. A maior oferta da cocaína a um menor preço no início dos anos 80 fez com que o tráfico de drogas suplantasse a prática de crimes contra o patrimônio e se consolidasse como o principal e mais importante mercado ilícito na cidade do Rio de Janeiro, com bases nas áreas de baixa renda (favelas, morros, conjuntos habitacionais) e bairros periféricos.

Esse processo histórico de consolidação do mercado de drogas ilícitas no varejo (o “*movimento*”) culminou, em meados dos anos 80, no surgimento de duas grandes redes organizadas o “*Comando Vermelho*” e o “*Terceiro Comando*”. Porém, a prisão dos principais líderes desses coletivos, a deslealdade de seus subordinados e a concorrência com traficantes independentes inviabiliza a formação de uma organização oligopólica do varejo no Rio de Janeiro, causando a segmentação das redes e o aumento da violência com a “*juvenilização*” do “*movimento*” e a aparição de pequenos grupos concorrentes.

Analisando e comparando séries de dados sobre os indiciamentos e as condenações no estado do Rio de Janeiro entre os anos de 1950/67 e de 1967/97, Misse (1999) teceu observações sobre alterações dos tipos dominantes de incriminação ao longo dos anos. Assim, o autor verifica que no período entre 1967/97 as condenações concentram-se nos seguintes tipos de incriminação:

“saques com violência”, principalmente o roubo, “enfrentamentos e violência”, principalmente o homicídio, e “**participação em mercados ilícitos**”, onde as condenações por jogos de azar e do bicho são rapidamente substituídas pelas condenações por porte ou comércio de entorpecentes, a partir do final dos anos 60. O tipo “**expropriações com astúcia**”, dominado pelo furto e o estelionato, mantém a segunda posição entre as condenações durante todo o período, até ser crescentemente superado pelos mercados ilícitos do tráfico de drogas, já em 1995 (MISSE, 1999, p. 154, *grifo nosso*).

Como se vê, o crescimento do aprisionamento por participação nos mercados ilícitos do tráfico de drogas no estado do Rio de Janeiro foi paulatina e apenas em 1995 superou o aprisionamento pelos crimes contra o patrimônio ou as chamadas “*expropriações com astúcia*”. Assim como a escalada do tráfico de drogas nas estatísticas criminais evoluiu ao longo das décadas influenciada pelo contexto histórico e por fatores diferenciados, observamos que o ingresso das mulheres no tráfico de drogas também evoluiu lentamente e sempre relacionado às demandas do chamado “*movimento*”.

Nesse sentido, lembramos a lição de Zaluar (1994) ao destacar que, embora numericamente as mulheres participem muito menos do que os homens na criminalidade em geral²³, a presença delas no “*mundo do crime*” é diversificada e complexa. Em sua pesquisa a autora observou que a maior parte das mulheres inseridas na criminalidade não são contadas como membros das quadrilhas de assaltantes ou traficantes e tem um papel secundário nas atividades delinquentes, nenhuma delas é dita nem se diz “*bandida*”, pois não usa arma nem entra na guerra do tráfico.

Zaluar (1994) aponta que a relação das mulheres com os bandidos é extremamente complexa e pode explicar o porquê da existência de uma divisão de trabalho no crime. No tocante à participação feminina no tráfico, a autora nos apresenta dois casos emblemáticos sobre a entrada e permanência de mulheres no “*movimento*”, em conformidade com a evolução da configuração desse mercado ilícito no Rio de Janeiro.

Quando a venda de drogas era um negócio pequeno, quase familiar, não tão organizado, nem lucrativo e violento como nos dias de hoje, as mulheres envolvidas não se diferenciavam muito das outras mulheres chefes de família, figuras comuns nas classes populares. Elas se estabeleciam no negócio, assim como a histórica figura de Dona Dadá, sem disputar a boca, sem precisar mandar matar seus concorrentes, vendendo, ao mesmo tempo que uma Dona Maria, para um mesmo fornecedor. O que lhes diferenciava das outras mães de famílias era o convívio com a malandragem e o fato de agirem como uma mistura da mulher-mãe e do macho que escolhe seus parceiros sexuais e se impõe a eles.

Quando a guerra do tráfico começou no Rio de Janeiro, a partir de 1977, o perfil das mulheres envolvidas com o “*movimento*” se alterou significativamente. É o que se vê através da história de Dona Erinis que entrou para o tráfico quando o negócio já era sinônimo de guerra e assumiu o comando apenas quando o seu filho foi preso para manter a boca de fumo sob o controle dele. Para essa mulher do tráfico, uma mistura também de mulher-mãe e de macho na guerra entre homens, ter uma arma na cintura, matar para não morrer e pensar apenas no poder de chefe de uma quadrilha de homens fazia parte do cotidiano.

Contudo, Zaluar (1994, p. 227) nos lembra que essas duas mulheres negam, na história de suas vidas, as trajetórias mais comuns das mulheres que passam pelo mundo do crime, uma vez que segundo a autora, geralmente o envolvimento destas mulheres “*começa pelo amor por um bandido ou pelo vício. Começam a furtar para ajudar o namorado ou para*

²³ Em levantamento realizado num bairro popular do Rio de Janeiro, Zaluar (1994, p. 224) verificou que as mulheres “não chegam a 25% dos envolvidos com quadrilhas de traficantes (cujo total é de 370 pessoas) e é apenas ligeiramente mais alta a percentagem de mulheres entre os ladrões (cerca de 1500 pessoas no local), sejam eventuais que complementam a renda ou os que vivem do furto e do roubo”.

pagar a droga. São elas também que escondem as drogas e as armas em casa e que passam a roubar nas lojas para dar roupa bonita e dinheiro aos namorados". Assim, segundo a autora, a "mulher do bandido" é aquela mulher dedicada que sofre muito pelo seu marido, irmão ou filho e que pode vir a se tornar "bandida", roubar, mentir, traficar, até matar e morrer, se for preciso, para ajudar o seu prisioneiro.

D'élia Filho (2007) nos lembra, ainda, que com a sedimentação da política de "guerra às drogas" a partir dos anos 1980, cresceu a divisão do trabalho no comércio ilegal o que fez surgir a figura do "estica", ou seja, do revendedor da mercadoria, uma espécie de "sacoleiro" das drogas, considerado um bandido de 3ª classe, pois é sobre ele que recai a repressão punitiva. Segundo o autor o surgimento dessa figura também explicaria o aumento do número de mulheres e crianças envolvidas com o narcotráfico, pois para ser "estica" basta ter crédito junto aos fornecedores, não é preciso portar nenhuma arma, nem integrar alguma dita organização criminosa. Contudo, esse "autônomo", "revendedor comissionado no comércio de drogas" é presa fácil, uma vez que é incapaz de oferecer resistência às ordens de prisão e participa do negócio ilegal oferecendo a sua própria liberdade como caução. Aos "esticas", às "mulas" e aos "aviões" do tráfico é reservada uma parcela ínfima dos lucros auferidos no negócio e sobre eles recai a atuação mais incisiva dos agentes de controle social formal responsáveis pela seleção criminalizante.

A inserção da mulher no tráfico de drogas e o crescente aprisionamento em decorrência desse e de crimes correlatos vem chamando a atenção dos estudiosos, que recentemente têm investido em pesquisas sobre o tema a fim de embasar práticas institucionais e políticas públicas de prevenção.

Já em 2002, Soares e Ilgenfritz fizeram referência ao aumento do número de mulheres presas por envolvimento com o tráfico. Em 1988, 32,6% (89 mulheres) das prisioneiras cumpriam pena no estado do Rio de Janeiro por crimes relativos a drogas (uso, tráfico, formação de quadrilhas), enquanto nos anos de 1999 e 2000 o percentual de presidiárias condenadas por esses crimes subiu para 56% (294 mulheres). As autoras concluem que "entre 1988 e 1999/2000, triplicou o número de mulheres condenadas por tráfico de drogas e não chegou a duplicar o número de mulheres condenadas por outros tipos de crimes" (SOARES e ILGENFRITZ, 2002, p. 90).

Para Soares e Ilgenfritz, esse acréscimo de mulheres presas por tal modalidade de ilícito teria como causa o desempenho de funções subalternas na escala hierárquica dessas organizações criminosas, quais sejam: "bucha" (pessoa que é presa por estar presente na cena em que são efetuadas outras prisões), consumidoras, "mula" ou "avião" (transportadoras da

droga), “vapor” (que negocia pequenas quantidades no varejo), “cúmplice” ou “assistente/fogueteira”.

Além disso, as taxas de criminalidade (independente da variável gênero) podem oscilar, conforme o rigor da política de segurança pública implementada pelos governos, por exemplo, com a ênfase na repressão a determinados delitos, o que promoveria uma menor condescendência por parte do Sistema de Justiça Penal em relação às mulheres como sujeitos criminosos (SOARES e ILGENFRITZ, 2002, p. 88-90).

Embora as mulheres presas por tráfico de entorpecentes ocupem, em geral, posição subalterna, Souza (2009, p. 655), ressalva que esse fato “*não exclui a possibilidade, nos dias atuais, de uma maior prática da mulher como abastecedora/distribuidora, traficante, gerente, dona de boca-de-fumo e caixa/contabilidade*”.

Almeida (2001 *apud* SOUZA, 2009), em estudo de campo realizado entre 1998 e 1999 no presídio de mulheres de Fortaleza, aponta que estas praticaram, em primeiro lugar, crimes dirigidos contra inimigos e desafetos; em segundo, contra maridos e companheiros e apenas, em terceiro, contra crianças, prevalecendo os crimes relacionados ao tráfico e/ou consumo de drogas, seguindo-se roubo, furto e homicídio qualificado.

Para Assis e Constantino (2001 *apud* SOUZA, 2009, p.655), a inserção da mulher no tráfico de drogas se daria através de duas formas principais: “*por meio de namorados bandidos ou de uma forma mais independente. Neste último caso, embora não se exclua a participação da influência masculina, esta não é fator determinante da entrada e da continuidade no tráfico*”.

Moki (2005, p. 85) relaciona a inserção da mulher no tráfico de drogas, assim como em outros crimes aos seguintes fatores: “*o desemprego feminino, os baixos salários quando equiparados aos salários dos homens e o aumento de mulheres responsáveis financeiramente por suas famílias*”.

Em sua maioria, provenientes dos mais baixos estratos sociais, as mulheres presas são vitimadas por uma segunda exclusão social, marcada pela diferenciação de papéis sexuais. De acordo com Almeida (2001 *apud* MOKI, 2005, p. 85) “*essa dupla exclusão desfavorece a mulher presa, que se torna acusada de não apenas transgredir a lei, mas também o modelo feminino previamente estabelecido para ela pela cultura*”.

De outro lado, Guedes (2006, p. 568) não exclui os fatores até aqui mencionados, mas acrescenta a busca “*por reconhecimento, inclusão e visibilidade social*”; pela “*afirmação de poder via criminalidade*”; pela “*sensação do ganhar dinheiro fácil, da ‘autoridade de bandido’ com poder absoluto sobre o outro*”; pela “*não-subjugação às regras*

sociais”; e, finalmente, pela inclusão no “*ideal de consumo e acesso a bem materiais tão difundido pelo modelo neoliberal*”.

Em estudo realizado na Cadeia Pública de Montes Claros/MG, Carvalho (2007), além de verificar a preponderância do desempenho de funções subalternas no tráfico de drogas, nos informa sobre o perfil socioeconômico da mulher delinquente em Minas Gerais – a maioria mulheres pobres, jovens, não brancas e pouco escolarizadas. Através de entrevistas, o autor buscou identificar quais os principais motivos que as levaram ao crime, ou seja, suas interpretações sobre por que se envolveram com o tráfico de drogas.

Segundo Carvalho (2007), três foram as interpretações recorrentes, a saber: 1. dificuldades financeiras, aliadas à falta de perspectiva de emprego e à atração pelo dinheiro que as drogas proporcionam; 2. influência de terceiros (homens com quem mantinham relações afetivas); e 3. submissão à chantagem (por parentes estarem em situação de risco). O autor também obteve relatos em que as mulheres elaboram discursos de negação, ou seja, discursos nos quais aparecem como vítimas por estarem “*no lugar errado e na hora errada*”.

Percebemos que uma hipótese recorrente para a explicação do crescente envolvimento de mulheres no tráfico é o acesso ao poder econômico proporcionado pelo dinheiro “*fácil*” que permite acesso a bens materiais. Essa perspectiva nos remete ao que Bauman (1998) chama de criminalização dos consumidores falhos, que determina a seletividade punitiva dos integrantes de uma massa de excluídos que não tem recursos para acessar o mercado de consumo, “*aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos*”. Segundo D’élia Filho (2007, p. 26), “*nesse ponto reside a única racionalidade do modelo bélico de repressão ao tráfico de drogas ilícitas: punir os pobres, segregando os ‘estranhos’ do mundo globalizado*”, um dos objetivos implícitos da “*guerra contra as drogas*”.

Dados do Departamento Penitenciário Nacional mostram que entre as 2.658 mulheres registradas nos estabelecimentos do Sistema Penitenciário do Estado de Minas Gerais em junho de 2012, 742 foram encarceradas pela prática de crimes previstos na legislação antidrogas; 793 pela prática de crimes contra o patrimônio; 135 pela prática de crimes contra a pessoa.

Ademais, o conjunto de custodiadas (condenadas ou em prisão provisória) em junho de 2011 era composto em sua maioria por mulheres jovens entre os 18 e 34 anos (68%), não brancas (68%) e pouco escolarizadas (56% possuíam apenas o ensino fundamental incompleto). O mesmo perfil foi verificado entre as mulheres presas em junho de 2012, sendo inclusive semelhante ao perfil observado entre os homens custodiados no sistema penitenciário mineiro, conforme tabelas a seguir.

Tabela 3 Perfil da população carcerária de Minas Gerais – Faixa Etária (Jun/2011 e Jun/2012)

Perfil do Preso: Faixa Etária	Junho/2011				Junho/2012			
	Homens	%	Mulheres	%	Homens	%	Mulheres	%
Total	36.270	100	2.459	100	42.640	100	2.658	100
18 a 24 anos	11.625	32	674	27	13.438	32	726	27
25 a 29 anos	9.323	26	531	22	10.549	25	614	23
30 a 34 anos	6861	19	461	19	8.258	19	498	19
35 a 45 anos	5988	16	545	22	7.301	17	568	21
46 a 60 anos	2103	6	229	9	2.627	6	229	9
Mais de 60 anos	270	1	17	1	380	1	21	1
Não Informado	100	0	2	0	87	0	2	0
Valor automático de correção de itens inconsistentes - Diferença com relação à população carcerária feminina do Estado de Minas Gerais	0	-	0	-	0	-	0	-

Fonte: relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça (Infopen/DEPEN/MJ) para o estado de Minas Gerais. Referência Jun/2011 e Jun/2012.

Tabela 4 Perfil da população carcerária feminina de Minas Gerais – Cor de Pela/Etnia (Jun/2011 e Jun/2012)

Perfil do Preso: Cor de Pele/Etnia	Junho/2011				Junho/2012			
	Homens	%	Mulheres	%	Homens	%	Mulheres	%
Total	36.270	100	2.459	100	42.640	100	2.658	100
Branca	11.058	30	787	32	12.592	30	869	33
Negra	7.037	19	514	21	8.596	20	540	20
Parda	16.520	46	1.027	41	19.870	46	1.179	44
Amarela	577	2	44	2	1.134	3	43	2
Indígena	3	0	0	0	0	0	0	0
Outras	1.069	3	93	4	456	1	19	1
Valor automático de correção de itens inconsistentes - Diferença com relação à população carcerária feminina do Estado de Minas Gerais	6	0	-6	0	-8	0	8	0

Fonte: relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça (Infopen/DEPEN/MJ) para o estado de Minas Gerais. Referência Jun/2011 e Jun/2012.

Tabela 5 Perfil da população carcerária feminina de Minas Gerais – Grau de Instrução (Jun/2011 e Jun/2012)

Perfil do Preso: Grau de Instrução	Junho/2011				Junho/2012			
	Homens	%	Mulheres	%	Homens	%	Mulheres	%
Total	36270	100	2.459	100	42640	100	2658	100
Analfabeto	1.291	4	87	3	1.493	3	81	3
Alfabetizado	3.688	10	196	8	4.217	10	207	8
Ensino Fundamental Incompleto	21.366	59	1.380	56	24.761	58	1.474	55
Ensino Fundamental Completo	3.584	10	249	10	4.428	10	274	10
Ensino Médio Incompleto	3.805	10	267	11	4.507	11	302	11
Ensino Médio Completo	2.077	6	215	9	2.574	6	239	9
Ensino Superior Incompleto	201	1	30	1	250	1	40	2
Ensino Superior Completo	117	0	19	1	136	0	19	1
Ensino acima de Superior Completo	7	0	1	0	13	0	0	0
Não Informado	135	0	14	1	261	1	22	1
Valor automático de correção de itens inconsistentes - Diferença com relação à população carcerária feminina do Estado de Minas Gerais	-1	0	1	0	0	0	0	0

Fonte: relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça (Infopen/DEPEN/MJ) para o estado de Minas Gerais – Referência Jun/2011 e Jun/2012.

Acrescentamos que segundo dados da Subsecretária de Administração Prisional da Secretaria de Defesa Social de Minas Gerais (*apud* BASTOS, 2010), em abril de 2009, havia 117 mulheres internadas na ala feminina da Penitenciária Ariosvaldo de Campos Pires em Juiz de Fora, sendo que destas 66 cumpriam prisão provisória e 51 cumpriam pena em regime fechado (presas condenadas). Do total de 117 mulheres custodiadas, 63 estavam envolvidas com o tráfico ilícito de entorpecentes.

Ainda segundo Bastos (2010), a população carcerária feminina em Juiz de Fora é marcada pelo protagonismo de mulheres jovens e adultas jovens, “56,38% do total de detentas tinham menos de 36 anos quando praticaram o crime que as levou à prisão, idade onde geralmente necessitam de um incremento ou de maior renda, já que a maioria se encontra nas camadas mais baixas da sociedade”.

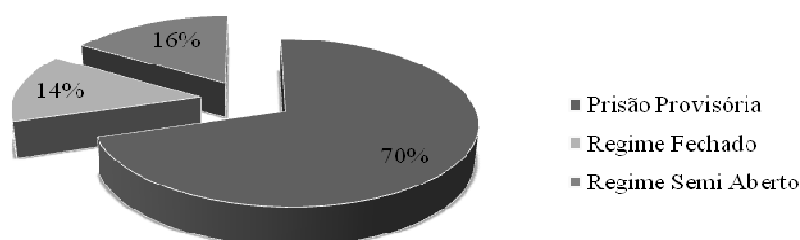
Quanto à ocupação profissional anterior ao encarceramento, Bastos (2010) observa que, em geral, as presas haviam se empregado em “atividades manuais precárias, de baixa ou nenhuma qualificação, com destaque para o trabalho doméstico (27,35%)”, sendo que “29,05% das internas estavam desempregadas ou eram inativas, ou ainda estudantes ou não prestaram informação a respeito do item pesquisado à época da prática do delito”.

Quando ao grau de instrução das presidiárias de Juiz de Fora, Bastos (2010) registra que “50% das entrevistadas não haviam concluído sequer o ensino fundamental, sendo raríssimas (aproximadamente 1%) as que tinham ingressado no nível superior”.

Por fim, destacamos que segundo dados constantes de relatório da Subsecretária de Administração Prisional da Secretaria de Defesa Social de Minas Gerais, em julho de 2012, havia 87 mulheres internadas na ala feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires em Juiz de Fora.

À época, 14% das encarceradas cumpriam pena em regime fechado²⁴, 16% em regime semiaberto²⁵, sendo que 70% das presidiárias, ou seja, a esmagadora maioria encontrava-se em prisão provisória, ou seja, aguardando o julgamento de seus processos criminais no cárcere pela não concessão da liberdade provisória²⁶.

Gráfico 1 Perfil da população carcerária feminina Penitenciária de JF/MG – Regime Prisional (Jul/2012)



Fonte: relatório da Subsecretária de Administração Prisional da SEEDS/MG, julho de 2012.

Quanto ao perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires, em julho de 2012, verificamos a predominância de mulheres jovens entre 18 e 34 anos (59%); pardas (43%) e negras (24%), com baixa escolaridade, conforme tabelas e gráfico seguir.

²⁴ Conforme disposto no art. 33, §1º, “a” do CPB, considera-se regime fechado o cumprimento da pena privativa de liberdade em estabelecimento de segurança máxima ou média.

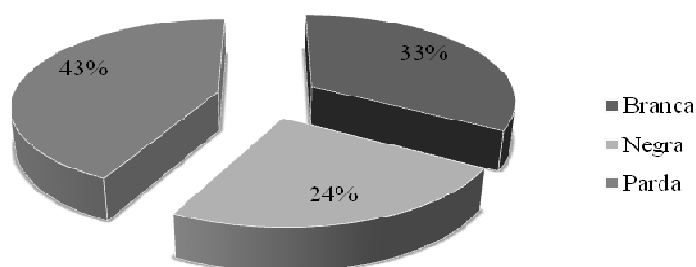
²⁵ Conforme disposto no art. 33, §1º, “b” do CPB, considera-se regime semiaberto a execução da pena privativa de liberdade em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, possibilita o trabalho durante o período diurno, mas determina o recolhimento noturno. Em Juiz de Fora os presos em regime semiaberto podem prestar serviços nas instalações do estabelecimento prisional ou trabalhar em atividades externas.

²⁶ O instituto da liberdade provisória confere ao acusado o direito de responder ao processo em liberdade em virtude do princípio da presunção de inocência quando foi preso em flagrante delito e não oferece perigo à ordem pública e econômica, à instrução criminal ou não há razões para crer que empreenderá uma tentativa de prejudicando a aplicação da lei penal.

Tabela 6 Perfil da população carcerária feminina Penitenciária de JF/MG – Faixa Etária (Jul/2012)

Indicador: Quantidade de Presas por Faixa Etária		
Categoria: Perfil do Preso	Quantidade	%
População carcerária feminina - jul/2012	87	100
18 a 24 anos	27	31
25 a 29 anos	13	15
30 a 34 anos	11	13
35 a 45 anos	23	26
46 a 60 anos	12	14
Mais de 60 anos	1	1
Não Informado	0	0

Fonte: relatório da Subsecretária de Administração Prisional da SEEDS/MG, julho de 2012.

Gráfico 2 Perfil da população carcerária feminina Penitenciária de JF/MG – Cor de Pele/Etnia (Jul/2012)

Fonte: relatório da Subsecretária de Administração Prisional da SEEDS/MG, julho de 2012.

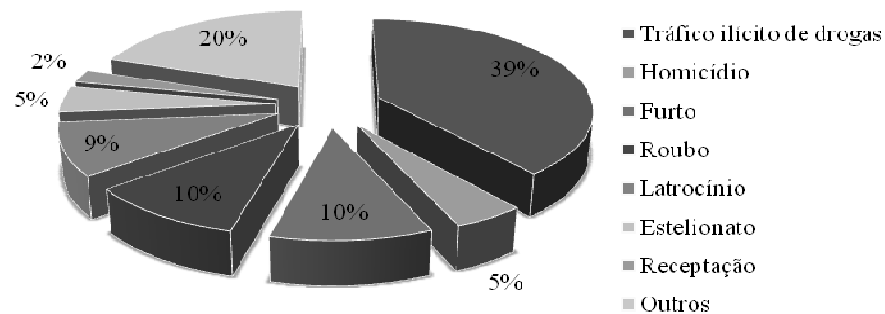
Tabela 7 Perfil da população carcerária feminina Penitenciária de JF/MG – Grau de Instrução (Jul/2012)

Indicador: Quantidade de Presas por Grau de Instrução		
Categoria: Perfil do Preso	Quantidade	%
População carcerária feminina - jul/2012	87	100
Analfabeto	2	2
Alfabetizado	11	13
Ensino Fundamental Incompleto	52	60
Ensino Fundamental Completo	13	15
Ensino Médio Incompleto	5	6
Ensino Médio Completo	2	2
Ensino Superior Incompleto	0	0
Ensino Superior Completo	2	2
Ensino acima de Superior Completo	0	0
Não Informado	0	0

Fonte: relatório da Subsecretária de Administração Prisional da SEEDS/MG, julho de 2012.

Já quanto à modalidade de crimes cometidos, constatamos a predominância da prática do tráfico de entorpecentes, conduta ilícita em razão da qual 34 (39%) mulheres estavam presas na Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires, em julho de 2012. Dentre as demais mulheres presas, 04 (5%) foram encarceradas pela prática de crimes contra a vida (homicídio); 26 (29%) por crimes contra o patrimônio (furto, roubo e latrocínio); 04 (5%) por estelionato; 02 (2%) por receptação e 17 (20%) por outros crimes.

Gráfico 3: Perfil da população carcerária feminina Penitenciária de JF/MG – Crime Cometido (Jul/2012).



Fonte: relatório da Subsecretária de Administração Prisional da SEEDS/MG, julho de 2012.

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS

2.1 A legislação anterior.

Durante três décadas vigorou no Brasil a Lei nº. 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispôs sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, versando sobre a criminalização de ambas as condutas nos artigos 12 e 16, respectivamente.

Sob forte influência da intervencionista e austera política estadunidense antidrogas²⁷, a Lei nº. 6.368/1976 substituiu legislações anteriores menos repressivas, criminalizando com rigor tanto o tráfico, quanto o uso de drogas, prevendo no artigo 12 pena de reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos para o crime de tráfico e no artigo 16 pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos para o crime de porte de entorpecentes para uso próprio.

Surgiram, então, discussões acerca da dependência química como problema de saúde pública; da diferenciação entre traficantes, usuários e dependentes químicos; da violação de direitos constitucionais e princípios fundamentais do Direito Penal pela penalização da conduta do usuário que, para alguns autores, carece de alteridade²⁸; da ineficiência da repressão ao usuário no que tange ao combate ao tráfico; da adoção de uma política de redução de danos, de descriminalização da conduta do usuário e, inclusive, da legalização do comércio de drogas (ALMEIDA, 2003; BARROSO, 2006; BONJARDIM e MACIEL, 2006; DIEDRICH, 2000; MORAIS, 2005).

Diante destas questões, o Legislador pretendeu racionalizar os problemas jurídicos decorrentes da Lei nº. 6.368/1976 diferenciando as pessoas do usuário e do traficante na Lei nº. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. No entanto, esta última foi vetada quase integralmente pelo então Presidente da República, subsistindo apenas os dispositivos que versavam sobre questões processuais.

²⁷ Conforme destaca Iulianelli (2005), no ano de 1973 uma comissão de congressistas americanos esteve em vários países da América Latina para discutir com as autoridades locais o problema das drogas, sendo que as ideias dessa comissão teriam influenciado a elaboração do Projeto de Lei nº. PL. 2.380/1976 que deu origem à Lei nº. 6.368/1976. Baseada na severa moral religiosa das Ligas da Temperança, que já na década de 1920 defendiam a completa abstinência do uso de substâncias entorpecentes, e relacionada com o controle social de minorias (afrodescendentes e imigrantes), a política norte-americana de enfrentamento ao comércio e consumo de drogas iniciou-se na década de 1930 e desde então influenciou decisivamente todo o mundo, especialmente os países da América Latina produtores e distribuidores de entorpecentes. Sobre a repercussão da rigorosa política estadunidense de repressão à produção, consumo e distribuição de substâncias psicoativas na América Latina veja o artigo “A Geopolítica das Drogas na América Latina” (FRAGA, 2007).

²⁸ Ou seja, não oferece perigo a bens ou a pessoas, a não ser ao próprio adicto.

A coexistência de duas leis especiais versando sobre a mesma matéria gerou dúvidas e controvérsias, situação inusitada no ordenamento penal brasileiro, o que para Capez (2007, p.680), transformou a anterior legislação antitóxica em um “*verdadeiro centauro do Direito: a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a parte processual, a de 2002*”. Visando a solução desse problema, foi editada a Lei nº. 11. 343 de 23 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União/DOU em 28/08/2006, atualmente em vigor e cujo artigo 75 revogou na íntegra toda a legislação antidrogas anterior.

2.2 Os diferentes movimentos de política criminal antidrogas.

Antes de tratarmos da disciplina legal conferida pela Lei nº. 11.343/2006 ao uso e ao tráfico, convém referenciar os diferentes movimentos de política criminal sobre drogas, já que estes ditam o abrandamento ou o rigor da resposta do Sistema de Justiça Criminal ao problema.

Gomes (2006, p. 4) destaca quatro tendências mundiais referentes às políticas criminais sobre drogas ilícitas, quais sejam:

1. o “*modelo norte-americano*”: preconiza a abstinência e a tolerância zero às drogas, encaradas como um problema policial e militar; a solução norte-americana é o encarceramento massivo dos envolvidos com drogas, traço característico de uma sociedade punitiva²⁹ marcada pela ideologia da “*Tolerância Zero*” e da “*Lei e Ordem*” (GARLAND, 1999; 2008). O slogan “*diga não às drogas*” integra um programa populista, de eficácia questionável, mas bastante revelador sobre a política estadunidense;
2. o “*modelo liberal radical*” (liberalização total): inspirado nos clássicos pensamentos de Stuart Mill e divulgado pela revista inglesa “*The Economist*”, enfatiza a necessidade de liberalização total das drogas, sobretudo frente ao usuário; destaca as consequências das políticas antidrogas que geram a discriminação entre ricos e pobres, com o encarceramento unicamente destes últimos;

²⁹ Sociedades onde “há divisões sociais e raciais profundas, onde as taxas de criminalidade e os níveis de insegurança são elevados, onde as soluções sociais foram politicamente desacreditadas, onde há poucas perspectivas de reintegração dos antigos delinquentes pelo trabalho ou pela família e onde, (...) um setor comercial em expansão encoraja e favorece o aumento do encarceramento, essa cultura punitiva está provocando um encarceramento em massa em uma escala inédita em países democráticos, e raramente encontrada na maior parte dos países totalitários” (GARLAND, 1999, p. 74).

3. o “*modelo da ‘redução de danos’*” (sistema europeu): em oposição à política norte-americana, grande parte dos países europeus adotam estratégia distinta do estímulo à abstinência ou da tolerância zero. Esse modelo preconiza a redução dos danos causados aos usuários e a terceiros, através da entrega de seringas, demarcação de locais adequados para consumo, controle do consumo, assistência médica, etc. Entende a questão das drogas como problema de saúde pública e prega a descriminalização gradual, bem como uma política regulamentadora (de controle) e educacional; e
4. o “*modelo de Justiça terapêutica*”: que preconiza a disseminação do tratamento como reação adequada à conduta do usuário ou usuário dependente. A crítica a esse modelo esta na confusão entre a figura do usuário e do dependente, uma vez que o uso de drogas não implica, necessariamente, em dependência química, sendo esta uma realidade de definição clínica.

Essas tendências de política criminal estão relacionadas a três importantes movimentos em evidência no Direito Penal contemporâneo, a saber:

1. Movimento do Direito Penal mínimo ou Garantismo: concepção baseada em princípios constitucionais assecuratórios dos direitos fundamentais, inspiradores de uma política de justiça social e de igualdade com repercussões no controle da criminalidade e dos processos de criminalização. Encabeçado por Luigi Ferrajoli (2002) defende a subsidiariedade do Direito Penal, que seria empregado apenas como “*ultima ratio*”, ou seja, seria chamado a atuar apenas quando do esgotamento e ineficiência de outros ramos do Direito;
2. Movimento do abolicionismo penal: vai além do que defende o Garantismo, pois prega a supressão total do Direito Penal, o qual estaria fundamentado em bases falsas, devendo ser substituído por outras instâncias formais e informais de controle social, ou, ainda, por intervenções comunitárias ou instituições alternativas. Seus defensores argumentam no sentido da ineficiência do Direito Penal na prevenção criminal, alcançando apenas um número limitado de infrações; provendo discriminação e desigualdade social, perpetuadas através da seleção criminalizante e da ineficácia do sistema prisional para a ressocialização; e
3. Movimento de Lei e Ordem: oposto aos movimentos anteriores, pugna pela aplicação do Direito Penal em grau máximo, ou seja, este “*deve preocupar-se com*

todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como prima ratio, e não como ultima ratio da intervenção do Estado perante os cidadãos” (GRECO, 2006, p.20), cumprindo um papel educador e repressor.

As políticas sobre drogas voltadas para a reparação de danos, implantação da Justiça Terapêutica, descriminalização ou liberalização progressiva ou total de substâncias entorpecentes, são amparadas tanto por argumentos do Garantismo, que defende a existência de um Direito Penal mínimo, quanto por argumentos do Abolicionismo, que defende a supressão total da repressão penal.

Já os adeptos das políticas de “*Lei e Ordem*” e de “*Tolerância Zero*” apoiam-se nos argumentos a favor do Direito Penal máximo, defendendo que todos os comportamentos desviantes, independentemente da lesividade, merecem o juízo de reprovação penal, o que leva ao aprisionamento em massa de envolvidos com drogas, independente de serem usuários ou traficantes.

Vale destacar que o ordenamento penal brasileiro, embora tenha sofrido influência do modelo penal e da política antidrogas estadunidense, não deixou de discutir e contemplar perspectivas adotadas por diversos países europeus ao longo dos últimos anos. Situação evidenciada pela coexistência simultânea na Lei nº. 11.343/2006 de normas através das quais o Legislador brasileiro endureceu a repressão do tráfico pelo aumento da pena privativa de liberdade cominada e vedação de benefícios durante a execução penal, bem como de normas que preconizam a reparação dos danos, com emprego de medidas de tratamento e educacionais que livram os usuários do aprisionamento.

Ainda assim, conforme leciona Carvalho (1997), a política criminal de drogas brasileira manteve como característica central a adoção de uma orientação autoritária e repressivo-punitiva alinhada ao modelo transnacional de controle dos entorpecentes, com a inserção de dois discursos distintos, quais sejam: um discurso predominante político-jurídico ligado ao estereótipo da criminalidade (traficante/delinquente) e um discurso subsidiário médico-sanitário ligado ao estereótipo da dependência (usuário/doente). Assim, insere-se no âmbito de uma ideologia da Defesa Social aliada a uma ideologia da diferenciação, no interior da qual surge gradativamente à categoria do “*inimigo*”, visualizada na droga e na figura do traficante (criminoso) que são “*demonizados*”, devendo ser combatidos por representarem grande perigo à segurança pública.

E o combate a essa criminalidade ocorre, por exemplo, através da minimização das garantias individuais constitucionais, como o aumento dos níveis das penas ou a imposição de

restrições à liberdade durante o curso do processo e durante o cumprimento das penas, ou através da utilização de normas penais cuja aplicação depende da interpretação de termos genéricos e imprecisos pelos operadores do sistema penal ou da complementação através de normas que regulamentam, por exemplo, quais são as substâncias consideradas entorpecentes.

Segundo Carvalho (1997, p. 247) “*o tratamento direcionado ao traficante, e tão-somente a este, hierarquiza o comércio ilícito em nível superior na categorização dos delitos, visto que, desde uma visão material-constitucional, a eleição dos bens e valores relativos à matéria criminal é procedente do estatuto superior*”.

Essa hierarquização pode ser observada no texto constitucional que, por exemplo, autoriza a extradição de estrangeiro naturalizado com comprovado envolvimento com o tráfico de drogas (art. 5º, LI, CFB); a caracterização do crime de tráfico como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, com sua equiparação aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII, CFB e Lei nº. 8.072/1990) e a expropriação de glebas e assentamento de colonos em terras onde fossem localizadas culturas ilegais de plantas entorpecentes (art. 243 da CFB, regulamentado pela Lei nº. 8.257/91).

Carvalho (1997) também chama a atenção para o fato de que as legislações criminais posteriores à Constituição de 1988 priorizam a represália ao tráfico de entorpecentes, sob a grande influência dos meios de comunicação, importantes agentes dos movimentos da Lei e Ordem que influenciaram o Legislativo e contribuíram para a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072/1990) e para a Lei do Crime Organizado (Lei nº. 9.034/95).

Conforme lição de Garland (1999, p. 60), uma política criminal punitiva encontra terreno fértil em sociedades “*em que a taxa de criminalidade é muito alta, as divisões sociais tendem a agravar-se, a insegurança pessoal e econômica é crescente e as soluções sociais existentes caíram em descrédito*”, assim como a sociedade brasileira. Sendo que a preocupação da política criminal muitas vezes não é puramente punitiva, satisfeita através da imposição da sanção penal, nem puramente orientada para a proteção pública, satisfeita através de medidas de detenção preventiva. A preocupação atual relaciona-se à produção de sanções que combinem a punição do criminoso com a proteção e a expressão dos sentimentos do público, daí porque os modos de expressão do punitivismo são também modos de segregação penal e de incapacitação.

Nesse contexto, Carvalho (2008) assevera que o objeto de intervenção do direito e do processo penal passa a ser um grupo determinado de infratores – os “*narcotraficantes*” inseridos na categoria “*criminalidade organizada*”, aos quais é atribuído o estigma da periculosidade relacionado com a habitualidade e a profissionalização no cometimento de

crimes, um verdadeiro direito penal do autor aliado a um desejo generalizado de punição que não se restringe à realidade dos operadores do Sistema Penal, mas invade o sendo comum do “homem da rua” e o “senso comum teórico dos juristas” tradicionais na órbita do ensino jurídico.

Carvalho (2008, p. 174) aponta, ainda, que “os estereótipos criminais não apenas modelam o agir dos agentes da persecução, sobretudo das polícias, como direcionam o raciocínio judicial na eleição das inúmeras variáveis entre as hipóteses condenatórias ou absolutórias e à fixação da quantidade, qualidade e espécie de sanção”. E uma característica comum deste estado de inimizade, nas políticas de repressão à criminalidade de massas ou organizada, é a vulnerabilidade do sujeito à qualificação ou adesão do estigma da periculosidade.

Sendo assim, destacamos que a forte influência do modelo repressor americano na política antidrogas brasileira se coaduna com o que Wacquant (2003) chamou de uma política estatal de criminalização das consequências da pobreza. Nesse sentido,

Os projetos de descriminalização do usuário deixam ainda mais expostos à demonização e criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos da exclusão globalizada: a juventude pobre de nossas cidades recrutada pelo mercado ilegal e pela falta de oportunidades imposta pelo atual modelo econômico a que estamos submetidos (BATISTA, 2001, p. 112)

Assim, a clientela do sistema penal é recrutada no exército de jovens negros e/ou pobres (ou quase negros de tão pobres), lançados à própria sorte num modelo econômico de exclusão e desamparo. As prisões do mundo estão cheias de jovens “mulas”, “aviões”, “olheiros”, “vapores”, “gerentes” do tráfico recrutados nas classes sociais mais baixas e menos favorecidas e, por essa, razão mais sujeitos à criminalização.

2.3 A lei nº. 11.343/2006 e as dificuldades na diferenciação entre usuários e traficantes.

A Lei nº. 11.343/2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes; estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito; bem como definindo os respectivos crimes.

A Nova Lei de Drogas, como ficou conhecida, foi e ainda é alvo de críticas e elogios, seja pela definição de tipos penais mais severos para o crime de tráfico; seja pela inovação no tratamento jurídico do porte de entorpecentes para consumo próprio, isentando o usuário da

pena privativa de liberdade; seja por lacunas legislativas, como a ausência de critérios objetivos para a diferenciação entre a figura do usuário e do traficante.

Ao contrário do que ocorria na Lei nº. 6.368/1976, a Nova Lei de Drogas inaugura a previsão dos crimes e respectivas penas com a descrição das condutas relativas ao porte de entorpecentes para consumo próprio no artigo 28; tipificando as ações correspondentes à traficância de entorpecentes ou drogas afins, bem como as condutas equiparadas e assemelhadas nos artigos 33 a 39.

O artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 inova através da previsão de medidas profiláticas e educativas para aqueles que venham a adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo “*drogas ilícitas para consumo pessoal*”, ou venham a semear, cultivar ou colher plantas utilizadas como matéria prima para “*produção de pequena quantidade de substâncias entorpecentes*” também para uso próprio.

Esse dispositivo gerou controvérsias ao prever como penas a “*advertência sobre os efeitos das drogas*”; a “*prestação de serviços à comunidade*” e “*medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*”. E caso o usuário flagrado com drogas descumpra, injustificadamente, uma dessas penas, o Juiz poderá submetê-lo, sucessivamente, à “*admoestação verbal*” ou “*multa*”, bem como “*determinar ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado*” (art. 28, §§ 6º e 7º)

O debate jurídico sobre o artigo 28 da Nova Lei de Drogas girou em torno de questões como o reconhecimento da *abolitio criminis*³⁰, da descriminalização³¹ ou da despenalização³² da posse de drogas para consumo próprio.

Independente da discussão jurídica acerca da natureza da alteração promovida pelo artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, o referido dispositivo pretendeu abrandar a resposta do Sistema de Justiça Criminal à posse de entorpecentes para consumo pessoal, conferindo

³⁰ A expressão *abolitio criminis* refere-se à situação em que uma lei revoga lei anterior que definia como crime determinada conduta, extinguindo, assim, a punibilidade do agente, conforme disposto no artigo 107, inciso III, do Código Penal (NUCCI, 2007, p. 58). Segundo lição do jurista Fernando Capez (2005, p.45) a ocorrência de *abolitio criminis* extingue os efeitos penais principais e secundários, subsistindo apenas os efeitos extra-penais.

³¹ O termo *descriminalização* é empregado quando, por razões de política criminal, determinada conduta deixa de ser considerada crime. Existem três espécies de *descriminalização*: 1. a *descriminalização* puramente formal, que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do âmbito do Direito penal); 2. a que elimina o caráter criminoso do fato retirando-o da esfera de competência do Direito penal, mas o mantém como ilícito em outros ramos do Direito; e 3. a *descriminalização* substancial ou total que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente (GOMES, 2006).

³² O termo *despenalização* refere-se à exclusão das penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal, com a manutenção do caráter ilícito do fato. Ao alterar a natureza da sanção penal cominada pela lei, o Legislador promove o abrandamento da resposta jurídico-penal ou possibilita a concessão de benefícios (GOMES, 2006).

tratamento diferenciado ao usuário, livrando-o do encarceramento e preconizando a redução de danos, porém, transitando entre a patologização e a criminalização, pois ainda fala em penas.

De outro lado, a Nova Lei de Drogas não fixou nenhum critério objetivo para a diferenciação entre as figuras do usuário e do traficante. Na prática, o Legislador deixou ao arbítrio dos operadores do Direito a distinção entre as duas figuras, pois, no artigo 28, § 2º, conferiu ao Juiz a tarefa de determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, observando os seguintes critérios: a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Destacamos que a realização de exame toxicológico para aferição clínica da situação de dependência pode ser determinada de ofício pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público, da defesa ou do curador do acusado. Porém, segundo entendimento jurisprudencial³³, o deferimento do exame de dependência não é obrigatório, cabendo ao julgador aferir a real necessidade de realização para a formação de sua convicção em cada caso concreto, dentro de sua discricionariedade regrada. E mesmo quando é realizado o exame toxicológico, a decisão do magistrado não está adstrita ao seu resultado, já que considerará todas as circunstâncias do caso e provas colhidas na instrução. Além disso, o tempo de espera para realização do exame de dependência, muitas vezes, prolonga a duração do processo³⁴, podendo configurar um prejuízo ao acusado preso.

Essa ausência de critérios objetivos para a diferenciação entre usuários e traficantes é extremamente problemática, posto que a atual lei, em contrapartida ao abrandamento penal conferido ao uso de drogas, endureceu a punição para o crime de tráfico, aumentado a pena mínima de 03 (três) para 05 (cinco) anos de reclusão, bem como restringindo o deferimento de benefícios durante a execução da pena.

Além disso, Grillo *et al.* (2011) destacam que apesar das estatísticas criminais apontarem uma queda nos registros de ocorrências por flagrante do uso de drogas, desde a vigência da Lei nº. 11.343/2006³⁵, essa diminuição não pode ser explicada pela mudança

³³ Nesse sentido: Habeas Corpus nº. 51.619/RJ – Rio de Janeiro, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 09/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 426.

³⁴ Conforme artigo 56, § 2º da Lei nº. 11.343/2006 a audiência de instrução e julgamento será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

³⁵ Grillo *et al.* (2011) constataram uma queda nos registros de ocorrências por flagrante de uso de drogas, desde a implementação da nova lei antidrogas no final de 2006. Os autores levantaram junto ao Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro o número de ocorrências por flagrante de uso de drogas e somando os dados mensais referentes aos 24 meses anteriores à mudança legislativa – novembro de 2004 a outubro de 2006 – e os

legislativa, eis que foi mantida a obrigatoriedade da condução de usuários surpreendidos em flagrante à Delegacia para assinatura de Termo Circunstanciado, assumindo o compromisso de comparecer em audiência no Juizado Especial Criminal (art. 48, § 2º).

Para Grillo *et al.* (2011), a redução do processamento legal de casos de uso de drogas se deve ao descaso da autoridade judicial³⁶ com o crime de porte de drogas para uso e à forma de atuação de alguns profissionais responsáveis pelo policiamento ostensivo, que, não raro, negociam o encaminhamento, ou não, dos indivíduos flagrados para a delegacia.

Segundo Robert (2007), a deslocalização dos estilos de vida e das redes de sociabilidade facilita globalmente a invisibilidade daqueles que estão à margem da lei. Estes, em geral, buscam mecanismos para negar o fato e dissuadir os agentes penais. Contudo, a capacidade de ocultar, tornar invisível a conduta delitiva está relacionada ao *modus operandi* que lhe é próprio.

Ressaltamos que o contexto do crime favorece mais ou menos essa visibilidade pelas agências de controle social formal. Sendo certo que a cena que envolve o consumo de drogas e o crime de tráfico, bem como as testemunhas destes fatos, geralmente, estão ao alcance dos aplicadores do direito, o que em grande parte favorece a persecução penal dessas modalidades de ilícito. Sendo assim, resta aos indivíduos flagrados pelas polícias portando drogas a confissão da conduta de porte para consumo próprio, a negativa da autoria do tráfico ou a negociação com os agentes policiais, com vistas a escapar de reprimendas mais severas.

Antes mesmo da nova lei, Zaluar (1999) observou que a indefinição entre usuários e traficantes favorece a inflação do poder policial, bem como a corrupção,

A quantidade apreendida não é o critério diferenciador, pois encontram-se casos classificados como ‘posse e uso’ com 1.860 gramas de maconha apreendida e casos classificados como ‘tráfico’ com apenas 2 gramas. Essa indefinição, que está na legislação, mas principalmente na prática policial, só vai favorecer a inflação do poder policial, o que, por sua vez, vai inflacionar a corrupção (ZALUAR, 1999, p. 113).

Essa corrupção dos agentes policiais pode conduzir, de um lado, à negociação de propinas com usuários de drogas para liberação do flagrante (dissuasão dos agentes policiais), popularmente conhecida como “*desenrolo*”, e, de outro, ao registro de ocorrência de tráfico de drogas em razão de um “*flagrante forjado*”, situação em que, diante da negativa de

posteriores – novembro de 2006 a outubro de 2008 – verificaram que a incidência de ocorrências desse tipo foi 20% menor no período após a nova lei.

³⁶“Com base em entrevistas com juízes, promotores, defensores e conciliadores do JECrim, percebeu-se que eles passaram a sentir-se desobrigados de atuar com relação ao crime por uso de drogas, percebendo essa infração como fora da competência da Justiça Criminal. Eles também alegavam que a ausência da possibilidade de encarceramento teria esvaziado as garantias de cumprimento, pelos infratores, das medidas alternativas determinadas em juízo” (GRILLO *et al.*, 2011, p. 136).

propina, impossibilidade de pagamento ou insuficiência do valor oferecido pelo usuário, os policiais atribuem a este a posse de uma quantidade significativa de entorpecentes.

Aqui temos um exemplo de apropriação particular (pelos policiais) de um bem público de monopólio estatal (o poder punitivo delegado pelo Estado ao seu agente), o qual é convertido em uma “*mercadoria política*”³⁷ (MISSE, 1999). Mais do que corrupção policial, esta situação pode ser associada ao que Kant de Lima (1995) chamou de “*arbitragem policial*”, ou seja, o exercício de práticas judiciais não oficiais, uma vez que os policiais se investem da função de julgar e punir os usuários, como lhes aprouver, conforme a posição social destes e a postura adotada durante a negociação do flagrante.

Além disso, destacamos que os procedimentos de vigilância empregados pelos policiais, bem como os procedimentos de incriminação dos suspeitos envolvidos com o uso ou o tráfico de entorpecentes focalizam indivíduos já identificados pelos agentes policiais ou aqueles passíveis de serem encaixados nos tipos sociais considerados potencialmente criminosos, desenvolvendo, assim, uma espécie de criminalização preventiva. Esse processo se enquadra na expressão “*sujeição criminal*”, assim definida por Misse,

A sujeição criminal é o processo social pelo qual identidades são construídas e atribuídas para habitar adequadamente o que é representado como um “mundo à parte”, o “mundo do crime”. Há sujeição criminal quando há reprodução social de “tipos sociais” representados como criminais ou potencialmente criminais: *bandidos*. No Rio de Janeiro eles foram ou são “malandros”, “vagabundos”, “171”, “marginais”, “bicheiros”, “traficantes”, “bichos-soltos”, e muitos outros tipos. Esses nomes designam julgamentos a respeito de indivíduos recortados por algumas de suas práticas e as representações que carregam não são homogêneas nem no significado nem nas categorias sociais que os nomeiam. Todos, no entanto, são considerados passíveis de, ou com chance de, ser (ou voltarem a ser) incriminados em algum momento (ou de já o ter sido) (MISSE, 1999, p. 71).

Tal processo repercute sobre a identidade pública, e muitas vezes íntima, dos indivíduos que subjetivam os rótulos que lhes são atribuídos (LEMERT, 1951; BECKER, 1977; 2008), sofrendo estigmatização (GOFFMAN, 1988).

O tipo penal a ser aplicado é definido não só pelo resultado do processo de negociação do flagrante e da seleção criminalizante ou “*sujeição criminal*”, mas também por negociações discursivas sobre a versão do fato a ser apresentada na delegacia e que irá para os “*autos*”, posto que os registros realizados serão determinantes na fase de instrução e processamento judicial. Esses registros precisam conter informações e provas suficientes da

³⁷ Expressão empregada no sentido definido por Misse (1999, p. 288) ao referir-se “ao conjunto de diferentes bens ou serviços compostos por recursos ‘políticos’ (não necessariamente bens ou serviços políticos públicos ou de base estatal) que podem ser constituídos como objeto privado de apropriação para troca (livre ou compulsória, legal ou ilegal, criminal ou não) por outras mercadorias, utilidades ou dinheiro. O que tradicionalmente se chama de ‘corrupção’ é um dos tipos principais de ‘mercadoria política’ ilícita ou criminal”.

materialidade do delito e dos indícios de autoria que justifiquem a propositura da ação penal pelo Ministério Público, o recebimento da denúncia pelo Magistrado e que venham a subsidiar a formação do “*livre convencimento motivado do juiz*” na sentença.

Desta forma, os Autos de Flagrante precisam ser bem redigidos, livres de contradições passíveis de fazer configurar uma prisão ilegal. Uma narrativa coerente da “*dinâmica do fato*” pelos policiais e delegados será determinante para a constituição do fato criminal, podendo levar ao encarceramento do agente (GRILLO *et al.*, 2011).

E conforme destaca Kant de Lima (2007, p. 179), “*a polícia barganha, negocia, oficiosa e/ou ilegalmente, em troca de algum tipo de vantagem, tanto o que se investiga, como o que os escrivães policiais escrevem nos ‘autos’ do inquérito policial, o que se denomina, mesmo, por uma categoria específica: a ‘armação do processo’*”.

Embora a lei antidrogas determine que o Juiz deve ser imediatamente informado da prisão de um indivíduo, o prazo de tramitação necessário para que o processo físico do Auto de Prisão em Flagrante chegue às suas mãos é de 10 (dez) dias, período em que o conteúdo dos documentos pode sofrer alterações.

Considerando que a fase policial do processamento dos crimes é caracterizada pelo sistema inquisitorial, ou seja, marcada pela ausência do direito ao contraditório e à ampla defesa, temos que a construção da narrativa dos fatos é mediada pelas negociações referidas e remete ao processo da “*criminação-incriminação*”, definido pelo enquadramento de um curso de ação na classificação criminalizante definida no tipo penal, isto é, a criminação de um evento, e a atribuição do fato criminal a um suposto sujeito autor, enfim, a sua incriminação (MISSE, 1999).

Segundo Misse (1999), esse processo de “*criminação-incriminação*” atravessa várias etapas no fluxo da Justiça Criminal e pode ser reduzido a três etapas, quais sejam:

1. a etapa policial, que “*interpreta ou reinterpreta e registra um evento como crime (ou contravenção) e indicia seus possíveis autores*”;
2. a etapa judicial inicial, que “*mantêm o registro do evento como crime (ou o anula ou arquiva) e acusa formalmente os indiciados (ou os libera, quando anulados ou arquivados os inquéritos policiais que os acusava)*”; e
3. a etapa judicial final, “*o julgamento, que estabelece a criminação efetiva (para a qual haverá possibilidade de recurso e revisão) e estabelece uma sentença para o sujeito acusado da ação, o réu (sentença que também pode absolvê-lo da acusação e anular a incriminação)*”. (MISSE, 1999, p. 136-137, grifos do autor)

Logo, a elaboração da descrição da conduta típica nos “*autos processuais*” pelos agentes do fluxo do Sistema de Justiça Criminal determina o enquadramento de um indivíduo nas categorias de usuário ou traficante que, apesar da ausência de critérios objetivos de diferenciação, possuem previsões de penas extremamente díspares.

Em pesquisa realizada com Juízes e Promotores do Distrito Federal, Santoucy *et al.* (2010, p. 181) observam que a ausência de diferenciação legal entre usuários e traficantes é um assunto polêmico para os operadores do Direito. Os profissionais entrevistados chegaram a reconhecer a dificuldade de promover essa diferenciação no caso concreto, admitindo que, muitas vezes, decidem recorrendo à intuição e à experiência profissional, quando a sensibilidade aponta em uma direção e as provas concretas em outra. Eles também apontaram que a legislação não faz qualquer distinção entre outras categorias de usuários e traficantes, como o “*mero usuário*” e o “*usuário aviãozinho*” (que vende ou transporta pequenas quantidades de drogas para manter o próprio vício); o “*traficante*” e o “*traficante que usa drogas*”.

Desta forma a subjetividade dos magistrados pode ser determinante numa fase do fluxo processual em que, teoricamente, deveria prevalecer a imparcialidade e objetividade. Ou seja, os valores e as representações sociais inerentes ao contexto institucional e à orientação da cultura jurídica e profissional em que os Juízes estão inseridos, em última análise, são determinantes da condenação ou absolvição, bem como da modalidade e quantidade de pena a ser aplicada, conforme seja acolhida a tipificação da conduta ilícita como tráfico ou como porte para consumo próprio.

Assim, a margem de discricionariedade decorrente da ausência de definição concreta da figura do usuário e do traficante na Lei nº. 11.343/2006 dá ensejo a decisões arbitrárias, jogando por terra o mito da imparcialidade do Judiciário e abrindo brechas para a aplicação de penas díspares e injustas para indivíduos que praticaram condutas ilícitas semelhantes.

No **Capítulo 3** apresentaremos algumas das considerações presentes na literatura sobre o significado da atividade judicativa e sobre a influência de fatores extralegais na administração da Justiça. Antes, porém, julgamos necessário apresentar ao leitor a configuração das condutas tipificadas como crimes na Lei de Drogas vigente, expondo seus pressupostos, as penas abstratamente cominadas, as circunstâncias juridicamente relevantes e o fluxo processual no judiciário.

2.4 Crimes de tráfico: penalização, causas de aumento e diminuição e vedação de benefícios processuais.

A regulamentação da repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas, nos artigos 31 e 32 da Lei nº. 11.343/2006, determina a obrigatoriedade de “*licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação*”, autorizando e disciplinando a destruição de plantações ilícitas por parte da polícia judiciária. No Capítulo II da referida lei, são tipificadas as ações correspondentes à traficância de entorpecentes ou drogas afins, condutas equiparadas e assemelhadas, nos artigos 33 a 39.

A redação do artigo 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/2006, que praticamente repete a anterior constante do artigo 12 da Lei 6.368/76, é a seguinte:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública. A consumação do delito se dá com a prática de qualquer uma das condutas descritas no tipo que, em regra, têm natureza permanente, não sendo admitida a forma tentada. Ressaltamos, porém, que a tentativa na modalidade adquirir é aceita pela literatura jurídica, como no caso do agente que é surpreendido ao tentar comprar grande quantidade de droga. O vendedor responde por tráfico, pois embora os atos executórios da venda tenham sido obstados, já estava consumado o crime em condutas anteriores (guardar, trazer consigo, etc.). Já, o comprador, sim, responde por tentativa, e poderá ser beneficiado pela diminuição da pena de um a dois terços, prevista no artigo 14, inciso II, do CPB.

A Nova Lei de Drogas prevê, também, nos parágrafos do artigo 33, as condutas equiparadas ao tráfico de drogas, *in verbis*:

Art. 33. (...) § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

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

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

As demais condutas ilícitas previstas na Nova Lei de Drogas são as seguintes:

- a) **Crime de petrechos para tráfico (art. 34)** – refere-se às condutas de “*fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”. A pena cominada é de reclusão, de 03 a 10 anos e pagamento de 1.200 a 2.000 dias-multa;
- b) **Crime de associação para o tráfico (art. 35, caput e parágrafo único)** – refere-se à associação de “*duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34*” e no artigo 36 da Lei de Drogas. A pena cominada é de reclusão de 03 a 10 anos e pagamento de 700 a 1.200 dias-multa;
- c) **Crime de financiamento ou custeio ao tráfico de entorpecentes (art. 36)** – refere-se à conduta de “*financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34*” da Lei de Drogas. A pena cominada é de reclusão de 08 a 20 anos e pagamento de 1.500 a 4.000 dias-multa;
- d) **Crime de colaboração com o tráfico (art. 31)** – refere-se à conduta de “*colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34*” da Lei de Drogas. A pena cominada é de reclusão de 02 a 06 anos e pagamento de 300 a 700 dias-multa;
- e) **Tráfico na modalidade culposa (art. 38)** – refere-se à conduta de “*prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”. A pena

cominada e de detenção de 06 meses a 02 anos e pagamento de 50 a 200 dias-multa. Os sujeitos ativos aqui são os profissionais da saúde e o Juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente;

- f) ***Crime de condução de embarcação ou aeronave sob o efeito de entorpecentes (art. 39, caput e parágrafo único)*** – refere-se à conduta de “conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. A pena cominada é de detenção de 06 meses a 03 anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 a 400 dias-multa. Se o veículo for de transporte coletivo de passageiros as penas de prisão e multa serão de 04 a 06 anos e de 400 a 600 dias-multa.

As causas de diminuição de pena são previstas nos artigos 33, §4º (tráfico privilegiado³⁸), 41 (delação premiada) e 46 (semi-imputabilidade). Há a previsão de uma causa de isenção de pena no artigo 45. E as causas de aumento de pena são previstas no artigo 40 e incisos da Nova Lei de Drogas.

O artigo 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006 dispõe que “*nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, (...), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”. Embora o parágrafo utilize a expressão *poderão* indicativa de faculdade, ressaltamos que predomina o entendimento de que, preenchidos os requisitos legais, a redução é um dever judicial, posto que assume a condição de direito público subjetivo do acusado e o Juiz não pode negá-lo. Todas as circunstâncias favoráveis ao agente referidas no artigo 33, §4º têm de ser reconhecidas na sentença para a concessão da redução.

Se a redução máxima prevalecer, será atribuída ao réu uma pena definitiva de 01 ano e 08 meses de reclusão. No entanto, impõe-se o regime fechado, único adequado aos crimes de tráfico, em decorrência do previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), com as devidas atualizações da Lei 11.464/2007. Lembramos que decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de *Habeas Corpus*, considerou inconstitucional o

³⁸ Destacamos que essa causa de diminuição de pena vem sendo impropriamente denominada “tráfico privilegiado”, porém as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar. Assim, a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas. De qualquer forma, no presente trabalho empregaremos essa expressão unicamente para fins didáticos.

cumprimento das penas de crimes hediondos em regime integral fechado³⁹. Assim, uma vez fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelo crime de tráfico, ocorrerá a regular progressão do regime prisional.

O artigo 33, §4º da Lei nº. 11.343/2006 também veda a conversão da pena privativa de liberdade em penas alternativas mesmo que, após a incidência da redução, a pena aferida se enquadre no disposto no artigo 44 do CPB. A inconstitucionalidade dessa vedação legal já foi objeto de discussão pelo Supremo. Em setembro de 2010, os Ministros decidiram pela declaração incidental da inconstitucionalidade do trecho do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas⁴⁰, argumentando que a lei não pode impedir os magistrados de, no julgamento do caso concreto, realizar a individualização da pena.

Portanto, verificada a presença dos requisitos legais para a substituição, cabe ao juiz ponderar se, no caso concreto, a aplicação de penas alternativas será uma punição satisfatória e eficiente para a reprovação da conduta do apenado. Mais uma vez, abre-se espaço para o exercício da discricionariedade regrada na prática judicativa.

Segundo o artigo 41 da Nova Lei de Drogas *“o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um terço a dois terços”*.

Para a incidência dessa causa de diminuição de pena conhecida como delação premiada, a cooperação do indiciado ou réu deverá ser plena. Exige-se que haja colaboração durante o inquérito policial e durante a ação penal, e que a mesma contribua para a efetiva identificação dos demais envolvidos na ação criminosa, bem como a recuperar total ou parcialmente o produto do crime. Quanto mais eficaz a cooperação maior será a redução da pena.

A legislação prevê uma causa de isenção de pena no artigo 45, para o agente que, em razão da dependência ou sob o efeito de droga era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, situação em que o Juiz poderá determinar, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Tal qual disposto no artigo 26, *caput*, do CPB, o artigo 45 da Lei 11.343/06 traz uma hipótese de exclusão da culpabilidade do agente dependente ou que atua sob o efeito de droga.

³⁹ Habeas Corpus nº 82.959-7/SP - São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006.

⁴⁰ Nesse sentido: Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 100657/MS – Mato Grosso do Sul. Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010.

Qualquer que seja a infração praticada, se, em trabalho pericial, for considerado inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado inimputável. Na hipótese, a norma aplicável será a da Lei em comento e não o Código Penal.

O critério é o biopsicológico, isto é, o trabalho pericial deverá atestar a dependência ou influência de substância entorpecente e a ausência de capacidade de entendimento e/ou autodeterminação, concluindo pela inimputabilidade. Estando provadas a materialidade e autoria de qualquer crime e comprovada a inimputabilidade, o Juiz proferirá sentença de absolvição imprópria, ou seja, aquela que absolve, mas obriga o réu a submeter-se a tratamento médico adequado, ainda que se trate de usuário ou dependente em cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 26 da Lei nº. 11.343/2006).

Relacionada a estas circunstâncias do acusado, a legislação antidrogas prevê outra causa de diminuição, qual seja o reconhecimento da semi-imputabilidade do agente, conforme disposto nos artigos 46 e 47 da Lei nº. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

Ao réu semi-imputável por não possuir, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o Juiz poderá reduzir a pena de um a dois terços. Importante lembrar que na semi-imputabilidade ocorre somente a redução da pena, não sendo possível a substituição por tratamento médico, embora o Juiz possa determinar que o agente se submeta a tratamento realizado por profissional de saúde, caso a avaliação pericial ateste esta necessidade; mesmo que se trate de agente em cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 26 da Lei nº. 11.343/2006).

Já as causas de aumento de pena nos crimes de tráfico e equiparados estão previstas no artigo 40 da legislação antidrogas, e autorizam a majoração da reprimenda de um a dois terços, *in verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

- II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
- III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
- IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
- V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
- VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
- VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

O artigo 44 da Lei nº. 11.343/2006 dispõe que os crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37, no tocante às prisões cautelares são inafiançáveis e insuscetíveis de liberdade provisória. O mesmo dispositivo veda aos magistrados a conversão da pena privativa de liberdade em penas alternativas e a concessão de suspensão condicional da pena (*sursis*) na sentença, bem como da graça, do indulto e da anistia durante a execução da pena.

Não obstante a vedação legal, a maioria dos Ministros do STF entende que a gravidade abstrata do delito de tráfico não basta, por si só, para justificar a prisão cautelar dos supostos criminosos. Principalmente, porque tal vedação afronta o princípio da presunção da inocência, ao negar a liberdade sem que tenha sido formado o convencimento sobre culpa dos acusados⁴¹. A Corte deixou claro que não se trata de impedir a decretação da prisão provisória quando necessário, mas de não barrar a possibilidade de o juiz, que é quem está atento aos fatos específicos do processo, analisar se ela é ou não necessária.

Ainda sobre a norma do artigo 44 da Lei nº. 11.343/2006, destacamos que, em setembro de 2010⁴², os Ministros do STF declararam inconstitucional a proibição de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas para condenados por tráfico de drogas. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello afirmou que cabe ao juiz da causa avaliar qual é a pena mais adequada para o condenado, motivo pelo qual prevaleceu o entendimento de que a proibição fere o princípio da individualização da pena.

Assim, o STF firmou o entendimento de que o processo de individualização da pena é determinante para a personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em

⁴¹ Nesse sentido: Habeas Corpus nº. 104.339/SP – São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 10/05/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>.

⁴² Nesse sentido: Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 100657/MS – Mato Grosso do Sul. Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010. Habeas Corpus nº. 97256 / RS – Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010. Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>.

três momentos distintos e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não teria a força de subtrair do juiz o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas e subjetivas da conduta incriminada, num esforço para conciliar a segurança jurídica e a justiça material. Logo, o STF reconhece a discricionariedade do magistrado, a quem cabe no momento de aplicação da pena ao caso concreto aferir a presença dos requisitos objetivos⁴³ e subjetivos⁴⁴ para a substituição da pena privativa de liberdade pela pena alternativa⁴⁵, bem como a adequação desta como sanção eficaz ao sentenciado.

Vale lembrar que, segundo a literatura jurídica, uma vez presentes os requisitos objetivos e subjetivos, a substituição é um direito do réu, não podendo o julgador deixar de operá-la (BRANDÃO, 2008). Sendo assim, presentes os requisitos legais, a substituição é um poder-dever do magistrado e não uma faculdade.

Quanto ao benefício do livramento condicional, a legislação antidrogas repete no parágrafo único do seu artigo 44 o conteúdo do artigo 83, inciso V, do Código Penal, introduzido pela Lei de Crimes Hediondos. Somente será permitida a concessão do livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena privativa de liberdade, sendo vedado o benefício aos reincidentes específicos, ou seja, do reincidente em um dos tipos penais especiais apontados no artigo 44, *caput*.

Por fim, ressaltamos que na fixação das penas, o Juiz considerará com preponderância sobre o previsto as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CPB, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42 da Lei nº. 11.343/2006). Sendo que na fixação da pena de multa a que se referem os artigos 33 a 39 desta Lei, o Juiz, atendendo ao que dispõe o artigo 42, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 05 vezes o valor do salário-

⁴³ A substituição das penas será deferida quando 1. da prática de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada; 2. da prática de crime doloso cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena aplicada não seja superior a quatro anos; e 3. da prática de crime doloso e cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, com pena aplicada inferior a um ano (BRANDÃO, 2008).

⁴⁴ São requisitos subjetivos para a concessão da substituição: 1. a não reincidência em crime doloso, salvo se a substituição for socialmente recomendável mesmo sendo o réu reincidente; e 2. a presença de circunstâncias judiciais favoráveis, ou seja, quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicam que a substituição seja suficiente (BRANDÃO, 2008).

⁴⁵ São penas alternativas: a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; a interdição temporária de direitos e as limitação de fim de semana, conforme disposto nos artigos 43 a 48 do CPB.

mínimo. Em caso de concurso de crimes as multas serão impostas sempre cumulativamente, podendo ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, o Juiz considerá-las ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

A seguir, apresentamos um resumo do fluxo para o processamento dos crimes de tráfico na Lei nº. 11.343/2006.

2.5 Processamento dos crimes de tráfico de drogas na Lei nº. 11.343/2006.

Apresentamos um resumo do fluxo processual do crime de tráfico de entorpecentes na Lei nº. 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas). Na fase pré-processual, ou seja, no momento que antecede o oferecimento da denúncia, em caso de prisão em flagrante a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao Juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 horas (art. 50). O auto de prisão em flagrante será lavrado com o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, confeccionado por um perito oficial ou pessoa idônea, que provará a materialidade do crime.

O Inquérito Policial deverá ser concluído no prazo de 30 dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 dias, quando solto, podendo os prazos ser duplicados pelo Juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária (art. 51). Após elaboração de relatório, inexistindo necessidade de retorno para novas diligências, serão os autos encaminhados ao juízo.

A fase processual tem início com o oferecimento da denúncia. O Ministério Público terá 10 dias, a partir do recebimento do Inquérito Policial, para oferecer a denúncia (podendo arrolar até 05 testemunhas), estando o réu preso ou solto, pedir o arquivamento dos autos ou requisitar diligência que entender necessária.

Oferecida a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, também chamada de defesa preliminar, por escrito, no prazo de 10 dias. Na defesa prévia o réu poderá arguir questões processuais preliminares (*e.g.* a nulidade de atos praticados) e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar até 05 testemunhas. Se o réu não apresentar a defesa preliminar no prazo, a ele será nomeado defensor para que o faça em 10 dias.

No prazo de 05 dias, o Juiz deverá decidir se recebe a denúncia ou não. Assim, se entender imprescindível, o Juiz, no prazo máximo de 10 dias, determinará a apresentação do

preso, realização de diligências, exames e perícias (art. 55, §5º). Caso contrário, recebendo a denúncia, designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, e ordenará a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do assistente de acusação. Se a denúncia for rejeitada, caberá Recurso em Sentido Estrito. Se for recebida, caberá habeas corpus.

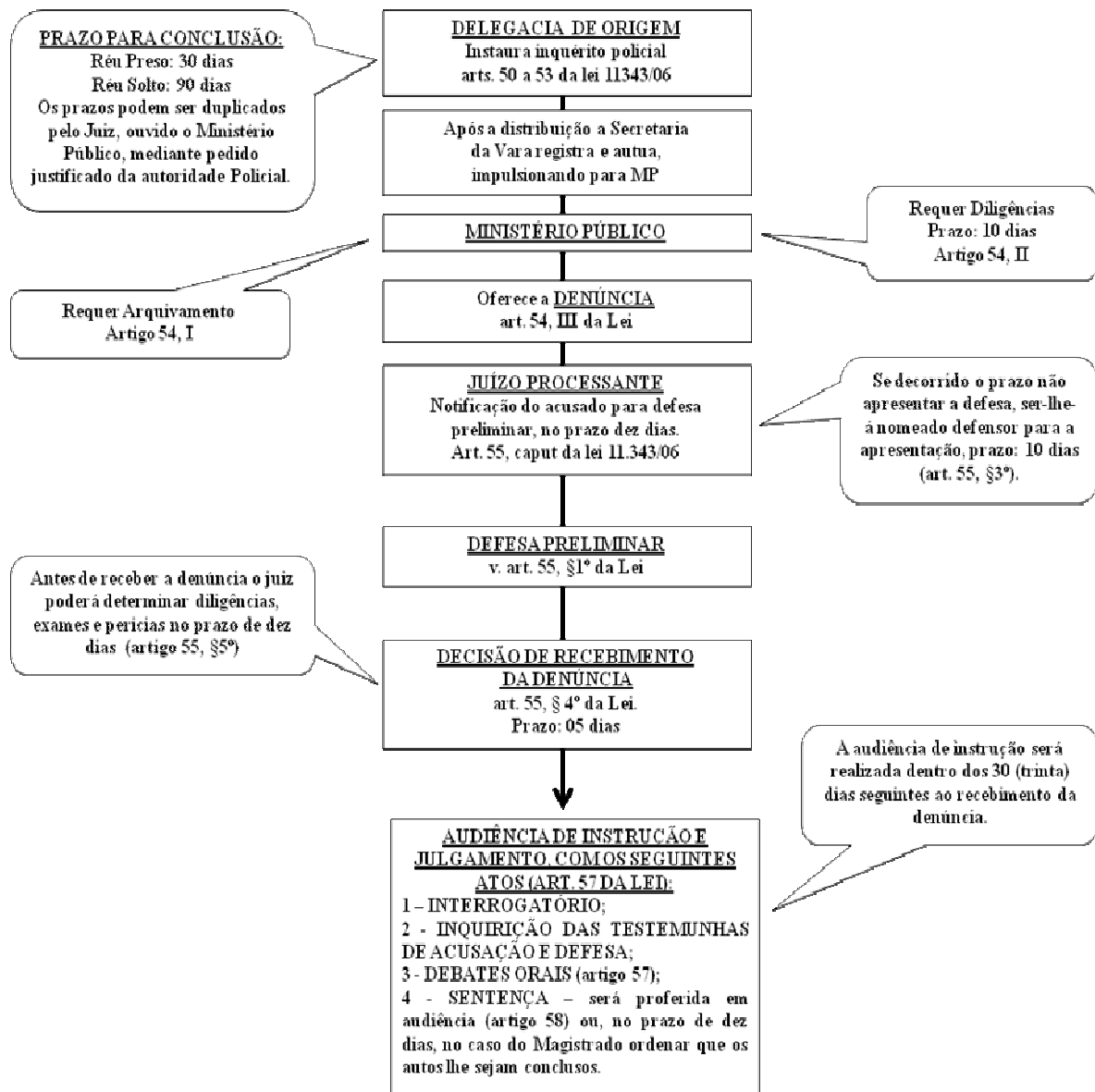
A audiência de instrução e julgamento deverá ser realizada dentro dos 30 dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 dias.

Primeiramente, haverá o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas; após, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, pelo tempo de 20 minutos para cada um, prorrogável por mais 10 minutos, a critério do Juiz.

Após proceder ao interrogatório, o Juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante (art. 57, parágrafo único). Findos os debates, o Juiz julgará. Não se achando apto para prolatar a decisão, o magistrado poderá fazê-la, no prazo de 10 dias.

Nos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº. 11.343/2006, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória (art. 59).

Fluxograma 1 Fluxo processual do crime de tráfico de drogas – Lei nº. 11343/2006



3 A ATIVIDADE JUDICATIVA NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Inicialmente, lembramos que, nos últimos anos, os pesquisadores brasileiros passaram a desenvolver mais estudos sobre o universo legal e judiciário buscando a descrição e compreensão de sua estrutura e entraves⁴⁶. A discussão sobre a eficiência ou ineficiência do Sistema de Justiça Criminal em processar adequadamente os delitos que chegam ao seu conhecimento tem motivado a produção de complexos estudos sobre o “*fluxo do sistema de justiça criminal*”⁴⁷, que demandam o levantamento de numerosas informações e a construção de bancos de dados sobre uma modalidade de infração penal, desde sua notificação à Polícia até o julgamento.

Através dos “*estudos de fluxo*” os pesquisadores pretendem reconstituir o fluxo de pessoas e procedimentos que atravessam as diferentes instituições que compõem o Sistema de Justiça Criminal, possibilitando o cálculo das taxas de esclarecimento, processamento, sentenciamento, condenação e aprisionamento dos envolvidos em ocorrências criminais.

O cálculo dessas taxas permite a reconstituição do fluxo do processamento de crimes e a mensuração da eficiência do Sistema de Justiça Criminal na persecução daqueles que infringiram a lei e lesionaram direitos de terceiros. Em última análise, permite uma avaliação global do sistema e de sua capacidade de prevenção (dissuasão da intenção de se cometer um crime), visto que desvela a probabilidade de se sofrer (ou não) uma punição pela transgressão da lei penal, indicada pela grande diferença (afunilamento) entre o número de ocorrências registradas pelas polícias e o número de processos sentenciados pelo Judiciário, com condenação e aprisionamento.

Os métodos utilizados para o cálculo dessas taxas (seja o “*longitudinal ortodoxo*”⁴⁸ ou o do “*desenho transversal*”⁴⁹) demandam a existência de um banco de dados extenso e confiável. Sendo assim, temos que a grande dificuldade em estudos dessa natureza no Brasil relaciona-se às fontes desses dados, já que, ao contrário do que acontece em países como

⁴⁶ Tais como: LEMGRUBER (1983); SOARES e ILGENFRITZ (2002); VOEGELI (2003).

⁴⁷ Dentre os quais citamos: VARGAS (2002); MISSE e VARGAS (2007); VARGAS (2007), SOUZA (2009).

⁴⁸ Método utilizado até a década de 1970, demanda o acompanhamento dos procedimentos desde o registro do crime pela polícia até o seu sentenciamento no Judiciário, reunindo informações detalhadas sobre autor e vítima, contexto da ocorrência e características processuais do caso (RIBEIRO e SILVA, 2010).

⁴⁹ Desenvolvido a partir da década de 1980 pelas Nações Unidas em seu programa “*Surveys of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems*”, que coleta informações apuradas anualmente pelas agências nacionais encarregadas da prevenção e controle da criminalidade acerca do número de crimes registrados; do número de processos iniciados por categoria criminal e do número de sentenças proferidas com referência ao tipo de delito. Estas informações viabilizam a análise do fluxo criminal através do uso do desenho transversal, caracterizado pelo contraste dos números produzidos por cada instituição do Sistema de Justiça Criminal para uma categoria de crime. O Brasil não participa desse programa das Nações Unidas porque aqui as informações sobre a prevenção e controle da criminalidade, quando existem, são produzidas apenas no nível estadual ou municipal.

França, Estados Unidos e Canadá, não dispomos de um órgão federal responsável pela coleta e organização de informações sobre o processamento de delitos.

Além disso, cada uma das instituições integrantes do Sistema de Justiça Criminal brasileiro produz informações distintas, consolidadas em documentos diferenciados⁵⁰, o que dificulta a reconstituição do processamento dos delitos desde a sua ocorrência até a sentença.

Temos, ainda, que em nossa legislação, crimes diferenciados podem implicar modalidades distintas de processamento, desta forma a natureza do delito é determinante na configuração do fluxo que o mesmo assume. Em que pesem as dificuldades apontadas, pesquisadores brasileiros têm se esforçado para realizar estudos sobre o fluxo de processamento no Sistema de Justiça Criminal pátrio⁵¹.

Consideramos que todas as decisões tomadas pelos agentes do sistema de justiça criminal no seletivo processo de “*criminação-incriminação*” e “*sujeição criminal*”⁵² (MISSE, 1999) integram e influenciam os rumos do “*fluxo processual*”, assim como as taxas de esclarecimento, processamento, sentenciamento, condenação e aprisionamento dos acusados.

Vargas (2000, 142), em pesquisa sobre a configuração do fluxo da justiça criminal para os crimes de estupro na cidade de Campinas em São Paulo, chamou a atenção para o fato de que a etapa do fluxo processual referente ao sentenciamento, ou seja, à tomada de decisão pelos magistrados, é um tema instigante a ser explorado.

Sendo assim, empreenderemos uma análise do universo legal e judiciário, porém, com um enfoque muito específico, qual seja o diagnóstico de como se dá o processo de elaboração da sentença penal, enquanto importante etapa do fluxo do Sistema de Justiça Criminal.

⁵⁰ Para ilustrar essa diferenciação temos que: 1) a Polícia Militar produz Boletins de Ocorrências que fornecem o número de crimes registrados; 2) a Polícia Civil produz Inquéritos Policiais que indicam o número de investigações iniciadas e encerradas; 3) o Ministério Público oferece Denúncias que indicam o número de delitos apurados que reclamaram a manifestação do Judiciário sobre a instauração (ou não) de um processo penal; e 4) o Judiciário movimenta processos a partir dos quais podemos apreender o número destes que foram iniciados (denúncias aceitas) e encerrados (sentenciados). (RIBEIRO e SILVA, 2010).

⁵¹ Uma revisão sucinta destes estudos pode ser encontrada em RIBEIRO e SILVA (2010, p.18-24). Em MISSE e VARGAS (2007), encontramos um estudo de fluxo sobre a incriminação no estado do Rio de Janeiro elaborado através de séries de dados referentes à década de 50 e ao período entre 1997-2001. Já em VARGAS (2007) é feita uma análise comparada sobre o fluxo da Justiça Criminal para o crime de estupro nas cidades de Campinas (São Paulo/Brasil) e Indianápolis (Indiana/EUA).

⁵² Esclarecemos que as expressões “*criminação-incriminação*” e “*sujeição criminal*” são aqui utilizadas conforme definição proposta por Misse (1999), na tese “*Malandros, marginais e vagabundos: a acumulação social da violência no rio de janeiro*”. Para uma compreensão mais ampla do significado desses conceitos recomendamos a leitura dessa relevante pesquisa, uma vez que as expressões citadas remetem a processos complexos que envolvem, respectivamente, o enquadramento de um curso de ação na classificação criminalizante definida no tipo penal e o processo social pelo qual identidades são construídas e atribuídas para habitar adequadamente o que é representado como o “*mundo do crime*”.

Para tanto precisamos empreender uma investigação sobre as práticas legais e a significação da atividade judicativa no Sistema brasileiro de Justiça, em especial, da posição ocupada neste pelos magistrados, pois estará em foco o processo de tomada de decisão consubstanciado nas sentenças por eles prolatadas.

3.1 A significação da atividade judicativa.

Ribeiro (1999) destaca a frequência com que questões sobre a conexão entre sistemas simbólicos e outros níveis da vida social tem sido discutidas por teorias sobre as práticas sociais. O autor situa o debate na discussão sobre o fator primordial na explicação dos fenômenos sociais: a esfera econômica ou a esfera cultural, afirmando que,

As teorias mais recentes têm se preocupado em demonstrar que as práticas materiais e as ordens simbólicas são mutuamente constitutivas ou ‘dualisticamente estruturadas’. Anthony Giddens (1984), por exemplo, propõe o conceito de ‘dualidade de estrutura’; Pierre Bourdieu (1990; Bourdieu e Wacquant, 1992) usa os conceitos de ‘habitus’, ‘campo’ e ‘capital’; e William Sewell Jr. (1992) reformula os conceitos de ‘habitus’ e ‘dualidade de estrutura’ para elaborar sua ‘teoria da estrutura’. Além disso, a ‘sociologia da punição’, desenvolvida por David Garland (1990), também se ocupa da constituição mútua da cultura e das práticas punitivas. (RIBEIRO, 1999, s/n)

Ainda segundo o autor, as recentes teorias sobre práticas sociais e de punição são devedoras das teorias sociológicas desenvolvidas nas décadas de 1960-1970, influenciadas pelas concepções fenomenológicas da vida social. Nesse sentido, argumenta,

Em suas críticas às teorias funcionalistas, Harold Garfinkel, Erving Goffman e Aaron Cicourel defendem a tese de que as práticas organizacionais dos agentes sociais são a chave para a compreensão das conexões entre sistemas simbólicos e outros níveis da vida social. De acordo com esses críticos do funcionalismo, **a significação da ação social só pode ser entendida pelo estudo das práticas e do raciocínio prático dos agentes.** (RIBEIRO, 1999, s/n, *grifo nosso*)

Cicourel (1968), em estudo sobre a organização social e a justiça juvenil nos Estados Unidos, critica as abordagens sociológicas sobre o crime e o desvio fundadas unicamente em estatísticas oficiais e que ignoram o fato destas serem produto de práticas organizacionais e do raciocínio prático dos funcionários das agências de controle social formal, responsáveis pela imposição da lei.

A partir da análise dos Juizados de menores americanos (*juvenile justice bureaus*), o autor aponta para a importância do estudo da práxis dos diferentes agentes do processo de produção de estatísticas criminais e documentos judiciais, cujo raciocínio prático define e

constitui o significado do que vem a ser considerado certo, errado, criminoso ou não criminoso. Segundo Cicourel,

Uma compreensão de como as estatísticas oficiais são reunidas informa o pesquisador sobre a forma como os “delinquentes” são produzidos pelas atividades socialmente organizadas e socialmente sancionadas pelos membros da comunidade e representantes das agências de aplicação da lei. (CICOUREL, 1968, p. 27, *tradução nossa*)

Para Cicourel (1968), na justiça criminal a resolução deste problema estaria em pesquisas que identificassem como são elaborados os “*autos criminais*” pelos atores envolvidos em atividades socialmente organizadas (como a comunidade, a família, a polícia, os tribunais, etc.), e como esses “*autos*” fornecem descrições “*corretas*” da estrutura de caráter, moral, justiça, legalidade, criminalidade aos membros daquelas organizações.

Partindo da crítica formulada por Cicourel, Ribeiro (1999) conclui que estudos sobre a criminalidade e o desvio fundados apenas em estatísticas não seriam capazes de alcançar a compreensão desses fenômenos. Assim, uma alternativa seriam as pesquisas realizadas com o emprego da técnica da observação participante ou que interpretem as estatísticas como representações das práticas dos agentes da lei (policiais, juízes, júri, promotores, advogados), mais do que uma medida das taxas de criminalidade.

Um exemplo de pesquisa inspirada nas proposições de Cicourel, pode ser encontrado em “*Sentencing as a human process*” de Hogarth (1971), para quem

a explicação do processo de tomada de decisões de juízes e corpos de jurados está em saber como os tribunais usam as informações. A determinação de relações estatísticas entre fatores como, de um lado, a gravidade do crime e a ficha criminal e, de outro, o padrão de decisões de sentenças não quer dizer que esses fatores sejam conscientes para juízes, advogados e jurados no momento do julgamento. Na opinião de Hogarth, os estudos sobre decisões de sentença que se baseiam apenas em testes estatísticos seguem um modelo de ‘caixa preta’, porque não se sabe coisa alguma sobre os juízes ou magistrados, além das decisões que tomaram. Em contraste com um estudo do tipo ‘caixa preta’, **uma pesquisa séria sobre o processo de decisão de sentenças deveria incluir a investigação das opiniões e práticas dos magistrados. Hogarth conclui que apenas um estudo fenomenológico que busque compreender os processos empregados pelos magistrados para atribuir ‘significados’ aos fatos, leis, idéias e pessoas é capaz de prever a conduta judicativa.** (RIBEIRO, 1999, s/n, *grifo nosso*)

Formulações de inspiração fenomenológica sobre a justiça criminal encontradas em Cicourel (1968) e Hogarth (1971) foram retomadas e desenvolvidas por Bourdieu, Giddens e Sewell Jr., os quais compartilham a opinião de que as práticas materiais e os sistemas simbólicos se constituem reciprocamente ou são “*dualisticamente estruturados*”.

No sexto e último capítulo do livro *“A constituição da sociedade”*, Giddens (2003) recorre a um *“fragmento situado de interação”* entre um Juiz, um promotor e um advogado num debate em tribunal para definir o conceito de *“dualidade da estrutura”*, central em sua *“teoria da estruturação”*. Para o autor,

Cada fala na conversa entre os participantes só é apreendida por eles (e pelo leitor) como significativa pela tácita invocação de características institucionais do sistema de justiça criminal. Estas servem de suporte para cada interlocutor, que (corretamente) as presumem como sendo de conhecimento mútuo na situação. Note-se que o conteúdo desse conhecimento mútuo supõe muitíssimo mais do que a mera percepção das táticas de *“procedimento apropriado”* em tais casos, embora isso também esteja envolvido. Cada participante possui vastos conhecimentos sobre o que é um *“sistema legal”*, sobre procedimentos normativos de Direito, sobre o que presos, advogados e juízes fazem etc. **Para que a interação seja realizada, os participantes fazem uso de seu conhecimento da ordem institucional em que estão envolvidos, de modo a tornar essa interação “significativa”. Entretanto, ao invocar a ordem institucional desse modo - e não existe outra maneira de os participantes na interação tornarem inteligível e coerente o que fazem, aos olhos uns dos outros -, eles contribuem com isso para reproduzi-la.** Além disso, é essencial ver que, ao reproduzi-la, eles também reproduzem sua *“faticidade”* como fonte de coerção estrutural (sobre eles próprios e sobre outros). Tratam o sistema de justiça como uma ordem *“real”* de relações [isto é, estruturalmente estável] no âmbito da qual sua própria interação esta situada e a qual ela expressa. (GIDDENS, 2003, p. 390, *grifo nosso*)

Em resumo, Giddens propõe que a estrutura e a ação humana pressupõem-se mutuamente, na medida em que as estruturas informam as práticas humanas, que simultaneamente constituem, reproduzem e inovam as estruturas, transformando-as.

Assim, as estruturas são concebidas como processos, e, conforme definição sucinta são *“conjuntos de regras e recursos, implicados na articulação institucional de sistemas sociais. Estudar estruturas, inclusive princípios estruturais, é estudar aspectos importantes das relações de transformação/mediação que influenciam a integração social e sistêmica”* (GIDDENS, 2003, p. 442).

Estas estruturas são virtuais, elas *“existem apenas como vestígios de memória”* e são colocadas em prática na produção e reprodução da vida social. Também são duais, pois compostas por regras e recursos. As regras são *“técnicas ou procedimentos generalizáveis aplicados no desempenho/reprodução de práticas sociais”* (GIDDENS, 2003, p. 25). São *“generalizáveis”* na medida em que não dependem apenas de situações específicas, podendo orientar práticas sociais em diversas situações.

Nesse sentido, Ribeiro (1999, s/n) lembra que as *“regras’ que opõem os papéis de homem e mulher podem orientar as práticas das pessoas em situações tão diversas quanto os debates nos tribunais e os encontros cotidianos nas ruas de uma grande cidade”*.

Ao mencionar que as estruturas não são compostas apenas de regras, mas também de “recursos”, Giddens (2003, p. 443) indica que nelas está implícita uma relação de poder. Ao definir recursos, o autor os subdivide em “recursos alocativos” e “recursos autoritários”. Os primeiros são “recursos materiais envolvidos na geração de poder, incluindo o ambiente natural e os artefatos físicos; eles derivam do domínio humano sobre a natureza”, enquanto os segundos são “recursos não-materiais envolvidos na geração de poder, derivando da capacidade de tirar proveito das atividades de seres humanos; eles resultam do domínio de alguns atores sobre outros”.

No capítulo VIII de “O Poder Simbólico”, intitulado “A força do Direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico”, Bourdieu (2006) empregou sua teoria das práticas sociais, baseada nos conceitos de “campo”⁵³, “habitus”⁵⁴ e “capital”⁵⁵, para explicar quais são os principais dispositivos simbólicos que constituem o campo jurídico, assim definido pelo autor,

O campo jurídico é o lugar da concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas. (BOURDIEU, 2006, p. 212)

Comentando as lições de Bourdieu, Ribeiro (1999, s/n) destaca que o caminho para a renovação da Sociologia do Direito está no entendimento das práticas dos membros do Judiciário, pois o campo jurídico é relativamente independente de demandas externas, apresentando divisões internas de trabalho e de competências conflitantes no processo de tomada de decisões legais. Para o autor, “a concepção prática da lei que se revela no veredicto é a culminação de uma luta simbólica entre profissionais de desigual competência técnica e social”.

⁵³ Espaço simbólico, no qual lutas dos agentes determinam, validam, legitimam representações. Nele se estabelece uma classificação dos signos, do que é adequado, do que pertence ou não a um código de valores.

⁵⁴ “Sistema de disposições duráveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, isto é, como princípio gerador e estruturador das práticas e das representações que podem ser objetivamente ‘regulamentadas’ e ‘reguladas’ sem ser o produto de obediência a regras, objetivamente adaptadas a seu fim sem supor a intenção consciente dos fins e o domínio expresso das operações necessárias para atingi-los e coletivamente orquestradas, sem ser o produto da ação organizadora de um regente” (BOURDIEU, 1994, p. 61).

⁵⁵ O conceito de capital em Bourdieu refere-se basicamente ao acúmulo de forças dos agentes, sendo distinguido em quatro tipos de capital, sendo o social, o econômico, o simbólico e o cultural.

Em termos gerais, Bourdieu afirma que as ações e as práticas humanas são criadas e orientadas por algo semelhante ao que Giddens chama de “*dualidade da estrutura*”. Em lugar de “*regras*” e “*recursos*”, o autor apresenta a definição de “*estruturas mentais*” e do “*mundo dos objetos*”, sendo estes guiados e transformados pelas práticas dos agentes sociais.

De acordo com Ribeiro (1999), Bourdieu utiliza o conceito de “*habitus*” para reformular o dualismo entre ação e estrutura; para definir as práticas informadoras e transformadoras das “*estruturas mentais*” e do “*mundo dos objetos*” em campos específicos (e.g. o campo jurídico), assim como entre os campos. O “*habitus*” é definido como “*estruturas estruturadas*” e “*estruturas estruturantes*”, como uma espécie de “*senso do jogo*” que possibilita a constituição mútua da ação e das estruturas.

No campo jurídico, o “*habitus*” permitiria a profissionais de desigual competência técnica e social uma capacidade de compreender os significados e de usar de modo eficiente os recursos que podem e devem ser empregados em cada uma das situações vivenciadas num tribunal. Para Bourdieu,

a instituição de um ‘espaço judicial’ implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de fato dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura lingüística – que supõe a entrada neste espaço social. (BOURDIEU, 2006, p. 225)

Segundo Bourdieu, a lei tem “*o poder oficial de nomear*”, ou seja, os relatos e as decisões consubstanciados nos veredictos definem o certo e o errado na sociedade. Além de estarem impregnadas por representações sociais e julgamentos morais difundidos na sociedade; as decisões legais geram representações sociais e categorias morais. Desta forma, como em uma via de mão dupla, podemos dizer que enquanto a lei “*faz*” o mundo social, ela também “*é feita*” por ele.

De outro lado, o historiador e cientista social Sewell Jr. (1992) reformula a teoria da estrutura e da prática contida nas abordagens de Giddens e Bourdieu. Sewell Jr. não menciona as práticas judiciais, mas afirma a generalidade de seu conceito de estrutura, o que possibilita sua aplicação a estruturas de diferentes naturezas.

Em sua teoria Sewell Jr. também versa sobre a “*dualidade da estrutura*”, a ação e as transformações estruturais. O autor afirma a dualidade da estrutura, defendendo que esta ocorre entre “*esquemas*” (culturais) e “*recursos*” (materiais ou de poder), estes últimos entendidos como humanos e não humanos. Ao tratar da dualidade entre estrutura e ação, Sewell Jr. conclui que,

As estruturas, como já argumentei, são mutuamente constituídas por esquemas culturais e conjuntos de recursos que conferem poder e restringem a ação social, e tendem a ser reproduzidos por essa ação. Os agentes adquirem poder devido às estruturas, não apenas o conhecimento de esquemas culturais os capacita a mobilizar recursos, mas também o acesso a recursos os capacita a produzir esquemas. Esse uso do conceito de estrutura difere tanto do uso sociológico habitual do termo, porque insiste em que a estrutura é um fenômeno profundamente cultural, quanto do uso antropológico habitual, porque insiste em que a estrutura sempre deriva da natureza e da distribuição dos recursos no mundo cotidiano. A estrutura é dinâmica, não estática, ela é o resultado em constante evolução e a matriz de um processo de interação social. (SEWELL JR., 1992, p. 27, *tradução nossa*)

No contexto do presente trabalho, surge a questão da constituição mútua das práticas punitivas (*e.g.* a decisão na sentença criminal) e da cultura (*e.g.* o significado destas sentenças) que tem sido abordada em estudos da “*sociologia punitiva*”.

Garland (1990, p. 198) nos oferece uma relevante análise sobre a relação entre a cultura e a punição. Segundo este autor a punição deve ser entendida como “*um artefato cultural complexo que codifica em suas próprias práticas os signos e os símbolos da cultura mais ampla*”.

Assim, a punição envolve uma rede de práticas sociais materiais (ações) em que as formas simbólicas são sancionadas tanto pela força, quanto pelo uso. Também quando tratamos de práticas punitivas, devemos pensar a cultura (símbolos e seus significados) e as práticas sociais (ação social e práticas instrumentais) como mutuamente constitutivas.

Como vimos anteriormente, os diferentes papéis atribuídos a homens e mulheres em nossa sociedade influenciam no juízo de reprovação que informa a tomada de decisão sobre suas condutas criminosas, sendo que os significados dos crimes praticados por homens e mulheres relacionam-se às práticas sociais que punem diferentemente conforme o gênero.

Isso significa que as práticas penais estão entre as muitas formas pelas quais a sociedade estabelece distinções entre os gêneros, integrando uma cultura mais geral que atribui significados diversos aos papéis masculinos e femininos. Conforme Garland,

Na verdade, os padrões gerais de significação cultural indubitavelmente influenciam as formas de punição. Mas também é verdade que a punição e as instituições penais ajudam a modelar a cultura e contribuem para a criação dos seus termos. [...] **Assim, a instituição penal é tanto ‘causa’ quanto ‘efeito’ da cultura.** (GARLAND, 1990, p. 249, *grifo nosso*)

Corroborando esse entendimento, Ribeiro (1999) destaca a comunicação de significados culturais através das práticas punitivas, que são, simultaneamente, influenciadas por tais significados, seja em relação ao crime e à pena, seja em relação à moralidade, ao gênero ou à raça. Sobre a relação entre significados culturais e a atividade judicativa, o autor defende que,

Entre as diversas práticas por meio das quais a punição influencia e propaga significados culturais estão as do julgamento por sentença. É claro que a sentença não é o único meio pelo qual significados culturais impregnam as práticas punitivas, mas o momento de definir sentenças é sem dúvida importante para reificar ao mesmo tempo a significação da atividade judicativa e o significado de outras categorias culturais, como gênero, classe, raça e moralidade. (RIBEIRO, 1999, s/n, *grifo nosso*)

Diante do exposto até aqui, podemos concluir que o estudo do processo de julgamento ou de tomada da decisão criminal surge como uma importante ferramenta na busca por explicações sobre os significados culturais que definem e são definidos por práticas punitivas.

Por fim, anotamos que a questão sobre qual a metodologia adequada para pesquisas empíricas que deem conta da inter-relação de significados culturais e práticas punitivas tem sido objeto de discussão. Enquanto Cicourel e Hogarth defendem o uso de pesquisas etnográficas ou qualitativas, Bourdieu recorre a metodologias semelhantes às utilizadas no estudo de estruturas de significação e Giddens admite que abordagens qualitativas e quantitativas são igualmente válidas. No presente trabalho optou-se pela abordagem metodológica da *“Theory of sentencing”*, cujas linhas gerais serão expostas adiante.

3.2 O Poder Judiciário e os sistemas de orientação da magistratura brasileira.

O estudo do processo de tomada da decisão judicial exige a contextualização dos atores responsáveis por sua concretização, ou seja, a identificação dos sistemas de orientação e da cultura jurídico-institucional em que estão inseridos. Deste modo, faremos uma breve exposição a respeito da influência das características do Poder Judiciário brasileiro sobre a racionalidade das práticas dos magistrados a ele vinculados.

Nesse sentido, consideramos emblemáticas as palavras de Sadek (1998) ao descrever a transformação por que tem passado a magistratura e o Judiciário brasileiro.

Olhar circunspecto, gestos medidos, corpo escondido em uma toga engomada: estava composto o figurino do juiz. Para completar o personagem, em tudo distante das mazelas do dia a dia, suas idéias, inclinações e preferências deveriam estar sufocadas no recôndito de sua intimidade. A ele cabia o papel de árbitro. Tanto mais imparcial quanto mais sem corpo e sem alma. Afinal, para representar uma justiça que se pretendia cega, o modelo haveria de ser inflexível, não admitindo improvisações e qualquer sorte de subjetividade. Dentre todos os papéis profissionais, talvez seja este o que mais tenha resistido às mudanças. Elas, entretanto, vieram. Devagar, dirão alguns. Mas o fato é que vieram. E por todos os lados. **O judiciário não é mais aquele poder "mudo", no dizer de Montesquieu ou mesmo de Rousseau, concebido como distinto do executivo e do legislativo, mas vem se transformando em um ator político de primeira grandeza. Juízes vêm ganhando um corpo marcado pela idade, gênero, estado civil, origem social**

e uma alma, cada vez mais exposta a afetos, sentimentos e paixões. O palco, por sua vez, também vem sofrendo alterações, ajustando-se a novos scripts. Neste novo cenário, os atores não só disputam espaços como ganham diferentes papéis. (SADEK, 1998, s/n, *grifo nosso*)

Em “*Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*” (1997), Vianna *et al.* destacam o crescente protagonismo social e político da magistratura brasileira, analisando as mudanças institucionais decorrentes do processo de redemocratização/constitucionalização do sistema político e judiciário, bem como das características das demandas que provocam a jurisdição.

Embora de forma retardatária, ainda sem identidade plena com o processo de democratização, sem o adequado amadurecimento organizacional e doutrinário, os juízes viram-se alçados à condição de atores cada vez mais influentes na sociedade civil e na vida pública brasileiras. Forçados a atuarem constantemente como guardiões dos direitos fundamentais e sociais, comprometidos com a realização da justiça, deixaram de ser apenas a “*boca inanimada da lei*” para atuarem como agentes criadores e transformadores da estrutura social.

Vianna *et al.* (1997) voltaram-se inicialmente para a figura do Juiz e suas circunstâncias, enfatizando o processo de diferenciação cultural dos magistrados. Na esteira desse pensamento, os autores argumentam que para compreender essa transformação na atuação dos julgadores brasileiros precisamos recordar o modelo de recrutamento e socialização dessa elite profissional, bem como o papel institucional a ela atribuído no Poder Judiciário.

Os magistrados fazem parte das elites, sendo que, no Brasil, a incorporação de novos segmentos sociais a estas não implicou uma confirmação de valores e sistemas de orientação já consagrados, ocasionando, por outro lado, a heterogeneidade da origem de seus integrantes e a tendência à conformação de uma pluralidade de concepções de mundo.

Segundo Vianna *et al.* (1997, p. 8), essa heterogeneidade das elites brasileiras relaciona-se também à sua segmentação em dois eixos, a saber: Estado e mercado. Nas palavras dos autores essa segmentação “*significaria um tipo de especialização em que ‘culturas familiares’, de corte público ou privado, favorecem a inscrição dos indivíduos delas provenientes em um ou outro eixo*”.

Como exemplo, Vianna *et al.* (1997, p. 8) citam o caso da magistratura, onde “*cerca de 50% dos juízes são originários de famílias com ocupação no setor público (47,5% dos quais com pai titular de um curso superior, percentual bastante superior ao verificado entre os juízes que provêm de famílias com ocupação no setor privado, em que apenas 18,9% é filho de pai com escolaridade superior)*”.

Ainda, segundo Vianna *et al.* (1997, p. 9) os valores e sistemas de orientação das elites brasileiras estão relacionados à forma de modernização capitalista do país, marcada pela “*iniciativa organizadora do Estado*” e de “*uma fração das elites formadas na tradição ibérica de precedência do estado sobre a sociedade civil*”, que retardou o processo de emancipação político cultural da dimensão do privado. Essa emancipação coincidiu com a transição do autoritarismo para a democracia, mas sem abandonar completamente a cultura política herdeira do iberismo fundante do Estado nacional.

No caso das elites profissionais, a transformação dos valores e sistemas de orientação depende, entre outros fatores, do controle exercido pelas corporações sobre a seleção e o processo de socialização de novos membros.

Vianna *et al.* (1997, p.10), lembram que algumas elites profissionais, como a burocracia do Itamarati e a corporação militar, conseguiram manter suas identidades (valores e sistemas de orientação), seja através de rigoroso concurso de seleção, seja pelo intenso processo de socialização. Contudo, no caso da magistratura verificamos algumas particularidades. De elite político-administrativa que, no Império fornecia os dirigentes do Estado, a magistratura passa a corpo “*técnico-perito no ajustamento da lei ao fato social, transformando-se de ‘construtor da ordem’ em garantidor, ao estilo weberiano, das condições de previsibilidade – a ‘certeza jurídica’ – necessárias à expansão da vida mercantil*”.

Além disso, se antes os juizes brasileiros provinham essencialmente das elites proprietárias, hoje também têm origem social nas camadas médias e nos setores sociais “*subalternos*”, em virtude da democratização do acesso à qualificação universitária e do recrutamento por concurso público.

E, ao contrário do que acontece na burocracia do Itamarati e na corporação militar, a magistratura desconhece mecanismos formais de socialização que integrem o novo Juiz à cultura institucional, sendo característica dessa corporação uma maior permeabilidade às correntes de opinião expressas na sociedade.

Vianna *et al.* (1997) lembram que, durante o período ditatorial, os juizes foram mantidos em sua “*função tradicional de arbitragem e resolução de conflitos individuais*”, ao passo que, no período de transição à democracia e de crise global do “*welfare state*”, foram chamados a se pronunciar sobre disputas entre os setores da elite brasileira e sobre a relação que deveria prevalecer entre as dimensões do público e do privado.

Nos primeiros anos do período de transição democrática, o Judiciário esteve comprometido apenas com a manutenção da separação entre os Poderes Legislativo e

Executivo, bem como afastado das demandas por direitos sociais. Após a promulgação da Constituição de 1988 teve seu papel republicano redefinido, levando-o a dirimir conflitos institucionais entre o Legislativo e o Executivo; a atuar em demandas pela ampliação de direitos, relacionadas à defesa do cidadão e da iniciativa privada contra o forte intervencionismo estatal na economia.

A assunção desse novo papel pelo Judiciário é, como sustentam Vianna *et al.* (1997, p. 12), “*menos o resultado desejado por esse Poder, e mais um efeito inesperado da transição para a democracia*” e de uma “*reestruturação das relações entre Estado e sociedade, em consequência de grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo*”.

Num contexto de expansão desordenada das normas dispositivas, muitas vezes, editadas por fatores conjunturais; de expansão das matérias submetidas a controle jurídico; de diluição dos limites entre público e privado; de aparição de inúmeras fontes materiais de direito, favorecendo o pluralismo jurídico; e de crescente esvaziamento do direito positivo; ocorre a chamada “*crise do Poder Judiciário*”. Este, ainda sob forte influência dos cânones do positivismo jurídico, do direito codificado e da separação dos Poderes, é colocado diante de um sem-número de novos problemas para cujo enfrentamento não estava preparado material, conceitual e doutrinariamente.

A necessidade de adaptação à nova realidade social brasileira leva a uma progressiva transformação da malha institucional do Judiciário e de sua cultura jurídica que, tradicionalmente positivista, tende a incorporar a dimensão da justiça na tutela de direitos e liberdades de sentido promocional prospectivo⁵⁶ e, inclusive, de pequenos interesses antes desamparados.

Além disso, as normas jurídicas de sentido promocional prospectivo caracterizam-se por uma maior imprecisão e vagueza, o que demanda a desneutralização do Judiciário e uma postura mais criativa por parte do Juiz na interpretação da lei. Para Cappelletti,

⁵⁶ Segundo Ferraz (apud VIANNA *et al.*, 1997, p. 26), a positivação do direito natural (neojusnaturalismo) e o constitucionalismo moderno, promoveram a edição da chamada “legislação simbólica, quer referida a direitos fundacionais, quer aos direitos sociais”, que exprimiria um “sentido promocional prospectivo’ que supõe, para além da liberdade individual enquanto liberdade negativa, uma liberdade positiva, cujo exercício não está remetido a um tempo passado, e sim a um tempo futuro, na medida em que, no contexto do Estado Social, ela não é ‘um princípio a ser defendido, mas a ser realizado’”, o que legitima a “desneutralização da função do Judiciário, o qual ‘perante eles [os direitos sociais] ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)’”.

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. **Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos seus elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.** (apud VIANNA *et al.*, 1997, p. 27, grifo nosso)

Essa transformação repercute sobre o sistema de orientação dos magistrados brasileiros levando a uma tendência de inovação institucional no exercício da jurisdição, implicando um movimento de aproximação entre o sistema de “*civil law*” – tradicionalmente normativista – e os institutos e orientações da “*common law*”, fenômeno descrito por Cappelletti e Merryman como universal.

Em “*Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*”, Vianna *et al.* (1997, p. 16), analisam informações sobre a faixa etária, região, gênero, origem social, dentre outras, coletadas através de questionários enviados a todos os juízes, ativos e inativos, cadastrados por Tribunais e associações de magistrados, com o objetivo de construir indicadores capazes de “*mapear as diferentes atitudes do magistrado brasileiro em face do Direito, da organização do Poder Judiciário e das condições de acesso à justiça, bem como caracterizar as principais correntes de opinião às quais aderem*”.

Embora Vianna *et al.* (1997) tenham feito descobertas interessantes sobre o perfil dos magistrados brasileiros⁵⁷, interessa-nos suas conclusões a respeito dos sistemas de orientação que informam a atividade judicativa. Nesse sentido, os autores argumentam,

quer pelas razões da sua composição heterogênea, quer pela inexistência de mecanismos de socialização, quer, ainda, porque a sua práxis recente foi obrigada a se confrontar com um novo quadro de desafios, exigindo respostas inovadoras por parte de cada juiz singular, **a corporação se apresenta recortada pluralisticamente, podendo-se notar que ela conhece diversos sistemas de orientação**, salvo na questão da autonomia do Poder Judiciário e na da soberania do juiz, diante das quais há largo consenso. **Deste modo, reconhece-se um sistema de orientação que tem na instituição do Poder Judiciário um ator coletivo que quer se envolver no processo de mudança social; um outro, centrado no juiz como um agente solitário que aproxima o direito da justiça – onde, aliás, se**

⁵⁷ Por exemplo, a partir da análise de dados relacionados à faixa etária e gênero Vianna *et al.* (1997) verificaram uma tendência ao recrutamento de juízes mais jovens (concurados com idade média de 42 anos) e de uma parcela mais expressiva de mulheres, embora estas sejam minoria (em 1997 a participação na magistratura atingia 19,5%). Os dados sobre as origens familiares apontaram para um cenário de recrutamento plural (e.g. 54% dos juízes têm pai com escolaridade até o primeiro grau e aproximadamente 30% têm um perfil ocupacional de extração subalterna) e para uma tendência de recrutamento de juízes filhos de profissionais com formação universitária. Dados sobre estado de origem do magistrado e o local de sua atuação profissional demonstram uma expressiva mobilidade espacial o que favorecerá a adesão dos magistrados ao ideal de democratização do judiciário próprio do constitucionalismo moderno.

encontra o mainstream da corporação; e um, ainda, distante desses, compreendendo aqueles juízes que se mantêm fiéis ao cânon da civil law – com ênfase no tema da ‘certeza jurídica’. Finalmente, observa-se a presença embrionária e minoritária de uma corrente que acentua o uso alternativo do Direito e as formas extra-judiciais de composição do conflito. (VIANNA et al., 1997, p. 14, grifo nosso)

Deste modo, ganha força a tendência de desneutralização do judiciário, com aumento da margem de discricionariedade dos magistrados na prática judicativa. Essa nova configuração do Judiciário desneutralizado e influenciado por uma concepção de legalidade que questiona a rígida separação entre os Poderes, afasta a exclusividade do Legislativo na formulação de leis, levando à chamada “*judicialização da política*”.

O constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Poder Judiciário sobre as decisões dos demais poderes, pondo em evidência o novo papel daquele Poder na vida coletiva — o que já justificaria o uso da expressão ‘democracia jurisdicional’ como designação política do Ocidente desenvolvido. A desneutralização do Judiciário, a emergência do seu ativismo e, sobretudo a ‘judicialização da política’ seriam processos afirmativos em escala universal, compreendendo tanto os sistemas de common law como os de civil law. (Vianna, et al., 1997, p. 31).

Este fenômeno é, portanto, universal, afetando tanto os sistemas de “*common law*” como os de “*civil law*”, respeitadas as especificidades de cada modelo e de suas relações com o sistema político.

Constatadas essas transformações no perfil institucional do Judiciário, na cultura jurídica e nos sistemas de orientação dos magistrados brasileiros, pretendemos estudar quais as suas consequências no processo de tomada de decisão.

Nesse sentido, Vianna et al. (1997) alertam para a importância da “*incorporação de análises qualitativas que, tendo como objeto a sentença e a natureza do feito sob julgamento, venham a demonstrar ‘para quê’ e ‘a quem’ vem servindo todo o imenso aparelho do Judiciário*” (VIANNA et al., 1997, p. 16).

3.3 Os magistrados e a subjetividade.

Diante da pluralidade de sistemas de orientação dos magistrados brasileiros, do aumento de sua margem de discricionariedade na prática judicativa e da tendência de desneutralização do Judiciário, surge a discussão a respeito do mito da imparcialidade do julgador na interpretação e aplicação da lei.

O princípio da imparcialidade do julgador afirma que este deve conservar um posicionamento indiferente e distante em relação ao que está sendo discutido no processo e às partes, bem como ser capaz de se desprender de suas pré-compreensões.

Porém, como vimos até aqui, ainda que inconscientemente, o magistrado no exercício da jurisdição atua impulsionado por valores, princípios éticos e filosóficos, sejam os seus próprios ou aqueles difundidos na sociedade e no ambiente institucional em que está inserido.

Neste sentido, Ricoeur (2008, p.175-176) diferencia entre os atos de julgar e decidir. Julgar é opinar; expressar uma opinião a respeito de alguma coisa. Para o autor há um encontro “*entre o lado subjetivo e o lado objetivo do julgamento; lado objetivo: alguém considera uma proposição verdadeira, boa, justa, legal; lado subjetivo: adere a ela*”.

Assim, durante o processo o Juiz se convence intimamente sobre os fatos e provas que lhe são apresentados nos autos, sendo que neste momento ele é parcial, pois se posiciona sobre os acontecimentos. Lado outro, é na decisão que ele expõe o resultado deste julgamento, fundamentando-o e expondo suas motivações (*livre convencimento motivado*).

A seguir, apresentaremos alguns conceitos, cujo manejo pode contribuir na identificação da parcialidade ou subjetividade no exercício da função de julgar, quais sejam: os conceitos de representações sociais; “*senso comum teórico dos juristas*” e ideologia.

Para Franco, representações sociais são,

elaborações mentais construídas socialmente, a partir da dinâmica que se estabelece entre a atividade psíquica do sujeito e o objeto do conhecimento. Relação que se dá na prática social e histórica da humanidade e que se generaliza pela linguagem. Por esta razão atribuímos-lhe uma virtude preditiva, uma vez que, segundo o que um indivíduo diz, não apenas podemos inferir suas concepções de mundo, como também podemos deduzir sua ‘orientação para a ação’. Isso conduz à percepção das representações sociais como importantes indicadores que se refletem na prática cotidiana. (FRANCO, 2004, p.169)

Assim o conceito de representação social refere-se a fenômenos cotidianos, ao conhecimento produzido e compartilhado socialmente, permitindo aos indivíduos a construção de explicações e sentidos que orientem e justifiquem suas ações.

Segundo Jodelet (*apud* PRATES FRAGA, 2006), representações sociais são fenômenos complexos de múltiplas origens, veiculados nos discursos através de mensagens/imagens cristalizadas em condutas concretas, cujos elementos são organizados como uma espécie de saber sobre a realidade e podem ser percebidos isoladamente (*e.g.* elementos informativos, cognitivos, ideológicos, normativos, crenças, valores, atitudes, opiniões e imagens).

Ainda segundo Jodelet, as representações sociais são normalmente reconhecidas como sistemas de interpretação que,

regem a relação dos sujeitos com o mundo e com os outros; orientam e organizam as condutas e as comunicações sociais, intervindo em inúmeros processos, tais que a assimilação de conhecimento, a definição das identidades pessoais e sociais, a expressão de grupos e as transformações sociais. Nesse sentido, **enquanto fenômeno cognitivo, elas interiorizam experiências, práticas e modelos de condutas e de pensamento, socialmente enraizados ou transmitidos a partir da comunicação social.** (JODELET, 1989 *apud* PRATES FRAGA, 2006, p. 69, *grifo nosso*).

Diante disso, consideramos relevante a seguinte observação de Streck,

A instituição produz indivíduos conforme suas normas, e esses indivíduos, dada sua construção, não apenas são capazes de, mas obrigados a reproduzir a instituição. (...) Assim, ao serem internalizadas, as representações sociais passam a expressar a relação do sujeito com o mundo que ele conhece e, ao mesmo tempo, elas o situam neste mundo. É essa dupla operação de definir o mundo e localizar um lugar nele que fornece às representações sociais o seu valor simbólico. (Streck, 2000 *apud* PRATES FRAGA, 2006, p. 69, *grifo nosso*)

Conforme Prates Fraga (2006), para Abric (1989) um conjunto de representações sociais pode ser determinado pela vivência do sujeito, pelo sistema social e ainda pela natureza dos laços que o sujeito possui com esse sistema social. Sendo que para Jodelet (1989), o conteúdo de representações de um sujeito pode ser determinado pelo lugar ou a posição social ocupada e pelas funções por ele exercidas.

Miranda Rosa (*apud* PRATES FRAGA, 2006) ressalta a importância de examinarmos, para além dos condicionamentos lógico-formais dogmáticos, os condicionamentos extralegais, sociais e difusos que atravessam a pessoa do magistrado no processo decisional, informando-o no momento de aplicação da norma.

Nessa perspectiva, a concepção de representações sociais se aproxima da expressão “*sensu comum teórico dos juristas*”, cunhada por Warat (1987) para designar as condições implícitas de produção, circulação e consumo das “*verdades*” nas diferentes práticas de enunciação e escritura do direito, conceito relacionado à dimensão ideológica das “*verdades jurídicas*”. O autor esclarece que,

Nas atividades cotidianas (teóricas, práticas e acadêmicas) os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos, e normas éticas que governam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. (...) Visões, fetiches, lembranças anedóticas, idéias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos do sensu comum teórico dos juristas. (WARAT, 1987, p.57)

Enquanto técnica de controle social, o poder do Direito se mantém através de “*hábitos de significação*”, dos quais decorre um saber acumulado e difuso em seus sistemas institucionais, que possibilita o exercício do controle jurídico da sociedade (WARAT, 1987).

Prates Fraga (2006, p. 74) nota que há certa aproximação e complementaridade entre a noção de “*senso comum teórico dos juristas*” e a ideia de “*habitus*” de Bourdieu, onde “*o sentido comum dos juristas significa, no plano teórico, o que o habitus significa no plano da postura funcional do profissional do direito*”.

Tanto a definição de representações sociais, quanto a de “*senso comum dos juristas*” relacionam-se com a noção de ideologia, tal como descrita por Souto,

A perspectiva tradicional do juiz brasileiro e de sua função não é portanto rigorosamente científico - substantiva, antes é ideológica. Esta-se entendendo aqui por ideologia, não seu sentido originário de teoria das idéias, mas aquele (corrente hoje nos meios acadêmicos) de conhecimento errôneo, ou pelo menos duvidoso – em virtude de seu condicionamento social perturbador da objetividade científica, incluído nesse condicionamento o de classe social. (SOUTO, 1989 *apud* PRATES FRAGA, 2006, p. 78)

Segundo Portanova (*apud* PRATES FRAGA, 2006, p.83-84), os elementos ideológicos manifestam-se em três fatores motivacionais do processo decisional, que influem no modo de interpretação da ordem jurídica pelo Juiz, quais sejam:

1. a motivação probatória – envolve a relação entre o magistrado e as provas a ele apresentadas, ou seja, o modo como os fatos e provas apresentados no curso do processo serão interpretados;
2. a motivação pessoal – refere-se às interferências pessoais, psicológicas, aos valores do magistrado, à simpatia ou não por determinada testemunha, ao interesse ou desinteresse em relação à questão objeto da causa, à inclinação para uma interpretação mais rígida ou flexível, os afetos, ódios, rancores, paixões; e, por fim,
3. a motivação ideológica – envolve a concepção de mundo dos magistrados, ou seja, a formação familiar, o tipo de educação, os valores presentes em sua classe social, as próprias tendências ideológicas que permeiam sua profissão.

A fim de ratificar esse caráter eminentemente subjetivo das decisões judiciais, Prates Fraga (2006, p. 87-89) destaca vários estudos sobre o processo de tomada de decisões judiciais, classificados como “*sentencing*”, que analisam o papel do sistema penal no contexto social a partir de uma perspectiva essencialmente sociológica, questionando sobre sua eventual contribuição na reprodução de desigualdades, preconceitos e senso comum. Nessa perspectiva incluem-se os seguintes estudos:

1. Karl-Dieter Opp e Rodiger Penker analisaram a variação na maneira de julgar de acordo com o status social do acusado, demonstrando que a origem social dos acusados teria um papel importante na reprovação de sua conduta e também na severidade da pena imposta;
2. Em 1990, o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo⁵⁸ demonstrou “*o maior número de prisões em flagrante, o menor grau de acesso à justiça, o comprometimento do direito de defesa, bem como a maior incidência de desfechos condenatórios, sempre em desfavor dos acusados negros*”.
3. A Fundação Sistema de Análise de Dados (FSEADE/FAPESP) também verificou a disparidade de tratamento entre réus brancos e negros, especialmente no que diz respeito à presença desses últimos no fluxo da justiça: “*enquanto os primeiros vão saindo gradativamente do sistema (...), com os negros (...) ocorre o inverso, vão gradativamente sendo mais representados e permanecendo no sistema pela prisão, condenação e execução da pena*”;
4. O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais analisou os processos nos crimes de roubo em São Paulo e verificou que na fundamentação das decisões judiciais analisadas encontram-se inúmeras motivações de caráter extrajurídico e de natureza eminentemente ideológica, que se refletem no senso comum acerca do tema criminalidade.

Em estudo realizado com detentas da Penitenciária Feminina do Paraná, Priori (2011, p. 2726) coletou algumas passagens de decisões judiciais que “*evidenciam como as representações sociais e os estereótipos atribuídos ao feminino, bem como ao rompimento do normativo de gênero são ressaltados pelo discurso do judiciário a fim de produzirem argumentos e definições jurídicas para a condenação*”.

Priori (2011) registra, por exemplo, que ao sentenciar uma mulher pelo crime de latrocínio a 15 (quinze) anos de reclusão e multa; o Juiz considerou que, apesar de seus bons antecedentes, sua personalidade era de difícil caracterização, posto que, praticando delito em concurso com seu cônjuge, não envidou esforços para dissuadi-lo da prática que levou à morte da vítima. Em outro caso registrado pela autora, na sentença condenatória de uma mulher pelo

⁵⁸A pesquisa mencionada constatou, por exemplo, no desfecho processual, uma maior proporção de réus negros condenados (68,8%) do que réus brancos (59,4%). A absolvição favorece preferencialmente réus brancos (37,5%) comparativamente aos réus negros (31,2%).

crime de tráfico de drogas, o Juiz lamentou a prática do delito pela ré primária, de bons antecedentes, com residência fixa, casada e mãe de um filho.

No primeiro caso, percebemos que o magistrado pressupôs alguma ascendência da acusada sobre o marido, como se a mesma fosse capaz de evitar, por si só, o desfecho trágico com a morte da vítima. Aqui foi desconsiderado o fato de que muitas mulheres são levadas à prática de crimes devido a um contexto de subordinação econômica e afetivo-psicológica ao companheiro.

E no segundo caso, fica claro que a prática do tráfico de drogas por uma mulher que, a princípio, se enquadrava nos clássicos papéis sociais atribuídos à mulher em nossa sociedade, foi encarada com certo espanto pelo magistrado, demonstrando como representações sociais de gênero podem influenciar o processo decisório.

Priori (2011, p. 2727) aponta que através dos discursos dos juízes podemos perceber que essas mulheres foram julgadas e condenadas não apenas pela infração cometida, mas também por romperem “*com as normas sociais definidas como essencialmente femininas, tais como mãe e esposa fiel, cuidadora dos afazeres domésticos, sóbria, honesta, pacífica, educadora, guardiã dos bons costumes, etc.*”.

Após termos explorado as abordagens da criminologia sobre a delinquência feminina, bem como os significados da atividade judicativa sob um ponto de vista sociológico, versaremos, a seguir, sobre as contribuições da “*Theory of sentencing*” no estudo do processo decisional.

4 ESTUDOS DE “SENTENCING” E A METODOLOGIA EMPREGADA

Diante de tudo que vimos até aqui, podemos concluir que a decisão judicial, não pode ser concebida apenas como o resultado de uma racionalidade técnico - científica; posto que na realidade reflete um complexo sistema de orientações composto por representações, valores, pressões políticas e visões de mundo que influenciam o julgador no momento de proferir sua decisão.

Muitas vezes lacunas, imprecisões legislativas ou normas sujeitas à integração interpretativa, como o artigo 28, § 2º da Lei nº. 11.343/2006, relativo à diferenciação entre o usuário e o traficante, possibilitam certa margem de discricionariedade aos seus intérpretes.

Como vimos, diante de tais situações, os magistrados recorrem à experiência profissional, à intuição, a valores e representações sociais, aos sistemas de orientação que informam a cultura jurídica (“*sensu comum dos juristas*”, *ideologias*), ao que Giddens chamou de “*regras*”, Bourdieu de “*habitus*” e Sewell Jr. de “*esquemas*”, enfim, a categorias que informam as práticas humanas ao mesmo tempo em que são por estas constituídas, reproduzidas e transformadas.

É sob esta perspectiva que surge a “*Theory of sentencing*”, caracterizada por Vanhamme e Beyens (2007), como um vasto campo de pesquisas empíricas sociocriminológicas, centradas nas disparidades das penas, a partir da tomada de decisão do julgamento penal, com foco na figura do Juiz e nas disposições jurídicas incorporadas à sua práxis social e profissional.

Em artigo dedicado à revisão da bibliografia sobre a “*sentencing*”, Prates Fraga (2008) observa que, em geral, as pesquisas sobre o processo decisório eram marcadas por certa negligência com a figura do Juiz, elas buscaram demonstrar a relação entre vários fatores extralegais e a jurisprudência, mas disseram-nos muito pouco sobre a ligação entre o universo social e a decisão, isto é, e o Juiz.

Estudos sobre a sentença são largamente empreendidos na América do Norte (Estados Unidos e Canadá) e na Europa (França, Holanda e Inglaterra), enquanto no Brasil começa a aflorar o interesse pela “*sentencing*”. A escolha dessa abordagem para a análise da repressão à mulher ligada ao tráfico de drogas se deu pela oportunidade de explorar os mecanismos engendrados nas decisões judiciais sob uma nova perspectiva.

A “*sentencing*” promove a *desmistificação da ideia de imparcialidade* na tomada de decisões judiciais ao centrar sua análise na atuação dos magistrados e nas práticas e variáveis sócio-históricas, filosóficas e jurídicas incorporadas no processo de racionalização da decisão,

influenciando sua práxis e dinamizando uma cultura jurídica capaz de aplicar penas distintas para crimes semelhantes.

Martins (2011) chama a atenção para o fato de que a “*sentencing*” encara a análise do processo decisório como prática social complexa e subjetiva, em que convergem questões sobre os critérios eleitos pelos magistrados na interpretação da lei e no exercício do poder discricionário.

Vanhamme e Beyens (2007) salientam que a temática central dos estudos de “*sentencing*”, ou seja, a disparidade das penas na atividade judicativa envolve a discussão acerca da igualdade de tratamento, cuja compreensão requer uma contextualização do leitor sobre o debate sociológico em torno da ruptura entre a modernidade e a modernidade tardia, modelos societários com desenvolvimentos diversos no tocante à sociedade, às formas de Estado, de penalidade e de ciência, cuja configuração interferem nos contextos punitivos e na cultura penal expressos pelos tribunais.

4.1 Modernidade e a pesquisa em “*sentencing*”.

Vanhamme e Beyens (2007) ressaltam que a modernidade, emergiu gradualmente a partir do século XVII, em torno do consenso de que a razão e o conhecimento são fatores determinantes do progresso social e tecnológico, capaz de promover maior segurança e liberdade. Neste contexto, surgiram novas instituições, não mais baseadas no imediatismo das relações sociais, cuja viabilidade é assegurada por uma legitimidade simbólica fundada, principalmente, na confiança no progresso em que se apoiam (GIDDENS, 1991).

O “*Estado Providência*” ou de “*Bem-estar Social*”, característico da modernidade, é marcado pela visão de integração de condições para promoção da igualdade de oportunidades e da mobilidade social. Assim, preconiza-se o desenvolvimento de políticas econômicas e sociais (educação, trabalho, saúde) auxiliares na luta contra o crime, sendo este percebido como um sintoma de um problema social e o criminoso como um indivíduo passível de aperfeiçoamento. O objetivo da política penal é a ressocialização.

De outro lado, Vanhamme e Beyens (2007) localizam a ascensão da modernidade tardia a partir da Crise do Petróleo de 1973. Na década de 1980, o colapso da União Soviética abriu o caminho para a globalização econômica e para o neoliberalismo; sendo que a maximização dos riscos, cada vez mais imprevisíveis, reforçou a insegurança sentida desde a crise.

Essa insegurança abalou a confiança na capacidade da razão para conduzir ao progresso e à liberdade, gerando instabilidade, desencanto e o questionamento da legitimidade das instituições de poder (GIDDENS, 1991).

A crise estrutural e a globalização privaram gradualmente o Estado do anterior monopólio e controle da economia. Enfraquecido, o Estado adotou a lógica neoliberal: transferindo cada vez mais ao indivíduo a responsabilidade por seu bem-estar. Assim, cresce a dúvida sobre a capacidade do Estado para condução ao progresso e para proteção do cidadão. A crescente preocupação estatal com “a opinião pública”, evidencia o processo de deslegitimação do poder público.

Segundo Houchon (*apud* VANHAMME e BEYENS, 2007), o Estado, economicamente enfraquecido, volta-se para a questão da ordem e da criminalidade, investindo no Direito Penal, como fonte de relegitimação. De um lado, isso gera o interesse por uma justiça mais relacional que considera a vítima. De outro, o Estado redireciona a política criminal para a gestão preventiva dos riscos da criminalidade, assumindo o risco e o controle como categorias centrais (GARLAND, 2008).

Neste momento, a política criminal descentraliza a meta de ressocialização do infrator fundada na lógica inclusiva, para reorientar-se para a meta de recuperação e auto-legitimação de suas agências, seguindo uma lógica excludente (YOUNG, 2002). Isso conduz a uma política criminal de expansão das penas, provendo uma mudança do “*Estado de Bem-estar Social*” para um “*Estado Social de Segurança*”⁵⁹, onde a segurança se torna um fim em si mesmo e a pena um instrumento de regulação de uma política de redução dos riscos, principalmente contra populações socioeconomicamente desfavorecidas (MARY, 2001).

O Estado moderno emprega o conhecimento como um fator de dominação, controle e poder (FOUCAULT, 1987)⁶⁰. Vanhamme e Beyens (2007) lembram que na ciência os elementos da modernidade são atualizados para o paradigma positivista, que conhece apenas a realidade material. Visando a previsão, as teorias focalizam relações causais entre diferentes fenômenos e, portanto, se baseiam principalmente em métodos quantitativos.

As Ciências Humanas se inscrevem numa visão consensual da modernidade. A sociologia durkheimiana considera que os mesmos valores são compartilhados em estados fortes da consciência coletiva, que os fatos sociais são coisas e que o exame de

⁵⁹ O autor utiliza a seguinte expressão: “*État (social-) sécuritaire*” (MARY, 2001, p. 18).

⁶⁰ Nesse sentido, Foucault (1987, p. 19, grifo nosso) argumenta que a antropologia criminal e a criminologia introduzem “as infrações no campo dos objetos susceptíveis de um conhecimento científico, [conferindo] **aos mecanismos da punição legal um poder justificável** não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão, ou possam ser”.

comportamentos constantes em condições idênticas pode levar ao conhecimento da sociedade (DURKHEIM, 1999; 2007). Nessa mesma linha, o Direito Penal é encarado por Taylor *et al.* (*apud* VANHAMME e BEYENS, 2007) como uma expressão de consenso social.

Na modernidade tardia, encarando a insegurança, a ciência procura a compreensão e reflexão da validade interna do raciocínio. Considerando a existência de diferentes visões do mundo, as Ciências Humanas desenvolvem o construtivismo e abordagens complexas (BRODEUR, 1993). Na sociologia, os modelos de compreensão são sistêmicos e interacionistas, sendo a realidade social apreendida como algo construído (BERGER e LUCKMANN, 2004).

Os fatos sociais deixam de ser entendidos como coisas materiais, para surgirem como interpretações humanas sobre as coisas, exigindo uma análise qualitativa. O direito é visto como uma construção social que apoia o grupo social dominante, o que implica numa problematização da reação penal e da atividade do Estado. E para Pires (1993) e Taylor *et al.* (*apud* VANHAMME e BEYENS, 2007) a criminologia da reação social examina tanto o crime quanto a criminalização, primária e secundária, enquanto construções sociais.

As transformações decorrentes da passagem da modernidade para a modernidade tardia abriram espaço para estudos sobre o juízo decisório de aplicação da pena, enfim, sobre a sentença. Como vimos, o tema central destes estudos é a análise da disparidade relacionada à natureza ou à duração das penas, quando aplicadas a sujeitos que praticaram delitos semelhantes.

A desigualdade de tratamento dos casos criminais afronta um princípio basilar do Estado de Direito, qual seja, a afirmação da igualdade de todos perante a lei. Segundo a lógica integradora do “*Estado de Bem-estar Social*”, o ideal de igualdade é uma preocupação central, motivo pelo qual a investigação sobre os determinantes da condenação alcançou grande desenvolvimento no período que marcou o auge do “*welfare state*”, final dos anos 1960 e início dos anos 1970. Momento em que emerge a abordagem interacionista e a criminologia da reação social.

Segundo Robert (2007, p. 17-20), para a caracterização de um crime na lógica das ciências é preciso dirigir atenção sobre o que há de comum e de exclusivo a todas as suas variedades para isolar um “*núcleo-duro*” do crime. Assim, enquanto objeto de estudo, o crime deve ser compreendido como uma realidade social constituída pelo Direito como prática social, na ação do mesmo. Essa perspectiva revela que a pesquisa do crime e da tomada de decisão (“*sentencing*”) estão submetidas a um campo conceitual normativo que se relaciona à igualdade do tratamento na atribuição das penas, que como vimos, é o tema principal da

modernidade. O autor ressalta, ainda, que nenhuma norma dispõe de universalidade, estando todas submetidas às contingências sociais, motivo pelo qual as dificuldades que se teme em relação ao direito não podem ser afastadas pela referência a outro tipo de regra.

Sendo assim, a “*sentencing*” pretende empregar um método de análise das práticas incorporadas no processo de tomada de decisão pelos magistrados, visando à reflexão sobre os efeitos produzidos pelos Tribunais em decorrência das disparidades verificadas no domínio da normatividade; não necessariamente presa à definição do objeto jurídico.

Vanhamme e Beyens (2007) identificam duas abordagens dominantes nos estudos de “*sentencing*”,

1. Uma ***abordagem tradicional*** (neopositivista), preocupada com o resultado (saída) das decisões e a identificação das variáveis que produziram resultados diferentes. Produz estudos quantitativos/correlacionais, levantam dados estatísticos de fatores previamente identificados, buscando detectar e explicar as disparidades; e
2. Uma ***abordagem sociológica***, que baseada na ideia de reflexividade da modernidade tardia, critica os estudos de tradição neopositivista, pois considera que, ao focarem o resultado, estes estudos deixam de apreender o processo de interpretação e classificação do tomador de decisão enquanto indivíduo, bem como todo o contexto profissional, organizacional e social em que a decisão é tomada, o que pode levar a limitações significativas. Como alternativa, propõe a utilização de técnicas de pesquisa qualitativa, como observações e entrevistas orientadas para a interpretação e percepção de dados “*objetivos*”. Essas abordagens interpretativas focalizam o processo em contexto e não apenas o resultado.

Martins (2011, p. 113) destaca que essa distinção entre a ***abordagem tradicional*** e a ***abordagem sociológica*** da “*sentencing*” retoma a discussão sobre o binômio epistemológico entre as pesquisas quantitativas e qualitativas e que a “*apropriação de um ou outro, ou a convergência dos métodos, sem dúvida, está associada à natureza do objeto, à observação do plano de interesse sobre os resultados, bem como à exequibilidade da proposta investigada*”.

4.2 Os modelos teóricos em estudos de “*sentencing*”.

Numa revisão da literatura sobre a “*sentencing*”, Martins (2011) identifica quatro modelos conceituais em estudos desta espécie, em destaque principalmente em países da Europa, a saber:

4.2.1 Modelo teórico sociobiográfico.

Desenvolvido na França⁶¹, volta-se para o universo das representações coletivas dos magistrados, destacando a desigualdade social entre estes e os acusados, que promoveria uma justiça seletiva. Este modelo engloba estudos que pretendem analisar:

- a. as articulações das representações socioprofissionais dos juízes (*e.g.* auto-imagem), enquanto modelos geradores de conduta nas práticas judiciárias;
- b. a mentalidade geral dos juízes e sua visão sobre a criminalidade e sobre as penas, bem como sua repercussão na racionalidade dos julgamentos; e
- c. as características sociobiográficas do Juiz (*e.g.* idade, gênero, percurso profissional, convicções políticas ou religiosas).

No Brasil, Vianna *et al.* (1997), Sadeck (2006), assim como Morel e Pessanha (2007) são exemplos de estudos que adotaram essa perspectiva.

4.2.2 Modelo teórico antropológico.

Também desenvolvido na França, esse modelo foi desenvolvido por Dray (*apud* MARTINS, 2011) e preocupa-se em desvendar os mecanismos de legitimação moral da tomada de decisão dos magistrados perante a coletividade, o que para Weber (*apud* MARTINS, p. 2011, p. 117) estaria na “*legitimidade técnico-formal das regras anunciadas e pela racionalidade dessas regras na ação social*”.

As pesquisas fundadas neste modelo são orientadas pelo juridicismo em detrimento de um comportamentalismo, ou seja, interessam-se pela ação do direito, pela sua legalidade formal, pela legitimação do aparelho institucional e pela formalização de suas normas.

4.2.3 Modelo teórico sócio-estrutural.

Desenvolvido na Bélgica, ganhou destaque com Beyens (*apud* MARTINS, 2011) que adota a teoria da estruturação de Giddens (2003) e emprega abordagens quantitativas e qualitativas, ocupando-se da análise da filosofia penal dos juízes, entendendo estes como

⁶¹ Como exemplo citamos o estudo exploratório elaborado por Robert *et. al.* (1972) sobre a relação entre representações sociais nas atitudes dos juízes criminais franceses com relação ao processo de tomada da decisão.

mediadores entre a sociedade e a cultura penal, e a pena como prática social significativa. Dessa forma, a autora compreende que a cultura penal das instituições, através da intencionalidade da ação do Juiz, pode ser punitiva/repressiva ou ressocializadora.

Para Keijser (*apud* MARTINS, 2011) a determinação da pena é mais conduzida pelas considerações pragmáticas que pelos princípios filosóficos doutrinários penais.

Hogarth (*apud* MARTINS, 2011) apresenta uma versão interpretativa dos tipos de juízes que podem ter diferentes perfis conforme sua filiação a uma cultura penal mais ressocializadora ou repressiva, respectivamente. Assim, temos magistrados com um perfil mais progressista, ou seja, com uma visão mais social e ressocializadora, que pretendem o tratamento dos acusados e, por isso, recorrem a mais informações no processo, se prendendo à importância de determinados procedimentos da criminalidade e favorecendo a aplicação de penas alternativas. Ou magistrados com um perfil clássico, ou seja, com uma visão mais repressiva e punitiva, que associam a pena à dissuasão e retribuição; se prendem a menos informações, explicam a criminalidade através de características pessoais do acusado e preferem a aplicação de penas privativas de liberdade.

4.2.4 Modelo teórico sociocognitivo.

Modelo mais complexo, desenvolvido por Vanhamme (2005, 2006 *apud* MARTINS, 2011, p. 118) que compreende o magistrado “*como um ator social que pode atribuir um sentido à pena e a sua determinação dentro de um construto macroestrutural de seu contexto de atividade*”, Vanhamme afirma que “*a tomada de decisão não é mecânica, neutra e objetiva, ela se determina por processos cognitivos, afetivos e morais, pois esses elementos fazem parte do tratamento humano da informação*”.

Vale ressaltar que, segundo Vanhamme e Beyens (2007) e Prates Fraga (2008), as pesquisas empíricas que objetivam a análise das práticas dos juízes e como eles apreendem cotidianamente o discurso da política penal ainda são bastante incipientes.

4.3 Categorias de análise e metodologia em estudos de “*sentencing*”.

Como vimos, existem duas abordagens dominantes nos estudos de “*sentencing*”: a ***abordagem tradicional*** e a ***abordagem sociológica*** (VANHAMME e BEYENS, 2007). Em revisão da literatura sobre o tema, Prates Fraga (2008) considera a metodologia e as categorias

de análise utilizadas na identificação das disparidades das penas para diferenciar essas duas tradições.

4.3.1 A abordagem tradicional da “sentencing”.

A *abordagem tradicional da “sentencing”* baseia-se na investigação das disparidades das penas a partir de correlações estatísticas entre a decisão e *fatores legais* e *extralegais* que podem influenciar as variações das penas no processo de incriminação.

Considera-se na análise dos *fatores legais* a *natureza do delito e a gravidade do fato*, relacionadas às *circunstâncias atenuantes e agravantes*. Sendo que na análise dos *fatores extralegais* são consideradas as *características do acusado*, relacionadas aos antecedentes criminais, ao gênero, à posição social, à origem étnica, além de *características sócio-biográficas e contextos organizacionais dos magistrados*.

Essa abordagem também se ocupa da tarefa de desvendar a compreensão dos magistrados sobre os objetivos ou funções da pena (punitiva/preventiva ou retributiva/ressocializadora) e sua interferência sobre as orientações decisórias. Isto porque, ao mensurar a pena, o magistrado pode privilegiar a dissuasão, focando a gravidade do fato e encarando a pena como expiação; ou pode privilegiar a supervisão, aplicando sanção mais individualizada, visando influenciar o comportamento futuro do acusado.

Os fatores legais e extralegais são apreendidos a partir de um “*corpus*” de análise quantitativa sobre o crime. Assim,

Ao longo dos anos, a pesquisa em **sentencing** se desenvolveu fundamentalmente em torno de uma visão da tomada de decisão como um fenômeno formal e objetivo. Essa compreensão da natureza do processo decisório conduziu a estudos com uma abordagem nitidamente racionalista, focada, sobretudo, nos modelos filosófico-penais da pena. Neste sentido, este aspecto da pesquisa se interessa principalmente pela questão da disparidade das penas e, especificamente, pela identificação das causas dessas disparidades, utiliza correlações estatísticas entre a decisão e os fatores que influenciam as variações na pena (PRATES FRAGA, 2008, p. 4, *grifo da autora, tradução nossa*).

4.3.1.1 Sobre a influência dos critérios legais na sentença.

São *critérios legais* ou fontes formais das decisões: a legislação, a jurisprudência, as diretrizes judiciais definitivas (súmulas e súmulas vinculantes no caso do Direito brasileiro) e, num sentido menos formal e com menor força, a doutrina penal, ou seja, os comentários de juristas renomados sobre diferentes questões (ASHWORTH, 2005).

Tais elementos envolvem diretamente o processo de aplicação das regras jurídicas materiais e processuais, que são manejadas pelos magistrados em sua argumentação para classificação dos comportamentos delituosos, conforme o sistema de valores e a filosofia penal que orientam os dispositivos penais.

Conforme lição de Ashworth (2005), qualquer magistrado ou tribunal criminal considera como finalidades da condenação:

- 1) a punição dos infratores;
- 2) a redução da criminalidade (inclusive a diminuição da capacidade de dissuasão);
- 3) a ressocialização ou reabilitação dos delinquentes;
- 4) a proteção da ordem pública; e
- 5) a reparação pelos ofensores dos danos causados às vítimas de seus crimes.

Sendo assim, a natureza e a quantidade da pena aplicada na sentença está relacionada às justificativas que informam a condenação, que podem observar diferentes teorias ou lógicas sobre a finalidade da aplicação da pena. Muito sucintamente podemos dizer que as teorias retributivistas encaram a sanção penal como uma justa retribuição de um mal, qual seja, o crime. Impõe-se um castigo pela violação da norma e pelo mal causado, sem qualquer finalidade adicional além da punição do infrator. Sendo a pena um fim em si mesmo. Já para as teorias utilitaristas a pena é um instrumento de prevenção do crime, sendo dotada de um fim socialmente construtivo e objetivando a preservação da ordem e da segurança jurídica através da dissuasão da intenção de se cometer crimes. A prevenção do crime pela dissuasão subdivide-se em prevenção geral e prevenção especial (SANTOS, 2005; FRAGOSO, 2006).

A prevenção geral baseia-se na coação social psicológica produzida com a ameaça da imposição da pena, objetivando atemorizar possíveis infratores. A literatura jurídica, por sua vez, divide a prevenção geral em dois espectros: um positivo e outro negativo. A prevenção geral positiva possui como escopo a estabilização social normativa, mediante o aumento da confiança da sociedade na ordem penal, enquanto a prevenção geral negativa utiliza-se da força de intimidação pela ameaça de imposição da pena e pretende coagir psicologicamente os membros da sociedade, antes do cometimento do delito, a não praticá-lo, devido à sensação de desagrado pela cominação penal. A esse efeito dissuasório inicial soma-se a influência psicológica da execução exemplar da pena por aqueles que praticaram um ilícito penal, vindo a sofrer a sanção (SANTOS, 2005; FRAGOSO, 2006).

De outro lado a prevenção especial é direcionada ao desviante, ao ofensor individualmente, objetivando a não reincidência. Ela atua sobre o autor do crime, para que

não volte a delinquir. A prevenção especial também se subdivide em um viés positivo e outro negativo. A prevenção especial positiva possui como escopo a ressocialização do delinquente, enquanto a prevenção especial negativa visa à neutralização do criminoso, mediante o encarceramento, ou ainda, na neutralização dos incorrigíveis, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou de ressocialização, ou de reeducação, etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, durante a execução da pena (SANTOS, 2005; FRAGOSO, 2006).

Portanto, uma pena baseada na dissuasão geral será aplicada quando o Juiz pretende concentrar-se sobre a gravidade da infração e enviar uma mensagem para a sociedade (prevenção/dissuasão geral), enquanto a sanção mais individualizada será usada nos casos em que o magistrado pretende influenciar o comportamento futuro do acusado (prevenção especial/dissuasão individual) (PRATES FRAGA, 2008).

No tocante aos critérios legais se destaca a análise da natureza e da gravidade dos fatos. Na avaliação da gravidade o magistrado revela suas preocupações, sua disposição sobre a realidade ao seu redor, pois é nesse item que ele enquadra os fatos e circunstâncias (agravantes ou atenuantes) que envolvem a conduta do acusado ao disposto na norma jurídica.

Além disso, a “*sentencing*” demonstra que na avaliação da gravidade do fato, os juízes também levam em conta a finalidade atribuída à sua função institucional, a preservação da ordem social e a defesa de valores da cultura judiciária penal no contexto social aos quais aderem (VANHAMME e BEYENS, 2007).

Franklin e Fearn (2008) destacam a existência de uma vasta literatura que busca lançar luz sobre a presença ou ausência de disparidade e discriminação na sanção penal e que estas investigações empíricas geralmente testam os efeitos de *fatores extralegais*, enquanto controlam a influência de *fatores legais* sobre os resultados de sentença⁶². Nesse sentido, as condenações são suscetíveis de serem mais severas quando é reconhecida a maior gravidade do crime (HAGAN, 1974; KRAMER e STEFFENSMEIER, 1993; STEFFENSMEIER *et al.*, 1998) e quando o autor possui antecedentes criminais (KRAMER e STEFFENSMEIER, 1993; STEFFENSMEIER *et al.*, 1998); ou se a infração envolve circunstâncias agravantes, como por exemplo o emprego de arma de fogo (KRAMER e STEFFENSMEIER, 1993; STEFFENSMEIER *et al.*, 1998).

⁶² Para uma revisão sobre o tema ver Spohn (2000).

Segundo Franklin e Fearn (2008), a maioria das pesquisas sobre a condenação aponta que os fatores legalmente relevantes desempenham um papel dominante na explicação das decisões.

De outro lado, Spohn (2000) observa que as variáveis extralegais continuam a exercer influência direta e indireta sobre os atores da tomada de decisão no Tribunal depois que as características legalmente relevantes dos casos são devidamente controladas.

4.3.1.2 Sobre a influência dos critérios extralegais na sentença.

No tocante aos *critérios extralegais*, a abordagem tradicional considera as características dos acusados: os *antecedentes criminais*, o *gênero*, a *posição social*, a *origem étnica*, e a *idade*.

O Código Penal brasileiro, no artigo 68, determina que para aferir a pena base o Juiz deve considerar a *culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima*. E sobre a pena base incidirão, se presentes, as circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62) e atenuantes (arts. 65 e 66), bem como as causas específicas de diminuição ou aumento da pena previstas em cada tipo penal.

Assim, os magistrados brasileiros receberam autorização legal para valorar elementos extralegais num único momento da aplicação da pena, vedado o *bis in idem*, ou seja, tais circunstâncias devem ser apreciadas apenas uma vez na aplicação da pena, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis ao acusado.

A *avaliação dos antecedentes criminais* (reincidência) envolve a discussão sociológica dos estudos sobre o passado do agressor e repercute em desfavor do acusado no processo de incriminação. Isso porque a existência de antecedentes criminais pode justificar a prisão, indicando uma tendência do acusado à delinquência latente e à insubordinação social.

Quanto aos antecedentes existe a possibilidade de consulta a documento oficial, qual seja a Certidão de Antecedentes Criminais – CAC, geralmente anexada pela Polícia Civil aos autos do Inquérito Policial, sendo certo que o magistrado também poderá determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a juntada de certidão atualizada durante a instrução judicial.

O *gênero do acusado* é outra característica importante, porém, as altas taxas de encarceramento masculino e a subrepresentação feminina nas estatísticas criminais, fizeram

com que os estudiosos da “*sentencing*” não se preocupassem em promover a diferenciação entre homens e mulheres condenados.

Vanhamme e Beyens (2007) registram que geralmente as pesquisas em “*sentencing*” adotam uma perspectiva masculina, motivo pelo qual não são unânimes os resultados obtidos nas investigações sobre a influência do gênero sobre a decisão. De um lado, citam pesquisas estatísticas que indicam que, mesmo depois de aferir os antecedentes criminais e a gravidade do fato, as mulheres recebem um número menor de condenações à prisão e suas penas são menos longas. De outro, citam estudos que associam à relativa leveza das sentenças atribuídas às mulheres ao cometimento de crimes menos graves, aos antecedentes criminais leves ou ausentes, bem como à conduta social positiva. Ou, ainda, estudos norte-americanos que não encontraram relação entre o gênero e a pena aplicada na sentença.

Já Franklin e Fearn (2008) consideram que a pesquisa empírica sobre o efeito do gênero do ofensor no processamento dos casos e no resultado de condenação tem sido relativamente consistente. Estudos realizados descobriram que as mulheres tem maior probabilidade de serem liberadas antes do julgamento, são menos propensas a serem enviadas para a prisão e mais propensas a receber clemência nas sentenças quando são condenadas a um período de encarceramento, se comparados com a situação de acusados do sexo masculino (JEFFRIES *et al.*, 2003).

Alguns estudos de “*sentencing*”, que observaram esse comportamento mais indulgente dos magistrados no julgamento de acusados do gênero feminino, explicam essa tendência pela afirmação de que as mulheres são favorecidas pelo paternalismo/cavalheirismo nos resultados da condenação (CURRY, *et al.*, 2004).

A tese do paternalismo/cavalheirismo explica o tratamento benevolente oferecido às mulheres delinquentes pelo Sistema de Justiça Criminal a partir das visões estereotipadas das mulheres vistas pelos magistrados como maternais, passivas, fracas, dependentes da proteção dos homens. Contudo, essa indulgência indevida não se estende às mulheres que são consideradas “*indignas de proteção*”, como aquelas oriundas de minorias raciais e étnicas, que são sancionadas mais severamente do que mulheres brancas (BELKNAP, 2007; VISHNER, 1983; YOUNG, 1986). O mesmo se aplica às mulheres vistas como problemáticas (como as economicamente desfavorecidas, beneficiárias da previdência social, desempregadas/não qualificadas) ou como menos respeitáveis (FRANKLIN e FEARN, 2008).

Segundo Gelsthorpe (*apud* VANHAMME e BEYENS, 2007), os juízes enquadram os acusados em duas categorias: aqueles que têm problemas e aqueles que fazem o problema. Segundo a autora, as mulheres estariam na categoria de acusados que têm problemas, por isso,

antes da punição, necessitam de ajuda. Contudo, as mulheres que se envolvem em crimes mais masculinos, crimes que estão fora do estereótipo do feminino e as mulheres que não se conformam com os tradicionais papéis do gênero feminino não são merecedoras do tratamento paternalista/cavalheiresco. Elas podem, por conseguinte, ser punidas mais severamente do que mulheres em situações similares que se conformam aos tradicionais papéis do gênero feminino ou que sejam consideradas culpadas por formas de desvio mais femininas (SMART, 2008).

Para Daly (1987), o custo social e familiar da pena também é levado em conta pelos magistrados, quando a mulher ou homem são condenados, remetendo a questão para a proteção familiar e das crianças (filhos). A autora verificou que os magistrados sentem grande dificuldade em condenar, mandar para a cadeia mulheres que são responsáveis pelo suporte financeiro da família ou pelo cuidado com outros membros (filhos ou parentes), porque estas demonstram estar comprometidas com as normas sociais e serem capazes de assumir responsabilidades. Nesse sentido os magistrados classificam as acusadas de crimes em “*boas mulheres de família com filhos ou outros dependentes de seu cuidado*” que são mais suscetíveis ao controle social informal e em “*mulheres irresponsáveis que tem filhos, aos quais não oferecem cuidados e suporte financeiro*”, mais resistentes ao controle social informal.

Uma outra explicação para o tratamento diferenciado conferido às mulheres pelo Sistema de Justiça Criminal está ancorada na *teoria do conflito de gênero*, que é essencialmente a aplicação geral da teoria do conflito (centrada no homem) para compreender e explicar o comportamento com um foco nas relações de poder de gênero na sociedade. Conflito de gênero sugere que as mulheres são o grupo sem poder contra o qual os homens fazem e aplicam as leis para defender seu privilégio relativo à posição subordinada das mulheres (DALY, 1989).

À luz dos pressupostos gerais da teoria do conflito, o conflito de gênero sugere que o Sistema de Justiça Criminal sancionará as mulheres que agridem homens mais severamente, porque a agressão feminina contra os homens é considerada problemática e potencialmente ameaçadora, como um resultado de diferenças de poder entre os gêneros e as desigualdades sociais que existem entre mulheres e homens. Com efeito, este comportamento pode igualmente ser interpretado como uma tentativa de dominar o grupo dominante (FRANKLIN e FEARN, 2008).

A variável *classe social do acusado* está relacionada à clássica discussão sociológica presente nos estudos de classe, estratificação, desigualdade social e na teoria do conflito (MARTINS, 2011).

Vanhamme e Beyens (2007) explicam que a maior representatividade de grupos sociais desfavorecidos nas prisões, fez com que os estudos de “*sentencing*” procurassem saber se há alguma relação entre a classe social do acusado e a probabilidade de pronúncia pelos Juízes, bem como de condenação à prisão (tese da discriminação). Grande parte destes estudos limitou-se à análise da probabilidade de prisão dos réus desempregados.

Kannegieter (*apud* VANHAMME e BEYENS, 2007) constatou, por exemplo, que os desempregados são frequentemente condenados à prisão, salvo nos grupos de criminosos em que a diferença entre trabalhadores e desempregados desaparece. Esta seria uma demonstração de que o custo social da punição é levado em conta pelos Juízes: a prisão é vista como uma pena mais severa para os trabalhadores do que para os desempregados. Assim, ter um emprego é um critério para uma discriminação positiva. Kannegieter conclui que, embora a posição social do acusado tenha alguma influência nas decisões judiciais, os fatores relacionados com a gravidade do crime e os antecedentes criminais têm mais peso.

Ainda no tocante às disparidade das penas em virtude da classe social do acusado, em geral, os estudos apontam que a classe interage com a raça e a etnia, de modo que os criminosos mais “*problemáticos*” ou aqueles que são considerados os mais ameaçadores (o “*lumpen proletariado*”) recebem sanções mais graves (SPOHN, 2000).

Poucos estudos investigaram em que medida a situação de emprego afeta diretamente a severidade da sanção entre criminosos condenados e os resultados produzidos são mistos. Alguns estudos têm indicado que os infratores desempregados recebem sanções mais duras do que os infratores que estão empregados (NOBILING *et al.*, 1998; SPOHN e HOLLERAN, 2000). Neste caso, a atividade profissional pode servir como uma garantia de maiores níveis de responsabilidade, enquanto a falta de emprego pode ser percebida como preditivos de um futuro comportamento criminoso / desviante (BOX, 1987; BOX e HALE, 1985; QUINNEY, 1977). Outros, no entanto, têm descoberto que o emprego do infrator não tem efeitos estatísticos significativos na gravidade da condenação (FRANKLIN e FEARN, 2008).

A variável *origem étnica* recebeu grande atenção dos pesquisadores em países onde se verifica uma proporção significativa de estrangeiros e de minorias étnicas na prisão. Em países com um grande número de imigrantes, as minorias étnicas são mais facilmente associadas à alteridade cultural e à periculosidade, muitas vezes em razão do contexto social e histórico de desenvolvimento dos países de origem. Para Vanhamme e Beyens (2007), a

diferenciação dos acusados conforme a origem étnica relaciona-se intimamente com a variável classe social.

A discricionariedade na tomada de decisão formal e a presença de discriminação racial/étnica nos Tribunais é um dos temas mais polêmicos e debatidos na Justiça Criminal em geral (SPOHN, 2000). As primeiras pesquisas sobre o assunto descobriram que a raça teve pequeno impacto sobre a condenação e, como resultado, os estudiosos argumentam que a evidência empírica não apoia uma hipótese de discriminação racial (HAGAN, 1974; KLECK, 1981).

Estudos mais recentes concluíram que raça e etnia, de fato, influenciam nos resultados da tomada de decisão, desafiando as conclusões dos trabalhos empíricos anteriores (SPOHN, 2000; SPOHN e HOLLERAN, 2000). A pesquisa atual, examinando os efeitos de raça/etnia nas sentenças verifica que a combinação de raça/etnia com outros fatores extralegais (por exemplo, gênero, emprego, renda e educação) resulta em maior disparidade na sanção do que quando apenas raça/etnia são consideradas. Esses fatores extralegais interagem com raça etnia, de modo que infratores negros e hispânicos “*problemáticos*” são sancionados mais severamente (SPOHN e HOLLERAN, 2000). Variáveis processuais também influenciam a condição de raça/etnia, por exemplo, a prática de crime de tráfico de drogas (DEMUTH e STEFFENSMEIER, 2004) e sérios antecedentes criminais resultam em penas mais severas para infratores negros e hispânicos quando comparados aos brancos em situação semelhante. Além disso, Spohn (2000) relata que a raça do agressor e a raça da vítima interagem para produzir sentenças mais severas para os negros que vitimizam brancos.

Quanto à *idade do infrator*, estudos também revelaram que este elemento desempenha um papel significativo nos resultados da sentença. Por exemplo, os infratores de grupos etários com idade mais avançada são frequentemente tratados com maior indulgência do que aqueles que pertencem a grupos etários mais jovens (por exemplo, infratores com idade acima de 50 anos contra infratores com idade abaixo de 50 anos) (FRANKLIN e FEARN, 2008).

Steffensmeier *et al.* (1995) observam que quando a idade do infrator é dividida em categorias mais restritas, surgem relações indicando que os adolescentes tardios (18 a 20 anos de idade) recebem sentenças mais brandas do que os adultos jovens (21-29 anos), mas a clemência é semelhante com os infratores entre 30 e 39 anos de idade. Além deste ponto, a clemência continua a aumentar, para infratores com 50 anos de idade e mais velhos são conferidas mais sentenças com perdão judicial.

Acrescentamos, também, que há relativamente pouco tempo, os estudiosos passaram a considerar dentre os critérios extralegais a influência e interação das características das

vítimas, tais como sexo, raça e classe, no processamento dos casos e nos resultados da tomada de decisão condenatória (FRANKLIN e FEARN, 2008). Contudo não teceremos maiores considerações sobre este critério extralegal, pois entendemos que o mesmo não se aplica ao objeto do presente estudo. Isto porque, no Direito Penal brasileiro, o crime de tráfico de drogas é considerado um crime de perigo abstrato, ou seja, que pressupõe o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, no caso a saúde pública. Assim, não há vítima e não há que se falar na análise de tal critério no presente trabalho.

Martins (2011) ressalta que uma das dificuldades dessa variável está na dispersão das categorizações de raça/cor/etnia, conforme o contexto histórico e social do acusado. Além disso, a pertença étnica muitas vezes é declarada pelo acusado e depende da padronização da autoridade policial, o que abre margem para distorções. No Brasil, diversos estudos constataram que a população carcerária nacional é composta por uma esmagadora maioria de indivíduos não brancos (LEMGRUBER, 1983; VARGAS, 2000; SOARES e ILGENFRITZ, 2002; RIBEIRO, 2003; VOEGELI, 2003; CARVALHO, 2007; MARTINS, 2011).

Uma vez exposta a metodologia e as categorias de análise empregadas pela *abordagem tradicional da “sentencing”*, cumpre registrar que esta foi alvo de duras críticas. As pesquisas desta tradição foram acusadas de não alcançarem elementos capazes de definir um paradigma interpretativo do magistrado, enquanto ator em seu contexto organizacional; de limitarem a análise aos resultados das decisões cognitivas, com ênfase em decodificações do comportamento dentro de formulações matemáticas; e de promoverem o isolamento de cada variável relacionada à decisão do Juiz descontextualizando-a (PRATES FRAGA, 2008).

4.3.2 A abordagem sociológica da “sentencing”.

Como alternativa para as dificuldades apontadas pelos críticos da perspectiva tradicional, surge a *abordagem sociológica da “sentencing”* que assume espectro mais holístico, contextualizando o fenômeno da tomada de decisão e empregando métodos qualitativos no dimensionamento do contexto social e organizacional em torno do processo decisório. As categorias elencadas pela abordagem sociológica para explicar as disparidades das penas envolvem *aspectos contextuais da sentencing*⁶³ e características do Juiz⁶⁴. (PRATES FRAGA, 2008).

⁶³ Relacionando variáveis como: cultura jurídica, interdependência dos agentes penais e interação nas audiências.

⁶⁴ Conduzindo às seguintes variáveis: características sociobiográficas, juiz como transformador da informação e juiz como fator explicativo do juiz no contexto.

Os estudos de “*sentencing*” que abordam *o processo decisório como fenômeno social complexo e contextualizado* podem se localizar numa dimensão *macrossocial*, considerando o processo punitivo num contexto mais amplo, ou numa dimensão *microsocial*, que considera o mesmo processo como uma prática localizada, enquanto atividade colaborativa, uma vez que ela converge numa cadeia mais ampla, interagindo com diferentes atores penais. Ambas as dimensões são partes integrantes do mesmo universo contextual, caracterizando a cultura jurídica (MARTINS, 2011).

O conceito de *cultura jurídica* é essencial para o entendimento da articulação entre as instâncias judiciais e a esfera política. Segundo Souza Santos,

A cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e em suas organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania. Nesse nível, distingue-se da cultura jurídico-profissional, que respeita apenas aos profissionais do foro e que, como tal, tem ingredientes próprios relacionados com a formação, a socialização, o associativismo etc.. (SOUZA SANTOS *et al.*, 1996, p. 19, *grifo nosso*).

Desta forma, a abordagem sociológica da “*sentencing*” visa compreender a prática judicante a partir do contexto institucional e da cultura jurídica em que estão inseridos os magistrados. Segundo as pesquisas de Beyens, Tata e Hutton (*apud* MARTINS, 2011), há uma cultura penal tácita apreendida pelos magistrados em início de carreira através do processo de socialização profissional, que demanda uma rede de relações e cooperação sobre o perfil de boas práticas na tomada de decisão, estabelecendo uma uniformização de certos padrões de penalização. Assim, as disparidades das penas seriam relativamente controladas por essa cultura penal, não obstante seja reconhecida a primazia do poder decisional dos magistrados.

Como vimos anteriormente, Vianna *et al.* (1997) atribuem um diferencial para análise da cultura jurídica da magistratura brasileira, decorrente de especificidades no processo de seleção e socialização dos juízes.

Ainda no âmbito da *abordagem sociológica da “sentencing”* surge a compreensão da *prática decisional como uma atividade colaborativa e interacional*. Prates Fraga (2008) aponta que essa perspectiva revela o holismo metodológico ao considerar a influência dos fatos sociais sobre o processo decisório. Essa colaboração e interação ocorre entre os juízes e os demais atores e instituições do Sistema de Justiça Criminal, que dispõem de um canal

penal de circulação de informações, vínculos e trabalho, além de uma estrutura organizacional em que coabitam, interagem e se relacionam durante o processo.

Segundo Manning (*apud* PRATES FRAGA, 2008), dessa estrutura institucional emerge um contexto social com padrões de interação próprios, que dinamizam papéis e *status* numa ordem cerimonial, dentro de um mandato expresso em termos ideológicos. Nesse ambiente dinâmico de interação surgem diferentes percepções sobre os fatos e diferentes interpretações dos conceitos legais.

Por fim, a ***abordagem sociológica da “sentencing”*** reconhece o ***caráter prático e intuitivo da tomada de decisão***. Sudnow (*apud* MARTINS, 2011, p. 138), um dos primeiros pesquisadores a trabalhar essa perspectiva, *“observou que a experiência profissional desenvolve saberes práticos e estratégicos, que são forjados no exercício desse meio”*.

Ou seja, no cotidiano da prática profissional se desenrola um processo de socialização que diferencia aqueles dotados de experiência, daqueles que ainda estão construindo-a. Os saberes assim adquiridos são influenciados por aportes ideológico-profissionais e servem à familiarização dos atores e processos envolvidos, a partir de um meio informal e menos complexo (PRATES FRAGA, 2008).

Embora as duas abordagens metodológicas da *“sentencing”* sejam geralmente contrapostas, uma não exclui a outra. Conforme salienta Martins (2011), estes aportes metodológicos podem ser utilizados de forma complementar, na medida em que o método qualitativo baseado na técnica de análise de conteúdo de documentos, ou seja, da sentença criminal, pode ser ilustrado por elementos provenientes do método quantitativo, interpretados e contextualizados pelo pesquisador.

4.4 A Sentença Condenatória no Direito Penal brasileiro.

A etimologia da palavra *“sentença”*, segundo Arzabe e Mendoza (1999, p. 2000), está relacionada com o verbo *“sentir”*, sendo, portanto, *“o que sente e opina quem a dita”*, podendo ser definida, também, *“como a decisão que legitimamente dita o juiz competente, julgando de acordo com sua opinião, o direito, a lei e normas jurídicas aplicáveis ao caso”*.

Segundo Marques (1998, v. III, p. 25), o termo *“sentença”* pode indicar *“qualquer pronunciamento de autoridade judiciária no curso de um processo”*, abrangendo tanto as sentenças definitivas quanto as de caráter interlocutório.

A sentença definitiva é aquela que *“conclui o processo, exaure-o, ao menos naquela instância”*, tendo por objeto *“ou o mérito, quando o decidir totalmente, ou uma questão*

preliminar, quando o decidir negando a constituição regular do processo ou a existência da ação, e, portanto, a admissibilidade do julgamento do mérito". A sentença interlocutória ou não definitiva, por sua vez, é aquela que *"não põe fim ao processo, de modo que este deverá continuar depois de sua prolação"*, uma vez que *"o juiz decide uma parte da matéria controvertida, que pode dizer respeito tanto ao mérito quanto às questões preliminares"* (LIEBMAN, 2005, v. I, p. 309).

Já Tourinho Filho (2002, v. 4, p. 239) sustenta que o vocábulo *"sentença"* deve ser reservado *"para aquele ato processual, momento culminante do processo, em que o juiz põe termo ao processo, pouco importando se decidiu, ou não, o mérito da causa"*.

A sentença penal condenatória ao acolher, no todo ou em parte, uma acusação modifica a situação jurídica de uma determinada conduta e do seu autor, constituindo-os, respectivamente, em crime e em criminoso, passando este do *"estado de inocência"* para o *"estado de culpado"* no processo de criminalização secundária (BISSOLI, 2009). Esse processo se assemelha aos processos de *"criminação-incriminação"* e *"sujeição criminal"* (MISSE, 1999); de rotulação (BECKER, 1977, 2008; LEMERT, 1951) e de estigmatização (GOFFMAN, 1988), pois parte da concepção de que são os grupos sociais que, ao produzirem as regras e ao aplicá-las a determinadas pessoas, criam, respectivamente, tanto o comportamento desviante quanto a pessoa do desviante.

Na sentença criminal condenatória culminam todas as atividades formais (inquérito policial, denúncia, instrução processual, teses de defesa e acusação, etc.) e decisões dos agentes do sistema penal (agências policiais, judiciais, do Ministério Público e de execução penal) na imposição de regras penais a determinadas pessoas.

Na sentença, o magistrado realiza e concretiza o raciocínio jurídico-penal subsuntivo, que se caracteriza pela busca da adequação de um fato particular, consistente em uma conduta (ação ou omissão) humana, a uma prévia e geral descrição contida no tipo penal, definido como uma descrição de uma hipótese de conduta na lei penal. Assim,

"quando houver a adequação do fato à hipótese descrita no tipo penal incriminador, diz-se que está presente a tipicidade, ou seja, a conduta analisada passa a estar revestida da característica necessária da adequação ao tipo penal respectivo. A tipicidade implica presunção de antijuridicidade ou de ilicitude, que, todavia, pode ser afastada pela presença de excludentes de ilicitude ou de antijuridicidade, isto é, de tipos penais permissivos, que são hipóteses de conduta que afastam a ilicitude de uma conduta tida como típica" (BISSOLI, 2009, p. 418)

Desta forma, a caracterização do fato punível e a prolação de uma decisão condenatória ocorre através do raciocínio subsuntivo do magistrado durante a instrução do processo penal (acusação, defesa, produção de provas e julgamento) e requer uma resposta

positiva em relação às condições pertencentes ao campo da tipicidade/punibilidade e respostas negativas em relação à existência de causas de exclusão antijuridicidade e da culpabilidade, envolvendo um juízo de certeza, ou seja, um juízo definitivo que pressupõe a existência de todos os elementos instrutórios, obtidos no devido e justo processo penal. Sobre esse processo, Santos leciona,

a criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, mas “realidade social” construída por juízos atributivos, determinados, primariamente, pelas metarregras e, apenas secundariamente, pelos tipos penais [uma vez que os] juízes e tribunais seriam instituições determinantes da “realidade”, mediante sentenças atributivas de qualidades aos imputados, com estigmatização, mudança de status de identidade social do condenado (SANTOS, 1997, p. 12).

O raciocínio subsuntivo do magistrado deve ser expresso na sentença penal com clareza e objetividade, motivo pelo qual a mesma deverá apresentar certos requisitos formais, a saber: o relatório, a motivação ou fundamentação, o dispositivo e a parte autenticativa⁶⁵.

No *relatório*, formalidade essencial da sentença, o Juiz consigna os nomes das partes, a síntese do pedido e da contestação, das teses da acusação e da defesa, e os fatos relevantes do processo. Através do relatório o Juiz demonstra o conhecimento do processo, decorrente de sua participação e análise do seu conteúdo, e informa aos órgãos judiciários superiores, que eventualmente tenham de se pronunciar sobre eventual recurso, sobre a atuação das partes no processo e sobre a regularidade do procedimento (BRUM, 1980).

A *motivação ou fundamentação*⁶⁶ é a parte da sentença que deve “*ser concebida como uma condição imprescindível do correto exercício da função jurisdicional e como um princípio fundamental de garantia dos cidadãos nos confrontos do Poder Judiciário*” (TARUFFO, 2005, p. 166).

Segundo lição de Gomes Filho (2001, p. 51-52), a evolução do instituto da motivação das decisões judiciais está relacionada a diversos fatores, entre eles o “*desenvolvimento do Estado moderno e do seu aparelho judiciário*”, assim como as “*relações entre o indivíduo e a autoridade*” e o “*modo de estruturar-se o processo em*

⁶⁵ No direito processual penal brasileiro, os requisitos da sentença estão relacionados no artigo 381 do Código de Processo Penal, devendo conter: “os nomes das partes, ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las”, “a exposição sucinta da acusação e da defesa”, “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, “a indicação dos artigos de lei aplicados”, “o dispositivo” e “a data e assinatura do Juiz”.

⁶⁶ A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 93, inciso IX, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

determinado momento histórico e cultural”, o que influi no “*tipo de responsabilidade do juiz diante da sociedade*”⁶⁷.

A motivação da decisão judicial é vista como uma garantia técnica e, também, como uma garantia política. É uma garantia técnica por proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão e permitir que os órgãos judiciários de segundo grau (Tribunais) examinem a legalidade e a justiça da decisão. E é uma garantia política, uma garantia da própria jurisdição, pois os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os Tribunais, mas também a comunidade.

No dizer de Fernandes (2002), a motivação possibilita a constatação de se o Juiz decidiu com (im)parcialidade, conhecimento de causa e justiça; a avaliação do exercício da atividade jurisdicional; e certificação de que as razões das partes foram objeto de exame pelo Juiz.

Ademais, segundo Gomes Filho (2001, p. 80) é preciso ter em mente que a legitimação dos membros do Judiciário nos regimes democráticos não resulta da forma de investidura no cargo, e só pode derivar do *modo* pelo qual é exercida a sua função. Sendo assim, como uma espécie de “*prestação de contas desse modo de atuar*”, o instituto da motivação das decisões judiciais transcende o âmbito do processo para alcançar o plano mais elevado da *política*, caracterizando-se “*como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional*”.

Temos, ainda, a ***parte dispositiva ou conclusiva*** da sentença, onde “*o juiz conclui o raciocínio desenvolvido durante a motivação*”, ou seja, “*procede à subsunção da espécie sub judice à lei, julgando procedente ou improcedente a pretensão*” (TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 248). Segundo Brum (1980, p. 5), está parte da sentença contém a síntese da decisão, de modo que, se a fundamentação expressa na parte anterior constitui o núcleo retórico da sentença, “*o dispositivo encerra seu núcleo decisório*”.

E por fim, a ***parte autenticativa*** é aquela que contém a designação de lugar, dia, mês e ano da prolação da sentença e assinatura do Juiz.

O elemento condenatório da sentença penal se insere na ***parte dispositiva*** e está relacionado com a imposição da pena, do castigo, porquanto “*a palavra condenação (de cum-damno) alude ao dano, isto é, à lesão do interesse do réu em que o castigo se resolve, ou melhor dito, parece que se resolve*”. Seria inócuo “*declarar a certeza de um delito sem*

⁶⁷ A motivação da sentença se transformou em obrigação imposta aos juizes, por regra, a partir da Lei Geral francesa de 1790, ou seja, no momento em que a legislação revolucionária francesa pôs fim aos sistemas judiciários do antigo regime. Mais recentemente, após os anos que se sucederam à Segunda Guerra Mundial, tal instituto se converteu em garantia fundamental da administração da justiça. (TARUFFO, 2005, p. 166).

estatuir a responsabilidade penal de quem o cometeu”. Essa declaração de responsabilidade é chamada de “*condenação*” (CARNELUTTI 2004, p. 141).

Sobre o elemento condenatório da sentença incide o princípio constitucional da individualização da pena, que é um direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988. Em decorrência deste princípio a legislação brasileira contempla tipos criminais que cominam uma pena com *quantum* variável entre um mínimo e um máximo legal, o qual será concretizado em cada caso concreto como consequência da realização da conduta proibida. Cabe ao Legislador fixar as penas dentro de uma faixa temporal com limites mínimos e máximos e cabe ao Juiz determinar como essa previsão geral se torna individualizada, através da graduação da pena (BRANDÃO, 2008).

A individualização repercute sobre a determinação da espécie de pena que vai ser aplicada ao caso concreto e sobre o *quantum* de pena necessário e suficiente à prevenção e reprovação do crime, como exposto nos incisos I a IV do artigo 59 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

É importante notar que o Direito Penal brasileiro adota o sistema trifásico de aplicação da pena, ou seja, os magistrados devem obedecer a alguns critérios na chamada dosimetria da pena. Esta etapa do sentenciamento é dividida em 03 fases distintas, conforme disposto no artigo 68 do Código Penal,

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Como se vê, na primeira fase da dosimetria da pena é fixada a pena-base, consideradas as circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do Código Penal. Assim, o magistrado deverá observar qual o crime cometido pelo agente, para daí estabelecer, primeiro, qual das penas, dentre as cominadas, será aplicada e, após, o *quantum* da pena a ser aplicada.

A pena cominada é aquela que vem no preceito sancionador do tipo penal. No caso do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/2006), por exemplo, a pena cominada é de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. Caberá ao magistrado, dentro desse mínimo e máximo, estabelecer a pena-base. Deverá, então, se valer dos critérios estabelecidos no artigo 59, do CPB para fixa-la, ou seja, procederá à análise das circunstâncias judiciais previstas no caput do artigo, quais sejam:

- a) **Culpabilidade**: é o grau de reprovação da conduta em face das características pessoais do agente e do crime, o juízo de censura reprova a pessoa capaz (isto é imputável), que agiu livremente na escolha do ato ilícito, possuindo plena consciência da reprovabilidade de sua ação;
- b) **Antecedentes**: referem-se à vida pregressa do condenado, mas apenas com relação àqueles fatos que sejam relacionados ao Direito Penal, caso contrário, seriam sinônimos de conduta social. Em virtude do princípio da presunção de inocência, não são considerados maus antecedentes processos ainda pendentes de condenação definitiva ou inquéritos policiais nos quais o réu seja indiciado. Somente as sentenças penais condenatórias transitadas em julgado e que não servem para forjar a reincidência, ou seja, aquelas em que já decorreu mais de 05 anos após o término do cumprimento, são consideradas como maus antecedentes;
- c) **Conduta social**: é a conduta do agente no meio em que vive, a síntese do atuar da pessoa na vida cotidiana (responsabilidade familiar, trabalho, dedicação a tarefas lícitas, etc.);
- d) **Personalidade**: o conjunto de características que conformam a individualidade de cada ser humano em sua dimensão fisiopsíquica, são as características pessoais do agente, a sua índole e periculosidade. Deve ser analisada tomando-se como referência o fato criminoso que ensejou a condenação, isso para que a personalidade seja avaliada em consonância com a culpabilidade do agente;
- e) **Motivos do crime**: são os antecedentes psíquicos da ação, sintetizam a força que põe em movimento o querer, transformando-o em ação. Podem aumentar ou diminuir a reprovabilidade da conduta do agente. Sendo certo que se o motivo constituir agravante ou atenuante, qualificadora, causa de aumento ou diminuição não será analisada nesta fase, sob pena de configuração do *bis in idem*;
- f) **Circunstâncias do crime**: refere-se à maior ou menor gravidade do delito em razão do *modus operandi* (instrumentos do crime, tempo de sua duração, objeto material, local da infração, etc.);

- g) **Consequências do crime:** é a intensidade da lesão produzida no bem jurídico protegido em decorrência da prática delituosa; e
- h) **Comportamento da vítima:** é analisado se a vítima de alguma forma estimulou ou influenciou negativamente a conduta do agente, caso em que a pena será abrandada. Como o tráfico de drogas é considerado um crime de perigo abstrato, ou seja, que pressupõe o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, no caso a saúde pública, não há vítima e não há que se falar na circunstância judicial do comportamento da vítima.

Caso as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao réu, o magistrado poderá afastar a pena-base do mínimo legal expondo sua motivação. Após, na segunda fase do cálculo da pena o Juiz fará incidir sobre a pena-base as circunstâncias legais agravantes (arts. 61 e 62 do CPB)⁶⁸ e atenuantes (arts. 65 e 66 do CPB)⁶⁹ presentes no caso concreto, como por exemplo, a agravante da reincidência. As circunstâncias legais agravantes e atenuantes gravitam em torno do delito sem atingir sua substância. São elementos acidentais do crime, *“pois acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com seus elementos constitutivos”* (BRUNO, 1967, p. 107).

O aumento da pena-base, diante da incidência de circunstâncias agravantes, não poderá levar à fixação de uma pena superior àquela máxima cominada ao crime. Se a pena-

⁶⁸ Circunstâncias agravantes - Art. 61, CPB. “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada”.

Agravantes no caso de concurso de pessoas - Art. 62, CPB. “A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

⁶⁹ Circunstâncias atenuantes - Art. 65, CPB. “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou”. Art. 66, CPB. “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

base tiver sido fixada no mínimo legal e o magistrado verificar a incidência de uma circunstância atenuante, deverá abster-se de valora-la, em virtude do consagrado na Súmula nº. 231 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que dispõe que “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo no mínimo legal*”.

Havendo o concurso entre as circunstâncias agravantes e as atenuantes o magistrado não deverá compensar uma pela outra e sim ponderar-se pelas circunstâncias preponderantes que, segundo o legislador, são aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67, CPB).

E, por fim, na terceira fase da dosimetria da pena são consideradas as causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena, que podem tanto estar previstas na Parte Geral do CPB (*e.g.* a tentativa, prevista no artigo 14, inciso II, que poderá diminuir a pena de um a dois terços) quanto na Parte Especial do CPB (*e.g.* no crime de aborto a pena será aplicada em dobro se ocorrer a morte da gestante – art. 127). Elas são causas que permitem ao magistrado diminuir aquém do mínimo legal bem como aumentar além do máximo legal.

O parágrafo único do artigo 68, do CPB, dispõe que se ocorrer o concurso de causas de diminuição e de aumento previstas na parte especial, deverá o Juiz limitar-se a uma só diminuição e a um só aumento, prevalecendo a que mais aumente ou diminua, porém se ocorrer uma causa de aumento na parte especial e outra na parte geral, poderá o magistrado aplicar ambas, posto que a lei se refere somente ao concurso das causas previstas na parte especial do código.

Com relação às qualificadoras é possível que o Juiz reconheça duas ou mais em um mesmo crime e, segundo a literatura jurídica, a primeira deverá servir como qualificadora e as demais como agravantes genéricas⁷⁰. Entretanto, pode acontecer que em determinados casos a outra qualificadora não seja considerada como circunstância agravante, devendo então o magistrado aplicá-la como circunstância do crime (art. 59, do CPB)⁷¹.

Como vimos no **Capítulo 2**, a Nova Lei de Drogas prevê as causas especiais de aumento de pena no seu artigo 40 e as causas especiais de diminuição de pena nos artigos 33, §4º (tráfico privilegiado), 41 (delação premiada) e 46 (semi-imputabilidade).

A forma como a legislação brasileira orienta o magistrado no momento de elaboração da sentença, estipulando elementos fundamentais e critérios para a aplicação e

⁷⁰ Por exemplo: no caso de um indivíduo que pratica homicídio qualificado mediante promessa de recompensa e com o emprego de veneno, o juiz irá considerar a promessa de recompensa como qualificadora (artigo 121, § 2º, I do CPB) e o emprego de veneno como agravante genérica (artigo 61, II, "d" do CPB) ou vice-versa.

⁷¹ Como no caso de um furto qualificado praticado mediante escalada e rompimento de obstáculo, o juiz poderá qualificar o crime pela escalada (artigo 155, § 4º, II do CPB) e, como o rompimento de obstáculo não é considerado como agravante, deverá considerá-lo na 1ª fase do cálculo da pena como circunstância do crime.

cálculo da pena, favorecem o estudo e a compreensão do raciocínio desenvolvido no processo de tomada da decisão para condenação, possibilitando a identificação dos elementos determinantes desta, do *quantum* da pena fixada e sua individualização, das razões para discriminação entre casos semelhantes, bem como a aferição da (im)parcialidade do Juiz no exercício da atividade jurisdicional. Questões pertinentes ao objeto desta pesquisa e que serão exploradas no **Capítulo 6**, adiante.

5 O DESENHO DA PESQUISA

5.1 Considerações iniciais.

Como vimos, o principal objetivo deste trabalho é a compreensão de como se dá a resposta do Sistema de Justiça Criminal às infrações perpetradas por mulheres envolvidas com o tráfico de entorpecentes, a partir da análise das sentenças proferidas em primeira instância na Comarca de Juiz de Fora/MG. Esse objetivo se desdobra em outros dois bem específicos que envolvem:

1. a identificação da lógica que orienta o processo de tomada de decisão dos magistrados, cuja manifestação concreta encontraremos nas sentenças criminais em processos contra mulheres envolvidas com o tráfico e,
2. a identificação de como essa lógica opera a racionalização da cultura judiciária, do contexto político-institucional, das circunstâncias legais e extralegais relacionadas aos casos sob análise, buscando desvendar, por fim, *se e como* tais condicionantes influenciam no decreto condenatório de mulheres pelo tráfico de drogas e no *quantum* da pena fixada.

De acordo com essa proposta surgem questões sobre como se dá a construção da argumentação dos magistrados; como são recebidas as teses da defesa e da acusação; que elementos presentes nos autos são invocados como fundamentos da decisão, a menor ou maior relevância atribuída a estes; como são relacionados na sentença os fatores agravantes e atenuantes, o perfil socioeconômico das mulheres processadas e julgadas, bem como aquelas decorrentes da relação entre o gênero e o crime de tráfico.

De início, entendemos que a análise das condicionantes diretivas determinantes do processo de tomada da decisão penal envolve elementos que podem ser mais bem apreendidos através de uma metodologia qualitativa. A fim de explicitar como se deu a construção do percurso metodológico adotado, apresentamos, a seguir, as suas diferentes etapas, quais sejam: a pesquisa exploratória, a apresentação do objeto do estudo e a metodologia definida.

Quanto à pesquisa empírica nos esforçamos em descrever as primeiras incursões da pesquisadora no campo e em expor as dificuldades, as facilidades, assim como as opções metodológicas que orientaram nossa inserção no Sistema de Justiça Criminal da Comarca de Juiz de Fora/MG. Nesse relato pretendemos, sobretudo, registrar a experiência da pesquisa, destacando as particularidades do universo investigado, o caminho empreendido, as alternativas encontradas diante das dificuldades e limitações do campo, as opções

consolidadas por técnicas, as quais possibilitaram a entrada no Sistema de Justiça Criminal, uma instituição, geralmente, caracterizada pela sua resistência à presença de agentes externos e por limitações próprias de sua dinâmica laboral e institucional.

5.2 A fase preliminar da pesquisa de campo.

Consideramos relevante, no que tange à exposição do percurso metodológico que envolve a análise do objeto de estudo, definir as etapas preliminares da pesquisa de campo.

O interesse pela temática das drogas surgiu durante o bacharelado em Direito e se intensificou durante os debates acalorados realizados na Especialização em Ciências Penais, ambos cursados na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Ao ingressar no Mestrado em Ciências Sociais, a intenção inicial era estudar como ocorre o enfrentamento das organizações criminosas para o tráfico de entorpecentes pelo Poder Judiciário. Porém, já sob orientação do Professor Doutor Paulo Cesar Pontes Fraga, voltamos nossa atenção para a questão da mulher no tráfico de drogas e da resposta do Sistema de Justiça Criminal a este tipo de infração da lei penal. Sendo assim, nos dedicamos ao estudo da literatura sociológica sobre a criminalidade feminina e buscamos uma abordagem teórico-metodológica que viabilizasse a realização do estudo pretendido. Foi assim que, através de nosso orientador, tivemos o primeiro contato com a “*Theory of Sentencing*” e optamos por uma metodologia de pesquisa qualitativa orientada pelos pressupostos desse referencial teórico.

Após a definição inicial do tema do estudo e da metodologia de pesquisa, qual seja, a resposta do Sistema de Justiça Criminal às mulheres envolvidas com o tráfico sob a perspectiva da “*sentencing*”, empreendemos, concomitantemente, uma profunda pesquisa bibliográfica da literatura pertinente e um esforço para a definição da pesquisa de campo, da forma de entrada da pesquisadora no campo, do suporte empírico da pesquisa e da forma de coleta dos dados através da consulta aos “*autos*” processuais, assim como para a definição das categorias de análise adequadas aos casos particulares a serem estudados.

As questões de pesquisa não surgiram instantaneamente, ao contrário, foram sendo processadas, construídas e alimentadas no decorrer dos estudos desenvolvidos e dos primeiros contatos realizados com os operadores do direito em atividade no Fórum da Comarca de Juiz de Fora/MG. A escolha de um tema que exige o ingresso no âmbito do Sistema Judiciário envolve um problema inicial que se intensifica devido ao curto período de tempo para realização da pesquisa (apenas 02 anos), qual seja, a assunção do risco de iniciar um trabalho

sabendo da possibilidade de se sofrer grandes restrições ou, até mesmo, a recusa à autorização para obter acesso aos processos, podendo significar a morte intelectual da pesquisa pela perda do seu objeto principal – os “*autos*” processuais. Contudo, o interesse de desvendar o universo jurídico sob uma perspectiva puramente sociológica, diversa da formação acadêmica original da pesquisadora e, por isso mesmo, inspiradora e instigante, foi determinante na assunção desse risco.

Após o recorte inicial, traçamos o desenho da metodologia por uma leitura ainda incipiente sobre a “*sentencing*” que sofreu críticas durante o exame de qualificação da dissertação. O dimensionamento da metodologia anterior e as categorias definidas para análise do objeto se revelaram inoportunos para o tempo da pesquisa e a pretensão inicial de estudar o perfil sócio-biográfico e profissional dos magistrados através da realização de entrevistas semiestruturadas e da aplicação de questionários foi abandonada. Assim, aprofundamos o estudo sobre as abordagens qualitativas específicas para o estudo da decisão judicial através da “*sentencing*”, o que resultou no estreitamento das categorias de análise e na restrição da análise dos “*autos*” processuais às sentenças terminativas de mérito⁷².

Em seguida, nos dedicamos a descobrir mais especificamente o que buscar no campo, considerando as suas limitações. Uma das principais preocupações na realização da pesquisa foi a questão do acesso ao Sistema de Justiça Criminal da Comarca de Juiz de Fora/MG. Por onde começar? Qual o universo a ser pesquisado? Qual o caminho para se conseguir o acesso aos documentos necessários?

Esgotada a literatura temática, reconhecemos a necessidade inicial de compreender a estrutura da organização judiciária, assim como a lógica e o caminho do fluxo do sistema criminal na Comarca de Juiz de Fora. Sendo assim, buscamos informações e orientações junto aos operadores do direito, a fim de delimitar as especificidades e singularidades locais.

Nesse momento, durante as primeiras conversas, ainda de caráter informal, percebemos que um diário de campo seria um relevante recurso na dinâmica metodológica, pois o mesmo possibilitaria à pesquisadora uma reflexão distanciada sobre o campo, seus diferentes atores e sobre as interações realizadas.

Isto porque, se de um lado a formação profissional jurídico-acadêmica da pesquisadora proporcionou-lhe identificação com o campo, facilitou-lhe a inserção e o conhecimento inicial das “*regras do jogo*”, de outro, obrigou-lhe a redobrar a capacidade de estranhamento sobre a cultura jurídica, pois como leciona Velho (2008, p. 127),

⁷² Ou seja, a decisão definitiva e terminativa do processo, que acolhe ou rejeita a imputação formulada pela acusação.

Assim, em princípio dispomos de um mapa que nos familiariza com os cenários e situações sociais do nosso cotidiano, dando nome, lugar e posição aos indivíduos. Isso, no entanto, não significa que conhecemos o ponto de vista e a visão de mundo dos diferentes atores em uma situação social nem as regras que estão por trás dessas interações, dando continuidade ao sistema.

Nesse esforço de relativização e estranhamento, que não significa neutralidade, “*estranhar o familiar*” foi um exercício fundamental, que envolveu cuidado para promover o distanciamento entre a advogada e a pesquisadora, em busca de alteridade para descolar o seu olhar das questões que se mostravam recorrentes, tanto nas práticas observadas como no trabalho forense cotidiano. Quando estudamos o que nos é próximo, “*estranhar o familiar*” é buscar transcender as limitações de nossa origem e “*chegar a ver o familiar não necessariamente como exótico mas como uma realidade bem mais complexa do que aquela representada pelos mapas e códigos básicos nacionais e de classes através dos quais fomos socializados*” (VELHO, 2008, p.133).

Em que pese a constante preocupação com o necessário distanciamento entre o “*habitus*” da advogada e a assunção da postura de pesquisadora, o conhecimento prévio da dinâmica do sistema jurídico contribuiu para a formulação dos questionamentos essenciais à pesquisa, para a superação da resistência inicial por parte dos operadores do direito e para a identificação de atalhos institucionais que possibilitaram a obtenção das autorizações necessárias para o ingresso no campo e acesso aos “*autos*” processuais.

Assim, inicialmente, foram realizadas entrevistas com os servidores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais/TJMG lotados no Fórum de Juiz de Fora (Secretários da Diretoria do Foro, servidores e Escrivães das Varas Criminais e de Execuções, bem como Assessores dos Magistrados), a fim de verificar a disponibilidade de “*autos*” processuais nas dependências das 04 Varas Criminais e da Vara de Execuções, bem como a viabilidade da pesquisa pretendida.

Desse primeiro contato resultou a informação de que em cada uma das 04 Varas Criminais e na Vara de Execuções tramitam simultaneamente cerca de 3.000 a 4.000 processos; sendo que, devido ao grande volume de processos movimentados na Comarca e às limitações da infraestrutura da sede do Foro, muitos dos “*autos*” findos, ou seja, processos arquivados ou com sentença terminativa de mérito proferida e transitada em julgado⁷³, são remetidos para um arquivo de feitos gerido por empresa terceirizada pelo TJMG e situado na região metropolitana de Belo Horizonte.

⁷³ Ocorre o trânsito em julgado da sentença judicial quando transcorre o prazo processual para interposição de recurso sem manifestação das partes ou quando todos os recursos cabíveis estão esgotados.

Diante disso, percebemos que não seria possível obter autorização para acesso a todos os “autos” criminais processados no período de tempo recortado para a pesquisa, ou seja, aqueles iniciados e concluídos a partir de janeiro de 2007, já na vigência da Nova Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006), sendo certo que estariam disponíveis na Comarca apenas os processos em andamento e aqueles que uma vez sentenciados, aguardam decisão de recursos interpostos ao Tribunal.

Buscamos, então, alternativas para a localização de sentenças proferidas no período citado, motivo pelo qual questionamos os servidores do judiciário sobre a disponibilidade para consulta e pesquisa de Livros de Registro de Sentenças. Estes são livros de confecção obrigatória que devem ser mantidos pelas Secretarias dos Juízos, funcionam como instrumentos que registram as decisões proferidas pelos magistrados, servindo, também, como meio de consulta e recuperação de informações relativas aos processos concluídos e/ou arquivados. Obtivemos, então, a informação de que, em geral, tais livros são guardados durante determinado tempo e a critério do Escrivão Chefe nos Cartórios das Varas Criminais e de que cópias das sentenças criminais condenatórias são enviadas ao Juízo da Execução para instrução dos processos de acompanhamento das etapas do cumprimento da pena.

Também constatamos que as Varas Criminais e a de Execuções Criminais de Juiz de Fora contam com um espaço físico limitado e com um número reduzido de servidores, com alternâncias de carga horária, licenças, férias, sendo que os mesmos concentravam seu expediente de trabalho no período da tarde, de modo a atenderem a grande demanda dos advogados e partes por informações sobre a movimentação dos processos em curso. Tal circunstância evidenciou a impossibilidade de realização da pesquisa em tempo integral ou no período da tarde, motivo pelo qual optamos por empreender a pesquisa de campo prioritariamente pela manhã, horário mais tranquilo e oportuno. Visamos evitar, assim, transtornos na rotina de trabalho dos servidores do judiciário e constrangimentos em razão da distribuição do espaço e da concentração e circulação de pessoas nos Cartórios.

Ainda nesses primeiros contatos, a pesquisadora buscou esclarecimentos junto aos servidores do judiciário visando desvendar os caminhos institucionais necessários à obtenção de autorizações para o acesso aos ambientes dos Cartórios das Varas Criminais e da Vara de Execuções e aos documentos necessários à pesquisa. Nesse momento, sentimos a insegurança e, até mesmo, certa desconfiança, da parte desses servidores em fornecer informações.

Muitos dos serventuários e alguns Escrivães que contactamos buscaram ressaltar as dificuldades e entraves de se realizar a pesquisa, seja pelo grande volume de processos nos Cartórios, pela remessa destes e dos Livros de Registro de Sentença mais antigos ao arquivo

de feitos, pelas limitações de pessoal e da infraestrutura forense, pela inexistência de mecanismos que permitissem a localização dos processos e sentenças que julgaram uma modalidade de crime específica (tráfico) e com autoria determinada pelo objeto da pesquisa (acusados do gênero feminino), ou, ainda, pela afirmação da dificuldade de se obter autorização para pesquisa devido ao chamado “*segredo de justiça*” e, mesmo, pelo desencontro das informações sobre *como* e *a quem* deveriam ser formulados os pedidos de autorização (fomos informados que tais requerimentos deveriam ser encaminhados ora ao TJMG, ora ao Diretor do Foro de Juiz de Fora, ora diretamente aos Juízes Titulares das Varas Criminais e da Vara de Execuções).

Em verdade, percebemos esforços por parte dos agentes do judiciário visando dissuadir a pesquisadora de sua empreitada. Contudo, já esperávamos essa resistência inicial, justamente por conhecermos a dinâmica de funcionamento dos trabalhos no ambiente forense e da interação dos servidores com aqueles que *são* ou *se colocam* como estranhos ao meio. Motivo pelo qual persistimos, recorrendo a um ex-professor do bacharelado em Direito e da Especialização em Ciências Penais concluídos na Faculdade de Direito da UFJF, que também atua como Juiz Titular de uma das Varas Criminais de Juiz de Fora, buscando maiores esclarecimentos sobre os caminhos institucionais para obtenção de autorizações para o acesso às fontes indispensáveis à pesquisa – as sentenças.

Assim, tivemos a confirmação de que os requerimentos de autorização deveriam ser encaminhados diretamente aos Juízes Titulares das Varas Criminais e da Vara de Execuções, os quais têm discricionariedade para analisar tais pedidos e deferi-los, ou não, conforme a conveniência e rotinas específicas que imprimem à organização dos trabalhos nos Cartórios sob sua responsabilidade.

Nesse momento, obtivemos também uma autorização informal para a pesquisa na Vara Criminal de titularidade desse relevante agente do sistema, condicionada ao encaminhamento de um requerimento por escrito identificando a pesquisadora, o Programa de Pós-Graduação e a Instituição de Ensino à qual pertence; explicitando a natureza, os objetivos e fundamentos da pesquisa pretendida; bem como assumindo o compromisso de observar os princípios éticos que regem as pesquisas acadêmicas e as rotinas do Tribunal, resguardando o anonimato das partes acusadas nos processos pesquisados.

Foram, então, enviados ofícios aos Juízes Titulares das Varas Criminais e da Vara de Execuções, em conformidade com as exigências mencionadas solicitando autorização formal para acesso, respectivamente, aos Livros de Registro de sentenças e aos processos de execução das penas e para a coleta das informações necessárias.

Os Juízos da Vara de Execuções e das 1ª e 4ª Varas Criminais autorizaram a pesquisa de acordo com a conveniência dos trabalhos nos respectivos Cartórios e normas do TJMG. De outro lado, o Juízo da 2ª Vara Criminal não concedeu a autorização para a pesquisa alegando dificuldades operacionais, como limitação de espaço físico e de pessoal para atendimento à pesquisadora e insuficiência de Livros de Registro de Sentenças disponíveis no respectivo Cartório. Sendo que não conseguimos uma resposta do Juízo da 3ª Vara Criminal.

5.3 O ingresso no campo e a coleta de dados.

De posse das autorizações para realização da pesquisa, ingressamos no campo e demos início à coleta dos dados. Buscamos e coletamos nos Livros de Registro de sentenças e nos “autos” dos processos de execução criminal⁷⁴, as sentenças disponíveis em que figuraram no polo passivo mulheres julgadas/condenadas pelas infrações tipificadas no “*Capítulo II – Dos Crimes*”, artigos 33 a 47, da Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Nossa atividade nos Cartórios das Varas Criminais e da Vara de Execuções dependia do acompanhamento dos Escrivães Chefes, responsáveis legais e depositários fiéis do Estado, para manuseio dos “autos” processuais, posto que o acesso e manuseio destes é autorizado, segundo as normas de organização judiciária, apenas aos operadores do direito (serventuários dos Tribunais, advogados, promotores ou juízes).

Esclarecemos que desde o início tínhamos consciência da impossibilidade de alcançar a seleção e coleta da totalidade das sentenças dos casos de crime de tráfico de drogas cometidos por mulheres na cidade de Juiz de Fora. Isso porque, além do grande volume de processos iniciados desde a égide da Nova Lei de Drogas até os dias atuais, o Sistema de Informatização dos Serviços das Comarcas – SISCOM⁷⁵, somente pode ser acessado através

⁷⁴ Os “autos” processuais e inclusive os documentos que os compõe (como a denúncia, o relatório do inquérito policial, os laudos periciais, as atas de audiências, as sentenças, etc.) podem ser entendidos como “fichas simbólicas”, ou seja, atuam como meios de intercâmbio através dos quais circulam interações entre os atores dos diferentes “sistemas peritos” técnico-profissionais do campo Jurídico Criminal de forma abstrata e impessoal, fornecendo “garantias” de expectativas através de tempo-espaço distanciados. Sendo que estas “garantias” de expectativas advêm da confiança de pessoas leigas na correção de princípios que, embora desconheçam, regem a elaboração das “fichas simbólicas” e as interações nos “sistemas peritos”. Os “autos” processuais, enquanto “fichas simbólicas”, documentam a interação “significativa” entre juízes, promotores e advogados, que atuam empregando o conhecimento da ordem institucional em que estão envolvidos, sendo, ao mesmo tempo, por ela orientados, reproduzindo-a e transformando-a (GIDDENS, 1991 e 2003).

⁷⁵ Sistema informatizado através do qual é feito o registro e o controle da movimentação dos processos da Justiça de Primeira Instância em Minas Gerais, desde a distribuição até a baixa do registro do feito, condicionando regras e procedimentos a serem seguidos pelas Secretarias de Juízo e Órgãos Auxiliares da Justiça (Provimento nº. 161/2006 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais). O registro e movimentação dos processos no SISCOM e a localização dos mesmos nos Cartórios das Varas Criminais e da Vara de Execuções

de senhas individuais conferidas aos serventuários da justiça e não fornece ferramentas para a localização dos autos de acordo com a modalidade de crimes processados e gênero do acusado. As consultas nesse sistema são realizadas através do número do processo ou nome do réu, informações das quais não dispúnhamos previamente. Registramos que os autos são guardados em Cartório em estantes classificadas em maços conforme o estágio de movimentação processual (por exemplo, processos em carga para o Ministério Público ou Defesa; conclusos para análise do Juiz; aguardando expedição de mandados, etc.), sendo que apenas na capa dos processos encontramos etiquetas com a indicação da acusação feita na ação penal, o número do processo e os nomes dos réus.

Não nos pareceu razoável solicitar aos Escrivães e serventuários que prejudicassem o desempenho de suas atividades e obrigações funcionais para auxiliar a pesquisadora na busca e localização dos “autos” processuais na Vara de Execuções Criminais ou dos Livros de Registro de Sentença nas Varas Criminais. Qualquer solicitação nesse sentido poderia embarçar a realização da pesquisa e, até mesmo, causar a revogação da autorização concedida, razão pela qual efetuamos a busca manual dos “autos” e Livros diretamente nas estantes. O trabalho de localização dos mesmos foi exaustivo e tomou grande parte do tempo dedicado à pesquisa nos Cartórios.

Quanto aos Livros de Registro de Sentenças, esclarecemos que eles são elaborados conforme critérios definidos pelo Escrivão Chefe em conjunto com o Juiz Titular da Vara. Em geral, eles podem ser de dois tipos: 1. livro propriamente dito (tipo caderno de capa dura), já encadernado; e 2. livro de folhas soltas (tipo pasta), destinado ao registro de termos impressos através do sistema informatizado ou cópias com valor oficial, no caso cópias das sentenças. A formatação do livro encadernado ou tipo pasta deve conter capa com a referência do seu conteúdo; folhas numeradas e rubricadas; termos de abertura e de encerramento, devendo o livro se encerrar quando completar 200 folhas, podendo este número ser aumentado ou diminuído, de forma a não interromper a sequência de algum documento que possua mais de uma página; os documentos devem obedecer à ordem cronológica (data da decisão); as rasuras, porventura existentes, deverão estar acompanhadas de justificativa lançada às margens do registro, para conferir-lhes autenticidade. Assim a localização das sentenças que se enquadravam nos critérios da pesquisa ocorreu através da leitura dos Livros de Registro de Sentenças.

Ressaltamos que, embora a pesquisa tenha sido realizada no único Fórum da Justiça Estadual na cidade de Juiz de Fora, nos deparamos com a inexistência de um procedimento uniforme para autorização e realização de pesquisas acadêmicas no âmbito dessa repartição do Sistema Judiciário, motivo pelo qual, em cada uma das Varas em que obtivemos autorização, os Magistrados e Chefes dos Cartórios adotaram orientações e limites diferenciados para concessão do acesso às fontes disponíveis. Entendemos a necessidade e a importância da regularidade do procedimento e metodologia na coleta de dados em pesquisas acadêmicas. Contudo, diante das especificidades e restrições impostas pelos próprios “*sistemas peritos*” às pesquisas acadêmicas no campo jurídico criminal, tivemos que adaptar e flexibilizar os procedimentos de coleta dos dados, pois, em caso contrário, a pesquisa estaria inviabilizada. Dessa forma, a seguir descrevemos as particularidades da coleta de dados em cada uma das Varas pesquisadas.

5.3.1 A pesquisa na 4ª Vara Criminal.

A pesquisa na 4ª Vara Criminal limitou-se aos Livros de Registro de Sentença disponíveis em seu Cartório, uma vez que o Escrivão Chefe não autorizou o manuseio dos autos processuais com sentença de mérito que aguardavam julgamento de recursos, argumentando que não poderia auxiliar a pesquisadora na localização dos processos e posterior guarda nos respectivos maços e estantes, devido ao desempenho de suas funções. Ele também invocou a necessidade de manutenção do “*segredo de justiça*” e os transtornos que poderiam ser causados pela guarda equivocada dos processos fora de seus maços e estantes.

Segundo informação do Escrivão Chefe, o Cartório não dispõe de espaço físico suficiente para a guarda de todos os autos processuais e, também dos Livros de Registro de Sentenças, motivo pelo qual estes últimos, assim como os autos findos, são remetidos para o arquivo de feitos fora da sede do Foro.

Os Livros de Registro de Sentença disponíveis abarcaram apenas o período entre abril de 2010 e maio de 2012. Nesta vara foi solicitada autorização para a digitalização das sentenças por meio de scanner portátil. Contudo o pedido foi negado pelo Juiz Titular com recurso à afirmação da necessidade de respeito ao “*segredo de justiça*”.

Diante dessa negativa, foi empreendida a leitura dos livros e o fichamento das sentenças que atendiam ao objeto da pesquisa nas dependências do Cartório, no período da manhã em que não ocorre o atendimento ao público. As sentenças nos livros desta Vara são

ordenadas em ordem cronológica conforme a data da decisão. Esses livros também contêm índices ordenados pela numeração do processo e nome dos réus com a respectiva paginação. O manuseio dos livros foi facilitado pela existência de tais índices, através dos quais pudemos filtrar pelos nomes dos réus as sentenças que julgaram mulheres. Em seguida, fizemos a leitura da página inicial das mesmas onde consta a tipificação do delito e procedemos à seleção e o fichamento daquelas relacionadas ao tráfico de drogas. Foram coletadas 13 sentenças em que mulheres figuraram como autoras de crimes previstos na Nova Lei de Drogas.

5.3.2 A pesquisa na 1ª Vara Criminal.

Em conversa com a Assessora da Juíza Titular da 1ª Vara Criminal, fomos informados que, em virtude do espaço físico limitado do Cartório, os Livros de Registros de Sentenças mais antigos e os autos findos também são remetidos ao arquivo de feitos, motivo pelo qual estariam disponíveis para consulta apenas alguns livros mais recentes. Questionamos sobre a possibilidade de acesso aos autos processuais com sentença de mérito que aguardavam julgamento de recursos e fomos, mais uma vez, informados da dificuldade de autorização do manuseio dos autos, sob o argumento da necessidade de manutenção do “segredo de justiça” e da possibilidade da guarda equivocada dos processos fora de seus maços e estantes causar transtornos aos trabalhos no Cartório. Sendo afirmado que o Escrivão Chefe e serventuários não poderiam se desviar de suas funções para auxiliar a pesquisadora na localização dos processos e posterior guarda nos respectivos maços e estantes.

Como alternativa, a Assessora da Juíza Titular da 1ª Vara Criminal indicou que todas as sentenças proferidas desde 2007 estavam arquivadas nos computadores do Gabinete da magistrada, fato que poderia favorecer a localização de sentenças que atendessem à pesquisa e alcançassem um período de tempo maior do que aquele abarcado pelos Livros de Registro de Sentenças disponíveis no Cartório. Ressaltamos que, de início, a Assessora informou também que se recordava de poucos casos em que mulheres foram processadas por tráfico nessa Vara.

Sendo assim, a Juíza Titular da 1ª Vara Criminal autorizou o acesso às sentenças disponíveis em arquivo digital nos computadores do seu Gabinete e sua assessora procedeu à separação de 14 sentenças em que foram condenadas mulheres processadas por tráfico de drogas e as transferiu na íntegra para um *pen drive*, destas 07 sentenças referem-se a crimes praticados na vigência da antiga Lei de Drogas (Lei nº. 6.368/1976) e 07 referem-se a crimes

praticados na vigência da Nova Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006), estando um dos arquivos corrompidos, apenas 06 destas últimas serão consideradas no presente trabalho.

5.3.3 A pesquisa na Vara de Execuções Criminais – VEC.

Em nossos primeiros contatos com a Assessora do Juiz Titular e com a Escrivã Chefe do Cartório da Vara de Execuções Criminais – VEC, recebemos uma estimativa de que na ala feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires em Juiz de Fora havia cerca 90 mulheres encarceradas, dentre condenadas em cumprimento de pena e mulheres em prisão provisória, ou seja, aguardando a decisão de mérito nos processos em trâmite perante as Varas Criminais da Comarca. Constatamos, também, que os autos findos, ou seja, em que já havia ocorrido a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena pelas condenadas, também são remetidos ao arquivo de feitos, em virtude do espaço físico limitado do Cartório. Assim, seria possível o acesso apenas aos autos processuais e sentenças das mulheres em cumprimento de pena.

Além disso, devido às limitações dos mecanismos de busca do SISCOM, anteriormente apontadas, verificamos a impossibilidade de localização prévia de todos os processos de mulheres condenadas por tráfico de drogas. Sendo que seria preciso uma relação com o número do processo de execução da pena e o nome das condenadas encarceradas na Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires em Juiz de Fora, a fim de viabilizar a localização e o manuseio dos “autos” que atendem aos critérios da pesquisa. Isso porque, mais uma vez, a Escrivã Chefe e serventuários não poderiam se desviar de suas funções para auxiliar a pesquisadora na localização dos processos e posterior guarda nos respectivos maços e estantes, não sendo autorizado o manuseio indiscriminado dos autos sob o argumento da necessidade de manutenção do “segredo de justiça” e da possibilidade de guarda equivocada dos processos fora de seus maços e estantes, prejudicando os trabalhos no Cartório.

Sendo assim, recebemos a orientação de buscar junto à Direção da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires uma relação com o nome e o número dos processos de execução das mulheres encarceradas na unidade prisional, motivo pelo qual enviamos ofício solicitando as informações necessárias. Em resposta, recebemos a notícia de que nosso pedido fora encaminhado à Secretaria de Estado e Defesa Social de Minas Gerais – SEEDS/MG e que, por isso, deveríamos aguardar uma resposta.

Com o decorrer do tempo e a ausência de uma resposta da SEEDS/MG, fizemos contato telefônico e via mensagens eletrônicas com servidores do Núcleo de Gestão da

Informação da SEEDS/MG, com o intuito de descobrir o resultado da análise de nosso requerimento e, também, de solicitar dados estatísticos sobre a população carcerária da cidade de Juiz de Fora, especialmente sobre as mulheres encarceradas na Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires. Depois de alguns contatos inócuos, para nossa surpresa, fomos orientados novamente a requerer tais informações à Direção do referido estabelecimento prisional, pois esta seria competente para análise do pedido e liberação do acesso às informações necessárias.

Assim, fizemos novos contatos telefônicos com a Direção da unidade prisional, sem nunca obter uma resposta sobre o pedido, fosse para a concessão ou negativa da autorização de acesso às informações para a pesquisa.

Enfim, num dos muitos contatos telefônicos, fomos orientados informalmente por uma das Agentes Penitenciárias, lotada junto ao Gabinete da Direção da Penitenciária, a formular o mesmo pedido de autorização diretamente ao Juiz Titular da Vara de Execuções, uma vez que uma ordem direta deste não poderia ser desacatada pela Direção da Penitenciária. Assim o fizemos, e bastou uma única reunião para recebermos a autorização e, finalmente, ter o acesso aos prontuários das presas da ala feminina da unidade prisional.

Registramos que o desencontro das orientações sobre qual a autoridade competente para a concessão da autorização se deve à inexistência de normas que regulem os critérios e procedimentos para realização de pesquisas acadêmicas junto a órgãos do Sistema Judiciário e Penitenciário.

Quando finalmente conseguimos acesso à Penitenciária, obtivemos junto ao Departamento Jurídico da unidade uma relação com o nome e a matrícula no Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - INFOPEN das 95 mulheres presas na unidade em agosto de 2012, sendo que destas 53 eram presas provisórias, ou seja, ainda respondiam a processo criminal pendente de julgamento definitivo, e 42 eram presas sentenciadas em cumprimento de pena.

Procedemos à localização dos prontuários das 42 mulheres sentenciadas nos arquivos da administração penitenciária, sendo que 06 não foram localizados. Os 36 prontuários encontrados foram digitalizados e a análise posterior revelou que destes prontuários 17 referiam-se a mulheres presas por tráfico de drogas, 16 a mulheres presas por crimes contra o patrimônio, 02 a mulheres presas por crimes contra a vida e 01 a uma mulher presa por receptação.

Ao iniciarmos o trabalho de pesquisa dentre os “autos” sob responsabilidade do Juízo da Vara de Execuções Criminais, contávamos com uma relação contendo o nome das 17

detentas que cumpriam pena por tráfico de drogas e o nome das 06 detentas, cujos prontuários não haviam sido localizados na Penitenciária, com o objetivo de averiguarmos se alguma destas últimas respondia por tráfico.

Em consulta ao módulo do SISCOB utilizado na referida Vara para o gerenciamento dos processos de execução criminal, verificamos que 04 das 06 detentas cujos prontuários não haviam sido encontrados na Penitenciária foram condenadas por tráfico. Desta forma, chegamos a uma listagem contendo o nome de 21 detentas condenadas por tráfico de drogas.

Durante a pesquisa no Cartório da Vara de Execuções conseguimos ter acesso a apenas 15 desses 21 processos, pois 06 deles não estavam disponíveis para consulta nas estantes, uma vez que estavam em poder do Ministério Público, dos Advogados de Defesa ou do Juiz da Execução por estarem em diferentes fases de tramitação como, por exemplo, aguardando um parecer do promotor, alguma petição da defesa ou uma decisão do magistrado.

Ressaltamos que durante a busca dos processos nas estantes do Cartório encontramos também outros 05 processos de mulheres condenadas por tráfico a cujos nomes não tivemos acesso anteriormente porque não mais estavam reclusas na Penitenciária devido à progressão do regime de cumprimento da pena, ou seja, cumpriam pena em regime aberto⁷⁶ ou semiaberto⁷⁷.

Como nesta Vara nos foi concedida autorização para digitalizarmos os “autos”, procedemos à digitalização de 20 sentenças em que mulheres foram condenadas por tráfico de drogas conforme as disposições da Lei nº. 11.343/2006.

Como na Vara de Execuções tramitam os processos relativos ao cumprimento das penas de todos os condenados internados nos estabelecimentos prisionais da cidade, destacamos que entre as 20 sentenças coletadas nesta Vara haviam sentenças proferidas pelos Juízos das 04 Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora, assim distribuídas:

- 02 sentenças oriundas da 1ª Vara Criminal;
- 07 sentenças oriundas da 2ª Vara Criminal;
- 05 sentenças oriundas da 3ª Vara Criminal; e
- 06 sentenças oriundas da 4ª Vara Criminal.

⁷⁶ Conforme disposto no art. 33, §1º, “c” do CPB no regime aberto a execução pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado, este é o último estágio da progressão do regime de cumprimento da sanção penal.

⁷⁷ Conforme disposto no art. 33, §1º, “b” do CPB, considera-se regime semiaberto a execução da pena privativa de liberdade em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, possibilita o trabalho durante o período diurno, mas determina o recolhimento noturno.

Dáí porque também nos foi possível analisar algumas sentenças proferidas pelos Juízos da 2ª e 3ª Vara Criminal neste estudo.

5.4 Do material coletado para a pesquisa.

Unificando o material de pesquisa, registramos que foram coletadas 39 sentenças, cuja distribuição por Vara de origem pode ser observada na tabela a seguir:

Tabela 8 Sentenças coletadas/Quantidade por vara de origem

Vara de Origem da Sentença	1ª Vara Criminal	2ª Vara Criminal	3ª Vara Criminal	4ª Vara Criminal	Total
Quantidade	08	07	05	19	39

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Tais sentenças foram proferidas no período entre 27/09/2007 e 11/07/2012, por 07 magistrados diferentes, sendo 02 do gênero feminino e 05 do gênero masculino. Nas tabelas a seguir podemos visualizar a distribuição da quantidade de sentenças por ano de publicação:

Tabela 9 Sentenças coletadas /Quantidade por ano de publicação (2007-2012)

Ano da Sentença	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
Quantidade	01	09	02	15	09	03	39

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Devido à ocorrência do chamado concurso de agentes, observado quando num mesmo processo figuram vários acusados pela prática do mesmo fato, verificamos que nas 39 sentenças coletadas figuraram como acusadas pelo crime de tráfico 49 mulheres, dentre as quais 03 mulheres foram julgadas em 02 sentenças distintas no período de tempo pesquisado, motivo pelo qual serão considerados 52 casos em conformidade com o objeto deste trabalho. Desses 52 casos, 46 referem-se à condenação e apenas 06 à absolvição das processadas.

De posse deste material, realizamos a leitura e fichamento das sentenças, registrando informações relevantes em formulários de coleta de dados preliminares (Anexo). Em seguida, passamos a um segundo momento da pesquisa, qual seja: a análise do conteúdo das sentenças coletadas, em busca de passagens que forneçam subsídios para a identificação e análise dos condicionantes da sentença judicial para condenação ou absolvição pelos crimes previstos no “Capítulo II – Dos Crimes”, artigos 33 a 47, da Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e dos elementos que caracterizam as disparidades das penas.

5.5 Metodologia.

Nas Ciências Sociais dispomos de diversos instrumentos metodológicos na busca pela interpretação e compreensão da realidade social. No estudo da Sociologia Compreensiva do Direito de Weber encontramos a perspectiva historicista, utilizada pelo autor para a explicação da burocracia e da racionalidade das instituições político-jurídicas das sociedades contemporâneas. Para o sociólogo alemão, o historicismo, mais que um pressuposto teórico, é um pressuposto metodológico adequado para a análise dos fenômenos sociais e jurídicos, por tornar evidentes os nexos causais entre a ação e os significados atribuídos a ela pelos agentes sociais.

Em sua análise do Direito, Weber empregou um método de investigação que combinou “*o racionalismo científico típico, classificatório e generalizante, mais identificado com as ciências naturais, com a perspectiva historicista, que captura os movimentos particulares e singulares que guardam a integridade de cada fenômeno social concreto*” (MELLO, 2005, p. 155). O presente trabalho busca a compreensão da lógica que orienta os magistrados na tomada de decisões e na condenação de mulheres por tráfico de drogas. Envolve, portanto, práticas jurídicas cuja análise, sob uma perspectiva qualitativa, evidenciará os nexos causais entre a ação e os significados oriundos da ordem política e social a elas atribuídos pelos agentes do Sistema Jurídico Criminal.

Sendo assim, consideramos relevante a lição de Weber sobre o “*processo de racionalização*”, que é parte de um processo mais amplo de intelectualização (WEBER, 1982, p. 165). Para o autor, “*racionalizar*” significa compreender de maneira abstrata um fenômeno, reproduzindo mentalmente, intelectivamente um ato ou situação. O emprego da racionalidade é um recurso metodológico, entre tantos, utilizado na orientação das ações.

Através da Sociologia Compreensiva do Direito, Weber trabalha com a reconstrução da trajetória da constituição do Direito racional e formal nas sociedades ocidentais, enquanto forma dominante de administração das relações estatais, das relações de poder e das relações entre civis. Assim, o autor desenvolveu sua Sociologia do Direito em relação com sua Sociologia da Dominação, ou seja, apontando as interações entre o Direito e o poder político organizado (dominação). Localizou o Direito no cerne da administração pública⁷⁸ e defendeu que cada tipo de dominação se expressa por um sistema jurídico peculiar.

⁷⁸ Segundo Weber (1999, v. II, p. 3), “o círculo da administração ‘pública’ abrange três coisas: a criação do Direito, a aplicação do Direito e aquilo que resta de atividades institucionais públicas depois de separar aquelas duas esferas (que aqui denominamos governo)”.

Por fim, entende-se por Sociologia Jurídica em Weber o estudo do comportamento dos indivíduos frente às normas vigentes, a identificação do grau de orientação destes por um conjunto de leis (ordem legítima) e do modo como eles as transformam.

A tarefa sociológica na seara do Direito se atém, portanto, a investigar, no plano fático, o que ocorre no comportamento daqueles que se submetem a um ordenamento ou instituição, e de que maneira ocorre sua orientação segundo o significado desta ordem legítima, institucionalizada. Essa tarefa deve ser empreendida através da análise histórica e da compreensão qualitativa dos processos históricos e sociais, combinando explicação e compreensão na busca pelo conhecimento científico dos elementos determinantes das práticas jurídicas reveladoras do domínio jurídico legal.

Visando empreender essa tarefa, optamos por uma abordagem plurimetodológica da “*sentencing*”, conjugando os aportes metodológicos da abordagem sociológica e da abordagem tradicional da teoria. Isto significa que empregamos de forma complementar o método qualitativo baseado na técnica de *análise de conteúdo de documentos* (sentença criminal) e o método quantitativo, buscando elementos que ilustrem as reflexões acerca do conteúdo das decisões coletadas.

Esclarecemos que, na esteira do pensamento de Martins (2011), flexibilizamos aqui as fronteiras erguidas na literatura estudada entre a abordagem tradicional e a abordagem sociológica da “*sentencing*”⁷⁹, pois entendemos que a complexidade do objeto da pesquisa inviabiliza a dissociação radical das metodologias qualitativa e quantitativa, posto que as categorias de análise da “*sentencing*” tradicional também podem ser submetidas à interpretação, revelando novos significados e aprofundando a compreensão das categorias de análise dos comportamentos sociais próprias da perspectiva sociológica.

Entendemos que a técnica de análise de conteúdo apresenta-se como a mais adequada para o estudo das sentenças, pois permite “*desmontar a estrutura e os elementos [do seu] conteúdo para esclarecer suas diferentes características e extrair sua significação*” (LAVILLE e DIONNE, 1999, p. 214). Como destaca Paul Sabourin,

A análise de conteúdo procura conhecer a vida social a partir da dimensão simbólica dos comportamentos humanos. Ela parte de vestígios mortos, documentos de todos os tipos, para observar os processos vivos: a mente humana em sua dimensão social. Este pensamento pode ser entendido a nível individual ou coletivo e conceituado, especialmente, nas teorias da ideologia ou, ainda, numa teoria das representações sociais. Se enfatizamos o simbólico, é porque **o conhecimento das características próprias da atividade simbólica humana é um antecessor do domínio da análise de conteúdo.** Fazer uma análise de conteúdo é produzir linguagem (discurso acadêmico de interpretação dos

⁷⁹ Nesse sentido, veja: Vanhamme e Beyens (2007); Prates Fraga (2008).

documentos) a partir da linguagem (os documentos analisados resultantes de uma interpretação do mundo). (SABOURIN, 2006, p. 358, *tradução nossa, grifos do autor*)

Segundo Berelson (1952, 1968 *apud* GRAWITZ, 2001, p. 606), a análise de conteúdo pode ser definida como “*uma técnica de pesquisa para descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto das comunicações, com a finalidade de lhes interpretar*”.

Grawitz (2001, p. 606-607) esclarece os elementos da definição de Berelson, afirmando que a análise de conteúdo deve ser realizada segundo regras, obedecendo a instruções suficientemente claras e precisas para que analistas diferentes, trabalhando sobre o mesmo conteúdo, obtenham os mesmos resultados, sendo que isso demanda um consenso sobre os aspectos a serem analisados, sobre as categorias utilizadas e sobre a definição operacional de cada uma destas. Todo o conteúdo deve ser ordenado e integrado às categorias selecionadas, em função de sua finalidade. Os elementos de informação relacionados ao objetivo do estudo não podem ser ignorados. Sendo que frequentemente, é feita a contagem de elementos significativos para calcular a sua frequência, o que não é condição indispensável em algumas análises qualitativas cujos temas não são mensuráveis.

Escolhido e coletado o material de análise, ou seja, as sentenças judiciais extraídas de autos processuais, entendidos como “*fichas simbólicas*”⁸⁰ (GIDDENS, 1991), optou-se pela utilização da técnica de exploração ou de verificação dirigida (GRAWITZ, 2001), também conhecida como análise de conteúdo “*clássica*” ou temática (SABOURIN, 2006).

Essa técnica visa testar uma hipótese previamente definida a partir da análise de um objeto preciso (GRAWITZ, 2001). Atrelado à hipótese surge certo número de conceitos cujas dimensões traduzem-se em indicadores que, por sua vez, definem uma grade que permite a categorização dos enunciados conforme a base teórica adotada (LAVILLE e DIONNE, 1999).

Dessa forma, buscamos inspiração nos aportes teóricos da “*sentencing*” para formular nossa hipótese de pesquisa, ou seja, pretendemos identificar nas sentenças elementos que favoreçam o debate sobre a (im) parcialidade dos magistrados e a desigualdade nos julgamentos pela aplicação de penas díspares nos casos de mulheres envolvidas com o tráfico de drogas.

Assim, considerando a hipótese apresentada os principais elementos que serão estudados envolvem os condicionantes da prática judicativa dos magistrados e sua relação

⁸⁰ Segundo Giddens (1991, p. 25), “fichas simbólicas” são “meios de intercâmbio que podem ser ‘circulados’ sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular”.

com o processo de racionalização de representações sociais que podem ser determinantes da parcialidade do Juiz, repercutindo em desigualdades dos Tribunais manifestas nas disparidades das penas atribuídas a acusadas julgadas pela prática de infrações semelhantes.

A definição das categorias de análise relacionadas à essa hipótese seguirá um modelo misto (LAVILLE e DIONNE, 1999), ou seja, serão definidas categorias *a priori* baseadas nas categorias das abordagens tradicional e sociológica da “*sentencing*”, mas o quadro operatório inicial não tem caráter imutável, pois, não queremos restringir a análise à verificação de elementos predeterminados, correndo o risco de deixar escapar elementos significativos que possam surgir nas sentenças, ainda que isso implique numa moderada ampliação, modificação ou eliminação decorrente da revisão crítica das categorias iniciais.

Assim, as categorias de análise previamente definidas na **abordagem tradicional da “*sentencing*”** foram:

Critérios legais: que estão diretamente relacionados à interpretação desenvolvida pelo magistrado sobre a gravidade dos fatos narrados na Denúncia e averiguados durante a instrução do processo judicial.

Qualificação/tipificação da conduta – definição na Denúncia e na Sentença, reconhecimento do concurso de crimes.

Materialidade do delito – repercussão da natureza e da quantidade de droga apreendida.

Autoria do delito – caracterização e prova, teses defensivas (confissão, negativa da autoria, desclassificação para uso), função desempenhada no tráfico.

Circunstâncias agravantes ou atenuantes e Causas de aumento e de diminuição da pena – caracterização, reconhecimento na sentença e repercussão na pena.

Critérios extraleais: que dizem respeito à interpretação desenvolvida pelo magistrado sobre as características pessoais e ao comportamento das acusadas observados durante as audiências.

Gênero – possível repercussão para uma discriminação positiva ou negativa.

Classe/origem social – possível repercussão para uma discriminação positiva ou negativa.

Raça/etnia – possível repercussão para uma discriminação positiva ou negativa.

Circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal – caracterização, reconhecimento na sentença e repercussão na pena da análise pelos magistrados da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social a personalidade da acusada, dos motivos, bem como das circunstâncias e consequências do crime.

Sendo que a categoria de análise definida na **abordagem sociológica da “*sentencing*”** relaciona-se à contextualização social, institucional e político-jurídica dos magistrados, caracterizadas aqui pela cultura jurídica, entendida como “*o conjunto de*

orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos”, relaciona-se também à cultura política e profissional dos magistrados decorrentes da formação, da socialização, do associativismo etc. (SOUZA SANTOS, 1996 *apud* MARTINS, 2011, p. 132).

Ressaltamos que tecemos considerações a respeito da conceituação de cada uma dessas categorias de análise no **Capítulo 4** deste trabalho, motivo pelo qual faremos maiores considerações sobre os mesmos no próximo capítulo a partir da análise do material coletado na pesquisa de campo.

Registramos que embora as sentenças extraídas dos “autos” processuais sejam documentos públicos, visando salvaguardar o anonimato das partes envolvidas, ao citarmos passagens que ilustram as análises deste estudo empregamos apenas as iniciais dos nomes das acusadas e das testemunhas a fim de preservá-los, sendo está, inclusive, uma condição imposta pelos magistrados para autorização da pesquisa.

Definida as hipóteses de pesquisa e as categorias a serem empregadas na análise dos conteúdos das sentenças coletadas, estas foram impressas para a leitura e sistematização dos dados que foram submetidos a um esforço interpretativo, levando aos resultados apresentados no próximo capítulo.

6 A VOZ DOS MAGISTRADOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

6.1 Considerações iniciais

De posse do material coletado durante a pesquisa, empreendemos a análise do conteúdo das sentenças, em busca de passagens que, por um lado, forneçam subsídios para a identificação e análise dos condicionantes da sentença judicial para condenação ou absolvição pelos crimes previstos no “*Capítulo II – Dos Crimes*” da Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e dos elementos que caracterizam as disparidades das penas, e, por outro, indiquem as particularidades que envolvem as mulheres condenadas por tráfico de drogas em Juiz de Fora.

A seguir, apresentamos os resultados da análise das sentenças coletadas à luz da revisão da literatura sobre o tema, sob a perspectiva das hipóteses e categorias de análise definidas para o estudo. Ressaltamos que nos guiamos pela sequência em que os elementos de análise aparecem nas sentenças penais condenatórias, motivo pelo qual iniciamos nossa exposição a partir da análise dos critérios legais relacionados à interpretação sobre a gravidade do fato. Depois versamos sobre os fatores extralegais, relacionados às características das acusadas; para, por fim, tecermos algumas considerações acerca da influência da cultura jurídica no processo decisório.

6.2 Critérios legais e a interpretação sobre a gravidade do fato.

São considerados critérios legais ou fontes formais das decisões: a legislação, a jurisprudência, as diretrizes judiciais definitivas (súmulas e súmulas vinculantes no Direito brasileiro) e, num sentido menos formal e com menor força, a doutrina penal, ou seja, os comentários de juristas renomados sobre diferentes questões (ASHWORTH, 2005).

Essa categoria ganha destaque nesse trabalho, pois aparece como a principal determinante da condenação e do *quantum* das penas fixadas. Ela envolve questões sobre a interpretação dos magistrados quanto à gravidade dos fatos que está relacionada aos elementos para configuração da materialidade, do juízo sobre a autoria do delito, sobre o reconhecimento de circunstâncias atenuantes e agravantes ou causas de aumento e diminuição das penas. Enfim, envolve o momento em que o magistrado revela sua compreensão sobre a conduta incriminada e mostra, através da aplicação da regra, sua disposição para condenar ou absolver as acusadas.

Segundo Vanhamme e Beyens (2007), interpretações diferenciadas sobre os fatos e as *qualificações/tipificações* jurídicas conduzem a decisões diferenciadas em casos semelhantes e às disparidades das penas. As autoras lecionam que a gravidade dos fatos não pode ser apreendida como um simples fator objetivo, uma vez que os magistrados, na ação subjetiva de interpretação dos comportamentos incriminados frente à norma penal, expressam a sua compreensão da gravidade, ou seja, sua pretensa verdade real formal, enquanto elemento objetivo (FOUCAULT, 1999).

A constatação de que uma mesma norma jurídica pode gerar diferentes penalizações conduz à busca pelos elementos manejados pelo Juiz na aplicação do universo de regras que lhe são colocadas. Martins (2011, p. 224) destaca que “*dificilmente um comportamento delituoso característico de um tipo penal não será desviado para outra norma jurídica, mas as formas qualificadas do crime, a composição de elementos agravantes ou atenuantes pode favorecer ou não o acusado*”.

Passamos agora à exposição de nossas descobertas sobre o raciocínio que conduz à aplicação da regra jurídica pelos magistrados na tomada da decisão condenatória, na sua interpretação e percepção sobre a gravidade dos fatos.

6.2.1 Gravidade dos fatos e a tipificação dos crimes cometidos pelas acusadas.

Observamos que a tipificação da conduta das acusadas se refere ao processo de *qualificação* da ação praticada como crime e ocorre a partir do seu enquadramento na descrição contida na norma penal. Esse enquadramento é realizado pelos agentes de controle social formal em três momentos distintos da “*sujeição criminal*”: pelas polícias na prisão e no inquérito policial, pelo Ministério Público na denúncia e pelo Juiz no julgamento.

Interessa-nos aqui a *qualificação* da conduta realizada na denúncia pelo representante do Ministério Público e na sentença proferida pelo Juiz ao final do procedimento de instrução processual, dois momentos da fase judicial em que ocorre a interpretação da gravidade do fato (BEYENS, 2000 *apud* VANHAMME e BEYENS, 2007).

Na formulação da denúncia ocorre uma primeira *qualificação* com a aplicação da norma jurídica pelo órgão acusador, nos casos de crimes da Lei de Drogas – o Ministério Público. E quando a denúncia é julgada pelo Juiz, este realiza uma segunda *qualificação*, em que, a partir do acervo probatório, decide pela absolvição ou condenação, aplicando, neste último caso, *as penas* consideradas adequadas à *qualificação*. Lembrando que a *qualificação*

definitiva do crime é primazia do magistrado (ROBERT, 2007), que ratifica ou não aquela atribuída pelo Ministério Público.

Nas sentenças estudadas verificamos que em 60% dos casos a denúncia pelo Ministério Público requereu a condenação das acusadas pela prática de mais de um delito previsto na Lei nº. 11.343/2006, reconhecendo o chamado concurso de crimes. Sendo que em 40% dos casos as acusadas foram denunciadas por apenas um crime. Encontramos a configuração da qualificação/tipificação dos delitos na denúncia na tabela a seguir:

Tabela 10 Tipificação/Concurso de Crimes da Lei nº. 11.343/2006 na Denúncia

Denúncia - Tipificação/Concurso de crimes Lei nº. 11.343/06	Quant.	%
Art. 33, caput, Lei nº. 11.343/06 (Tráfico)	16	31
Art. 35, Lei nº. 11.343/06 (Associação para o Tráfico)	5	9
Art. 33, caput c/c Art. 35, Lei nº. 11.343/06 (Tráfico/Associação)	27	52
Art. 33, caput c/c Art. 34, Lei nº. 11.343/06 (Tráfico/Petrechos)	0	0
Art. 33, caput c/c Arts. 34 e 35, Lei nº. 11.343/06 (Tráfico/ Petrechos/Associação)	4	8
TOTAL	52	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Ressaltamos que a denúncia pela prática simultânea das condutas descritas nos artigos 33 e 35 da Lei nº. 11.343/2006 é recorrente nas prisões em flagrante devido à divisão de funções e ao *modus operandi* próprio dos mercados ilícitos de drogas que facilitam a visibilidade dos envolvidos pelos agentes do controle social formal. É sabido que nos pontos de venda de entorpecentes, sejam bocas de fumo ou regiões como àquelas que concentram pessoas que fazem uso de crack em espaços públicos, encontramos os diferentes integrantes do “movimento”, o “vapor” (que negocia pequenas quantidades de droga), o “aviãozinho” (que faz o transporte da droga para abastecer a boca), o “fogueteiro” ou “olheiro” (responsável por avisar, através de rádios transmissores ou fogos de artifício a chegada da polícia ou de grupos rivais), os “prestadores de serviço” (que não possuem um vínculo fixo com o tráfico e fazem os chamados “mandados”); ou “bicos” (que vão desde a compra de refeições para os integrantes da boca até a entrega de drogas em outras localidades); os “seguranças/soldados” (responsáveis pela segurança armada do ponto de venda), etc. (FRAGA, 2004).

A *qualificação/tipificação* definitiva da conduta e a *aplicação da pena* são atividades exclusivas do magistrado, que realiza o processo de subsunção dos comportamentos desenvolvidos pelo agente ao tipo penal. Robert (2007, p. 62-63), leciona que embora o direito penal sofra, em geral, uma interpretação restrita, “*uma norma mesmo jurídica, nunca*

resta intacta após sua aplicação. O juiz sempre se mostra, de certa forma, criador do direito: num dado momento, a regra jurídica passa a consistir tanto na disposição legislativa original quanto na jurisprudência”, que consolida a forma de interpretação do sentido da lei a partir da sua aplicação rotineira.

Vanhamme e Beyens (2007) mostram na literatura da “*sentencing*” que no julgamento experimental de um mesmo caso por diferentes magistrados, estes chegaram à aplicação de penas distintas, demonstrando, assim, que os fatos e as *qualificações* jurídicas podem receber interpretações variadas, conforme a perspectiva dos atores envolvidos.

Neste trabalho não pretendemos o estudo desses dois momentos de *qualificação/tipificação penal da conduta*, pois essa tarefa demandaria uma análise mais profunda das particularidades desse processo na *práxis* dos promotores e dos magistrados.

Porém, ressaltamos que, assim como Martins (2011), observamos a existência de certa uniformização da *qualificação/tipificação dos fatos* realizada pelo Ministério Público e pelos magistrados. As acusações formuladas na denúncia foram recebidas pelos Juízes, que numa primeira análise dos *autos* referendaram a interpretação do Ministério Público sobre a norma para *qualificação/tipificação* da conduta das acusadas. Sendo que apenas no momento do julgamento, considerando as provas colhidas na instrução processual, os magistrados alteraram, em alguns casos, seu entendimento para fins de condenação e aplicação da pena.

Essa *qualificação/tipificação* penal da conduta das acusadas está relacionada com a interpretação sobre a gravidade dos fatos. Nesse sentido, Vanhamme e Beyens (2007) apontam estudos que verificaram a existência de uma percepção semelhante sobre a gravidade dos fatos entre os operadores do direito, sendo que a presença ou não de similaridades dessa natureza revelam uma ordem social, moral e penal comum entre as instituições judiciárias ocidentais.

Segundo Garfinkel (*apud* VANHAMME e BEYENS, 2007), pesquisas realizadas nos Estados Unidos mostraram que a interpretação da gravidade pelo Juiz é guiada pelo seu *status* de membro de uma corporação, através da qual se afilia a uma ordem institucional jurídica, orientada pela missão atribuída a seu ofício. Essas pesquisas apresentam correspondência com situações em que esses dois atores – Ministério Público e magistrados – estabelecem certo consenso e, assim, compartilham uma mesma ordem ou cultura jurídica.

Em estudo sobre a organização social e a justiça juvenil nos Estados Unidos, Cicourel (1968), critica as abordagens sociológicas sobre o crime e o desvio fundadas unicamente em estatísticas oficiais e que ignoram o fato destas serem produto de práticas organizacionais e do raciocínio prático dos funcionários das agências de controle social

formal, responsáveis pela imposição da lei. O autor aponta para a importância do estudo da *práxis* dos diferentes agentes do processo de produção de estatísticas criminais e documentos judiciais, cujo raciocínio prático define e constitui o significado de descrições “*corretas*” da estrutura de caráter, moral, justiça, legalidade, criminalidade aos membros daquelas organizações.

Robert (2007, p. 146-147) destaca que o juiz “*é o único ator investido do poder constitucional de decidir se uma situação concreta corresponde às prescrições abstratas da lei penal, mas todos aqueles que contribuem para apresentar-lhe o caso – profissionais ou leigos – procedem a julgamentos provisórios do tipo ‘parece-me que isso é um delito’*”.

Assim, a qualificação/tipificação dos crimes na sentença pode diferir daquela lançada na denúncia, em virtude da análise pelos magistrados das provas produzidas na fase judicial, bem como das teses da acusação ou da defesa. Isto significa que as interpretações do Ministério Público e da Defesa sobre a conduta da acusada repercutem sobre aquela desenvolvida pelo magistrado para decidir pela absolvição ou condenação.

Podemos dizer que a interpretação do magistrado sobre a gravidade do fato também é influenciada pelos princípios da política criminal do Sistema de Justiça em que está inserido. No caso da legislação brasileira vimos que a política antidrogas é marcada pela hierarquização do tráfico no escalonamento dos crimes e por uma orientação repressiva inspirada na ideologia da Defesa Social aliada a uma ideologia da diferenciação entre usuário e traficante, que encara este último como o “*inimigo*” a ser combatido (CARVALHO, 1997). Sendo essa uma política criminal punitiva voltada para a segregação penal dos acusados com vistas à prevenção (GARLAND, 1999) que delimita estereótipos compartilhados e reproduzidos na *práxis* dos agentes da persecução penal direcionando o raciocínio judicial na eleição das inúmeras variáveis entre as hipóteses de qualificação/tipificação da conduta incriminada, bem como entre as hipóteses absolutórias ou condenatórias e de fixação da quantidade e modalidade da sanção (CARVALHO, 1997).

Ao consolidar seu entendimento sobre a qualificação/tipificação definitiva do crime na sentença e realizar a aplicação da pena, o magistrado avalia a gravidade do fato, revelando suas preocupações, sua disposição sobre os eventos no seu entorno. E nesse momento o magistrado considera as circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como as causas especiais de aumento e diminuição da pena. Contudo, vale lembrar que os estudos de “*sentencing*” revelaram que não são os fatos da violência, necessariamente, que vinculam as penas mais pesadas, mas, sobretudo, os elementos valorativos considerados em grau de importância pela

cultura judiciária penal no contexto social, ao qual essa norma se aplica (VANHAMME e BEYENS, 2007).

Nas sentenças coletadas, consubstanciada a materialidade do crime e havendo provas ou mesmo indícios robustos da autoria, a qualificação/tipificação da denúncia é confirmada pelo magistrado. A retificação dessa qualificação/tipificação é procedida quando o juiz interpreta a norma penal se opondo ao entendimento do órgão acusador ou quando percebe a inexistência de acervo probatório ou apenas indícios não amparados por outras provas, gerando: 1. dúvida quanto à autoria, situação em que ocorre a absolvição, ou, ainda, 2. a alteração da qualificação/tipificação da conduta incriminada, situação em que o magistrado promove a readequação da conduta à norma, seja em favor ou em desfavor da acusada.

Assim, verificamos que após a análise dos autos processuais ocorreu a seguinte reconfiguração da qualificação/tipificação da conduta incriminada pelos magistrados nas sentenças estudadas:

- a) Das 16 denunciadas exclusivamente pelo crime de tráfico (art. 33), apenas 02 foram absolvidas na sentença;
- b) Das 05 denunciadas exclusivamente pelo crime de associação para o tráfico (art. 35), apenas 01 foi absolvida na sentença;
- c) Das 27 denunciadas simultaneamente pela prática dos crimes de tráfico (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35), 08 tiveram a acusação pela associação descartada, sendo condenadas apenas pelo tráfico, enquanto 02 foram absolvidas por ambos os crimes; e
- d) Das 04 denunciadas simultaneamente pela prática dos crimes de tráfico (art. 33), petrechos para o tráfico (art. 34) e associação para o tráfico (art. 35), 02 tiveram a acusação pela associação e pela guarda de petrechos descartada, sendo condenadas apenas pelo tráfico, enquanto 01 acusada foi absolvida por todas as acusações.

Desta forma, a qualificação/tipificação da conduta pelos magistrados nas sentenças restou configurada da seguinte forma:

Tabela 11 Tipificação/Concurso de Crimes da Lei nº. 11.343/06 na Sentença

Sentença - Tipificação/Concurso de crimes Lei nº. 11.343/06	Quant.	%
Art. 33, caput, Lei nº. 11.343/06 (Tráfico)	24	46
Art. 35, Lei nº. 11.343/06 (Associação para o Tráfico)	4	8
Art. 33, caput c/c Art. 35, Lei nº. 11.343/06 (Tráfico/Associação)	17	33
Art. 33, caput c/c Art. 34, Lei nº. 11.343/06 (Tráfico/Petrechos)	0	0
Art. 33, caput c/c Arts. 34 e 35, Lei nº. 11.343/06 (Tráfico/Petrechos/Associação)	1	2
Não se aplica (Absoluções)	6	11
TOTAL	52	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Com o intuito de ilustrar o raciocínio e os argumentos desenvolvidos pelos juízes no processo de interpretação da norma e de tomada da decisão, citamos como exemplo o caso em que uma das acusadas foi denunciada, juntamente com seu irmão, pela prática das condutas descritas nos artigos 33, *caput* (tráfico); 34 (petrechos para o tráfico) e 35 (associação para o tráfico) da Lei de Drogas. Embora o magistrado tenha reconhecido a existência de provas quanto à autoria do crime de tráfico pela acusada, sua interpretação sobre a adequação da sua conduta às normas que preveem o crime de petrechos e associação para o tráfico diferiu daquela esposada pelo Ministério Público.

Para afastar a imputação do crime de petrechos para o tráfico o magistrado invocou argumentos presentes na literatura jurídica e na jurisprudência que coadunam com a sua própria interpretação da norma, segundo a qual o crime do artigo 34 da Nova Lei de Drogas é subsidiário ao crime de tráfico, isto é, envolve condutas que são absorvidas pela prática do crime de tráfico, como se depreende da passagem abaixo:

A denúncia também imputa aos acusados o delito previsto no **art. 34 da lei 11.343/2006**, razão pela qual passemos à sua análise conjunta. **Examinando os autos, observo que não é possível acolher a pretensão ministerial de reconhecimento do delito previsto no art. 34 da Lei nº 11.343/2006, vez que este é um crime subsidiário.** Assim, como lecionam Luiz Flávio Gomes (in Lei de Drogas Comentada, p. 200, 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais), Gilberto Thums e Vilmar Pacheco (in Nova Lei de Drogas – Crimes, Investigação e Processo, p. 91, 2007, Ed. Verbo Jurídico) e Abel Fernandes Gomes (in Nova Lei Antidrogas – Teoria, Crítica e Comentários, 1ª ed. – 2ª Tiragem, Ed. Impetus), **se no mesmo contexto fático o agente pratica o tráfico de drogas e estiver também na posse e guarda de instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, responde apenas pelo primeiro destes crimes, sendo o segundo, menos grave, por ele absorvido.** (...) Realmente, ao que tudo indica, a balança e os produtos encontrados na casa em que E. residia com seu irmão W. tinham por fim a preparação e até mesmo a possível transformação da cocaína para seu posterior comércio, porém como restou provado que eles praticaram a conduta mais grave de guardar e ter em depósito substância estupefaciente sem autorização e em desacordo com determinação legal ou

regulamentar, a qual tinha por fim a mercancia, esta absorveu as condutas incriminadas “possuir” e “guardar” instrumento e objetos destinados à preparação de drogas. **Veja-se, a respeito do tema, os seguintes julgados:** PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E DELITO DO ART. 34, DA LEI 11.343/06 - ABSORÇÃO - NECESSIDADE. - A apreensão de maquinário desprovido de perícia técnica, acerca de sua destinação ilícita específica, descaracteriza a conduta descrita no art. 34 da Lei 11.343/06, por ausência de prova de elementar do tipo. - **O art. 34 da Lei 11.343/06 possui natureza subsidiária, e, salvo em alguma hipótese excepcional, deve ser absorvido pelo delito de tráfico.** (TJMG – AC nº 1.0145.07.400754-6/001(1) – Rel. Eli Lucas de Mendonça – j. em 28.05.2008 – publ. em 11.06.2008 - site do TJMG). (SENTENÇA, 20/04/2010, *grifo nosso*)

E para afastar a imputação do crime de associação para o tráfico o magistrado apresentou sua interpretação sobre a legislação antidrogas e justificou os motivos pelos quais não conseguiu visualizar a adequação das condutas da acusada à norma do artigo 35 da Lei nº. 11.343/2006, também empregando citações da jurisprudência, como se depreende da passagem abaixo:

Analise agora a prática do **crime** descrito na exordial **previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006** pelos réus. Argumentou o Exmº r. do Ministério Público que, conforme consta nos depoimentos presentes neste caderno processual, restou provado que os increpados se uniram de forma estável e permanente para fins de tráfico, com identidade de propósitos e repartição de tarefas, pontuando, outrossim, que os acoimados ainda se utilizaram da unidade familiar para a consumação do ilícito. **A análise da prova colhida no curso da instrução, contudo, não traz a certeza necessária da ocorrência deste crime, vez que não ficou cabalmente demonstrado que os acusados se associaram de forma estável, e permanente para o cometimento reiterado ou não do crime definido no art. 33 da lei antitóxicos mencionada.** Em que pese haver nos autos indícios de que o acusado W. praticava o tráfico de drogas sob o comando de sua irmã E., conforme dito pelos policiais, não há qualquer elemento de prova que demonstre de forma indubitável que eles estabeleceram uma sociedade estável e duradoura para referido fim criminoso. Se é certo que os acusados estavam realmente unidos no cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que deu origem a este processo, é preciso, para que seja possível o reconhecimento do delito previsto no art. 35 da referida lei, que estivesse comprovado o estabelecimento de vínculo subjetivo que ligue os agentes de forma firme, segura, como de habitualidade e continuidade no tempo para o propósito de prática do tráfico de entorpecentes, caracterizando uma verdadeira *societas sceleris*, sendo imprescindível que esta vontade associativa se mostre apartada do ânimo necessário ao cometimento do crime visado. **No caso destes autos há provas de que os réus estavam unidos para a prática do crime de tráfico de drogas, porém não ficou cabalmente demonstrado que esta união dos réus apresentava a necessária estabilidade e permanência para a configuração do crime tipificado no mencionado art. 35 da lei antidrogas, podendo somente se cogitar, à míngua de provas e indícios veementes da prática deste delito, na simples co-autoria ou seja na associação eventual para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.** A ausência de prova cabal e incontestada da estabilidade e permanência da associação entre os meliantes força o afastamento da imputação quanto a este crime. A jurisprudência já se assentou sobre a necessidade de demonstração inequívoca do concurso de pessoas com ânimo associativo, estabelecimento de solidariedade entre todos os integrantes dessa sociedade, reciprocidade de ação, divisão de tarefas, bem como a formação de um organismo durável, para que seja caracterizado o delito tipificado no art. 35 da lei mencionada: (...) É pertinente esclarecer, ainda que embora esteja caracterizada nesta ação penal a associação eventual para o

cometimento do tráfico de entorpecentes, a causa especial de aumento de pena referente à referida associação eventual prevista na primeira figura do art. 18 inciso III da Lei nº 6.368/76 – que regulava a matéria antes do implemento da Lei nº 11.343/2006 – não foi contemplada pela novel lei antidrogas citada, que no seu art. 35 caput, tipificou apenas o delito da associação estável. Ocorreu, portanto, no caso, a figura da abolitio criminis no que diz respeito à mencionada associação eventual, não sendo possível, em razão disto, qualquer aumento na pena a ser imposta aos réus. Sobre a questão, veja-se a recente manifestação jurisprudencial em situação semelhante: (...) Não havendo prova suficiente e irrefutável de que os acusados se associaram de forma estável, com habitualidade e em caráter permanente para o cometimento do delito de tráfico de entorpecentes, mas existindo tão somente meras informações de que estariam ligados para referido fim, mas em uma ligação eventual, sua absolvição se impõe com base no princípio in dubio pro reo. Posto isto, atendendo o mais que dos autos consta, julgo **parcialmente procedente a denúncia de fls. 02/05, absolvendo os réus W. A. N. e E. N. M., já qualificados, das imputações que lhes são feitas na denúncia quanto aos delitos previstos nos arts. 34 e 35 da Lei 11.343/06, com base no disposto no art. 386 inciso VI do CPP e **considerando-os como incursos nas sanções do art. 33 caput da referida Lei nº 11.343/2006, nas quais os condeno.** (SENTENÇA, 20/04/2010, *grifo nosso*).**

Notamos, também, que em 18 (35%) dos casos estudados ocorreu o reconhecimento pelos magistrados do chamado concurso material de crimes no momento da condenação, verificado quando o agente, mediante uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicando-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela (art. 69, *caput* do CPB).

Assim, nos casos de condenação a mais de um crime serão consideradas pelos magistrados as circunstâncias legais e extralegis pertinentes a cada conduta para aplicação das penas correspondentes, que serão somadas para efeito de cumprimento pelas acusadas. A condenação por concurso de crimes está relacionada à atribuição de maior gravidade ao fato praticado, revelando por parte do magistrado uma interpretação da ação da acusada como mais lesiva à lei, culminando na aplicação das penas correspondentes a mais de um crime previsto na Lei de Drogas.

Destacamos que nos casos em que ocorreu a condenação simultânea pela prática das condutas previstas nos artigos 33 e 35 da Lei nº. 11.343/2006, a apreensão das acusadas ocorreu em situações nas quais os magistrados entenderam que foi comprovada durante a instrução processual a associação, estável e permanente, de duas ou mais pessoas para a prática, reiterada ou não, do tráfico de drogas. Na maioria das sentenças estudadas esta associação ocorreu entre homens com quem essas mulheres tinham algum tipo de relacionamento íntimo (companheiros, filhos, irmãos ou primos), o que indica a relação entre os papéis de gênero e o ingresso no tráfico de drogas, fator que será analisado adiante.

Contrariando o que Di Genaro (1975) chamou de curso não aparente ou encobrimento da participação feminina no crime, nas sentenças analisadas não observamos o interesse dos acusados em ocultar a existência de coautores ou partícipes, mesmo que o conhecimento dessa circunstância agrave o juízo de reprovação sobre sua conduta através da imputação simultânea das condutas previstas nos artigos 33 e 35 da Lei nº. 11.343/2006.

O reconhecimento do concurso de crimes é extremamente prejudicial aos acusados, pois acarreta uma punição muito mais severa devido à aplicação cumulativa das sanções pelo crime de tráfico e pela associação, sendo que a soma do *quantum* da pena cominada em abstrato pela lei a essas infrações corresponde à reclusão de 08 a 25 anos e pagamento de 1.200 a 2.700 dias-multa.

Assim, registramos que apesar de ser uma estratégia defensiva útil na busca por uma sanção menor, o encobrimento da participação feminina no tráfico pelos demais coautores não foi um recurso empregado pela defesa nas sentenças analisadas.

Uma hipótese para a não utilização dessa estratégia defensiva é o fato de que as funções frequentemente exercidas pelas mulheres nos mercados ilícitos de drogas não as afasta dos atos de execução, o que dificulta o encobrimento da participação feminina. Ao contrário, em muitas das associações criminosas para o tráfico que ocorrem na constância do casamento ou de ligações afetivas, as mulheres são empregadas em atividades que lhes deixam extremamente expostas à seleção punitiva das agências de controle social formal (policias).

Além disso, a partir da análise das descrições das condutas das mulheres acusadas por tráfico de drogas em Juiz de Fora, observamos que prevalece como fundamento da denúncia o desempenho de funções consideradas subalternas na estrutura do tráfico (SOARES e ILGENFRITZ, 2002), ocupadas por bandidos de 3ª classe que recebem uma parcela ínfima dos lucros auferidos no negócio e sobre quem recai a repressão punitiva, pois são presas fáceis, incapazes de oferecer resistência às ordens de prisão (D'ÉLIA FILHO, 2007).

Como se vê da tabela abaixo, as mulheres ligadas ao tráfico de drogas geralmente ocupam as funções de “vapor” e “mula/avião”, que somam 38% e 23% dos casos, respectivamente. Funções tidas como de maior destaque, como “dona de boca”, “gerente/caixa contabilidade” e “dona da droga” apareceram em 25% dos casos. Já as funções de “olheira/fogueteira” e “cúmplice” apareceram em apenas 14% dos casos.

Tabela 12 Distribuição das denunciadas por tráfico segundo as funções desempenhadas

Funções desempenhada pelas acusadas no tráfico	Quant.	%
Dona de boca de fumo	3	6
Gerente/Caixa contabilidade	8	15
Dona da droga	2	4
Vapor	20	38
Mula/Avião	12	23
Olheira/Fogueteira	1	2
Cúmplice	6	12
TOTAL	52	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Verificamos, ainda, que das 06 mulheres absolvidas por insuficiência de provas, 03 haviam sido acusadas por atuarem como “*cúmplices*” de maridos, namorados ou companheiros realizando a guarda de entorpecentes ou a gerência financeira do tráfico; 01 havia sido acusada por supostamente ter herdado a “*gerência*” do “*movimento*” realizado pelo filho preso; e 02 haviam sido acusadas por serem as “*donas da droga*” comercializada por co-réus no processo, sendo que uma destas foi implicada no tráfico porque seu marido cumpria pena por esse mesmo crime.

Ao analisarmos as sentenças das 20 mulheres condenadas por atuarem como “*vapor*”, verificamos que o volume de entorpecentes apreendido esteve abaixo de 100,00g. em 17 casos. Observamos, ainda, que em 15 casos as mulheres foram presas atuando em concurso de agentes, sendo que em 12 casos havia co-réus do gênero masculino. Quanto ao passado judicial das condenadas como “*vapor*”, constatamos que 13 delas eram primárias e de bons antecedentes, sendo-lhes aplicada pena média de 05 anos de reclusão. Já para as 07 condenadas que possuíam maus antecedentes, a pena média aplicada foi de 07 anos de reclusão. E quanto ao local em que essas mulheres foram flagradas, observamos que 04 delas foram presas em estabelecimentos comerciais (como bares e hotéis), 04 foram presas na rua e 12 foram presas em suas residências. Ressaltamos que esse último dado retoma o argumento de que a atuação criminosa das mulheres tende a se imiscuir com as atividades desempenhadas no ambiente familiar (ZALUAR, 1994). Acreditamos que a realização da atividade ilícita no ambiente privado pode revelar uma busca por maior invisibilidade e segurança, além da possibilidade de conciliação com o desempenho dos clássicos papéis de gênero (filha, mãe, esposa, etc.).

Já nas 12 sentenças de mulheres condenadas por atuarem como “mulas”, registramos que 06 realizaram o transporte de pequenas quantidades de drogas para o interior de estabelecimentos prisionais (volume de entorpecentes abaixo de 100,00g.) e 06 realizaram o transporte de grandes quantidades de drogas (volume de entorpecentes acima de 10.000,00g.), provenientes de outros estados do país para abastecimento do tráfico local. Quanto ao passado judicial, 09 dessas condenadas eram primárias e de bons antecedentes, sendo-lhes aplicada pena média de 06 anos de reclusão. Já para as 03 condenadas portadoras de maus antecedentes a pena média aplicada foi de 11 anos de reclusão. Observamos, ainda, que em 09 casos as mulheres foram presas atuando em concurso de agentes, sendo que em 07 casos havia co-réus do gênero masculino, seja como destinatários das drogas no interior de presídios ou como responsáveis pelo aliciamento e escolta das “mulas”.

Registramos que nos 06 casos em que as mulheres foram flagradas transportando drogas para o interior de estabelecimentos prisionais, elas o fizeram escondendo os entorpecentes na cavidade vaginal. Observamos nessas situações a instrumentalização do corpo feminino, que em razão de sua constituição biológica foi encarado como um recipiente hábil à dissimulação e ao transporte do material ilícito, servindo a uma ordem masculinizante, no sentido proposto por Romano (*apud* COLARES E CHIES, 2010, p. 409), em virtude da qual “o homem é em si e para si e a mulher é para o outro”. A análise das formas de expressão dessa “dominação masculina” (BOURDIEU, 2000) no âmbito das atividades dos mercados ilícitos de entorpecentes apresenta-se como uma interessante questão para pesquisas futuras.

Quanto às 07 mulheres condenadas como “gerente/caixa contabilidade”, às 03 condenadas como “donas da boca”, às 03 condenadas como “cúmplices” e à única mulher condenada como “olheira” do tráfico, observamos que elas atuavam em conjunto com parentes próximos, companheiros e filhos ou herdaram a atividade ilícita destes. Dentre estas mulheres 12 eram primárias de bons antecedentes, sendo-lhes aplicada pena média de 07 anos de reclusão. Já para as 02 condenadas com maus antecedentes a pena média aplicada foi de 10 anos de reclusão.

Um caso interessante que ilustra bem a atuação dessas mulheres em funções relevantes no “movimento”, é o das companheiras de três irmãos conhecidos por controlarem o tráfico em uma das regiões da cidade de Juiz de Fora, de cuja sentença extraímos a seguinte passagem:

ao que se depreende dos autos, funcionavam como ponto de apoio e de auxílio aos respectivos “maridos” nas tarefas pertinentes aos diversos contatos, proteção e realização de atividades financeiras e de apoio patrimonial, dando

guarida às empreitadas criminosas realizadas, alertando-os sobre a atuação policial com uso de rádio e telefone celular, recrutando e realizando contatos com apoiadores do tráfico, emprestando seus nomes para contas bancárias, de telefones e endereços, proporcionando, enfim, o suporte necessário e indispensável à realização das atividades criminosas, prevalecendo-se da intimidade e confiança doméstica dos líderes da quadrilha, beneficiando-se, enfim, das benesses obtidas com lucro fácil do comércio de drogas realizados pelos seus companheiros. (...) Portanto, dúvidas não restam a este Juízo de que as acusadas T., D. e L. merecem ser também condenadas pela prática do crime previsto no artigo 35 c/c artigo 40, IV e V da lei nº. 11.343/06, notadamente por participarem da associação com extensão interestadual para o tráfico de entorpecentes realizado por seus companheiros – líderes da quadrilha ora em julgamento, ressaltando-se ao final, que referidas acusadas são todas primárias e detentoras de bons antecedentes, conforme consta de respectivas CAC's acostadas em fls. 1168, 1170 e 1172, o que deverá ser levada em consideração quando da fixação da pena base de cada uma de tais acusadas. Vale ressaltar ainda que a acusada D. era menor de 21 anos ao tempo dos fatos, merecendo ser contemplada com a atenuante prevista no art. 65, I do CP (SENTENÇA, 24/06/2010, *grifo nosso*).

Esse trecho relaciona-se com a dinâmica observada por Zaluar (1994) ao pesquisar sobre a “mulher do bandido”, que muitas vezes está disposta a fazer o que for preciso pelo seu marido, irmão ou filho, inclusive ingressar no crime, arriscando sua liberdade e segurança. As acusadas condenadas na sentença citada gozavam de posição privilegiada no tráfico em virtude da relação de intimidade e confiança com seus maridos, líderes do “movimento”. Prova disso é que essas condenadas encontram-se foragidas juntamente com seus maridos, desde a decisão de Habeas Corpus pelo TJMG que lhes deferiu a liberdade provisória.

Isto posto, nos dedicamos, a seguir, à análise das sentenças coletadas buscando refletir sobre o processo de racionalização desenvolvido pelos magistrados na tomada da decisão condenatória, considerando a influência das características legais e extralegis dos casos julgados, bem como das práticas profissionais e do contexto institucional desses operadores do direito.

6.2.1.1 Materialidade do crime de tráfico.

Conforme disposto no artigo 50 da Lei nº. 11.343/2006, ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em vinte e quatro horas. Sendo que para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e *estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga*, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. No Laudo Toxicológico definitivo é afirmada a natureza e quantidade da droga apreendida, bem como é descrita a forma de acondicionamento.

Essa categoria de análise merece destaque, pois o Legislador brasileiro deixou ao arbítrio dos operadores do Direito a distinção entre as figuras do usuário e do traficante de drogas, uma vez que no artigo 28, §2º da Lei nº. 11.343/2006, conferiu ao Juiz a tarefa de determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, observando os seguintes critérios: 1. *a natureza e a quantidade da substância apreendida*, 2. *o local e as condições em que se desenvolveu a ação*, 3. *as circunstâncias sociais e pessoais, bem como* 4. *a conduta e os antecedentes do agente*.

Já o artigo 42 da mesma lei dispõe que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal (referente às circunstâncias judiciais para fixação da pena-base), a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Na literatura estudada encontramos inúmeras discussões a respeito das consequências da grande margem de discricionariedade conferida aos agentes penais na subsunção do caso concreto à normativa do artigo 28 ou do artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006⁸¹. Vale destacar que os critérios a serem considerados para a diferenciação entre as condutas do usuário e do traficante são de ordens distintas, pois, ora se referem à materialidade e circunstâncias do crime e ora às características dos acusados. Ademais, não podem ser considerados objetivos, uma vez que dependem da interpretação dos magistrados sobre a descrição da conduta típica elaborada pelos agentes do fluxo do Sistema de Justiça Criminal e inscrita nos “autos”.

Tais descrições do fato são socialmente construídas a partir das interações entre esses agentes que são orientados pela intuição e experiência profissional (SANTOUCY *et al.*, 2010), por valores e representações sociais, pelos sistemas de orientação (VIANNA *et al.*, 1997) e “*habitus*” (BOURDIEU, 2006) que informam a cultura jurídica e filosofia penal a que aderem.

Lembramos, ainda, que o tipo penal a ser aplicado no julgamento é o resultado de negociações discursivas sobre a versão do fato, desde a formulada na prisão das acusadas, passando pela inscrita na denúncia, até aquela que consta dos “autos” na fase de instrução e processamento judicial, com base na qual o magistrado decidirá pela absolvição ou condenação na sentença. Desta forma, em lugar da imparcialidade e objetividade, prevalece a

⁸¹ Diante disso, surgem discussões sobre: 1. a redução do processamento legal de casos de uso de drogas, seja pelo descaso dos agentes policiais na persecução dessa conduta ilícita, seja pela negociação do encaminhamento, ou não, dos indivíduos flagrados para a delegacia, no chamado “desenrolo” (GRILLO *et al.*, 2011); 2. a inflação do poder policial e da corrupção (ZALUAR, 1999); 3. a conversão do poder punitivo delegado pelo Estado ao seu agente em uma “mercadoria política” (MISSE, 1999); e 4. o surgimento de práticas de “arbitragem policial” e “armação do processo” (KANT DE LIMA, 1995; 2007) durante a “criminação-incriminação” (MISSE, 1999), ou seja, elaboração da descrição da conduta típica nos “autos processuais” para fins de enquadramento de um indivíduo nas categorias de usuário ou traficante.

subjetividade e a discricionariedade dos magistrados aliadas ao manejo de categorias de conhecimento/significação provenientes de ordens simbólicas que informam práticas humanas materiais (RIBEIRO, 1999).

Como se vê, a natureza e quantidade da droga apreendida, bem como a forma de acondicionamento além de determinarem a materialidade, são elementos de grande importância na definição da qualificação/tipificação da conduta da acusada, bem como na definição da pena para os crimes da Lei de Drogas. A seguir citamos uma passagem que exemplifica como essa categoria é analisada pelos magistrados na fixação da sanção:

A quantidade e natureza das drogas apreendidas, duas delas de alto poder viciante (cocaína e crack), também permitem que a pena seja imposta acima do mínimo previsto em lei, pois se tratavam de **113,20g** (cento de trinta e três gramas e vinte centigramas) **de cocaína**, em pó e compactada (crack), e **67,20g** (sessenta e sete gramas e vinte centigramas) **de maconha**. (SENTENÇA, 29/06/2010, *grifo nosso*)

Nas 39 sentenças analisadas foi constatada a materialidade do crime de tráfico através da apreensão de maconha, crack, cocaína e haxixe em quantidades variadas, conforme tabela a seguir:

Tabela 13 Volume de droga apreendida

Volume de droga apreendida (gramas)	Quant.	%
0 a 0,50 g.	20	51
0,50 a 100,00 g.	5	13
100,00 a 500,00 g.	4	10
500,00 a 1.000,00 g	2	5
1.000,00 a 5.000,00 g.	2	5
5.000,00 a 10.000,00 g	0	0
10.000,00 a 20.000,00 g	2	5
Mais de 20.000,00 g	2	5
Não Informado	2	5
TOTAL	39	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Como se vê na maioria dos casos (64%) a quantidade de droga apreendida não ultrapassa 100,00 g. Anteriormente, quando mencionamos as funções desempenhadas pelas mulheres no tráfico, registramos que esse pequeno volume de entorpecentes foi apreendido com as mulheres condenadas pela prática das condutas de “vapor” ou “mula”.

Quando a quantidade de droga apreendida é considerada “elevada” ou “substancial”, os magistrados apontam esse fato como um indício de que a acusada se dedica

ao tráfico com habitualidade, integra organização criminosa e/ou dispõe de condições financeiras para garantir uma grande movimentação na traficância, nesse caso a pena de reclusão e de multa é exasperada com o objetivo de imprimir uma reprovação mais severa. Ocorre que entre as sentenças estudadas observamos que a definição da quantidade de droga apreendida como “*elevada*” ou “*substancial*” depende exclusivamente da interpretação do magistrado.

Devemos esclarecer que a quantidade de droga por si só não pode ser indicada como o critério determinante de uma pena de reclusão em patamar mais ou menos elevado. O que de fato acontece nas sentenças é a valoração em conjunto desta e de outras informações constantes no processo para o cálculo e aplicação das penas. Sendo assim, observamos, por exemplo, que os magistrados atribuíram às acusadas, primárias e de bons antecedentes, que não integram organização criminosa, condenadas exclusivamente pelo tráfico de entorpecentes (art. 33) em quantidades inferiores a 100,00g., penas de reclusão bem abaixo do mínimo legal de 05 anos. Isso ocorre em razão da aplicação do disposto no artigo 33, §4^a da Lei de Drogas que autoriza a diminuição das penas de um sexto a dois terços. Se a redução máxima prevalecer, é atribuída à ré uma pena definitiva de 01 ano e 08 meses de reclusão ou em patamar próximo, o que foi observado em apenas 06 dos casos estudados.

A quantidade da droga apreendida também foi levada em consideração pelos magistrados para a fixação da pena de multa, sendo que o valor do dia-multa ultrapassou o mínimo legal (1/30 do salário mínimo vigente) quando verificada a apreensão de drogas de diferentes espécies e em grande quantidade, sendo esta circunstância considerada como indício de maior capacidade econômica das acusadas para o tráfico, como se vê das passagens a seguir:

Condeno a acusada no pagamento da pena de multa, prevista no art. 33 *caput* da Lei nº 11.343/2006, a qual **estipulo em 800 (oitocentos) dias-multa**, fixação esta acima do mínimo previsto em lei, em razão das circunstâncias judiciais já analisadas, **a qual concretizo ante a ausência de outras causas que a modifiquem. Fixo o valor do dia-multa em 2/20 (dois vinte avos) do salário mínimo vigente no país ao tempo dos fatos, na forma do disposto no art. 43 da Lei nº 11.343/2006, já que a situação econômica da acusada não pode ser considerada ruim, eis que alegou que tinha idoneidade financeira para constituir defensor para patrocinar seus interesses e também porque pôde dispender dinheiro com a compra de significativa quantidade de dois tipos de estupefacientes para revender.** (SENTENÇA, 29/06/2010, *grifo nosso*).

Condeno a ré também no pagamento da pena de multa, prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, a qual arbitro em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, fixação esta acima ao mínimo legal, porque as circunstâncias judiciais acima analisadas não lhe são totalmente favoráveis e ainda em razão da gravidade do crime que foi por ela cometido. Diminuo este valor de ½, em virtude do benefício previsto

no art. 33 §4º da Lei nº 11.343/06, perfazendo a pena o total de 275 (duzentos e setenta e cinco) dias-multa. Aumento o quantum ora imposto de 1/2, em razão da causa especial de aumento definida pelo art. 40 item VI da lei antidrogas, **perfazendo a pena o total de 550 (quinhentos e cinqüenta) dias-multa, a qual concretizo ante a ausência de outras causas que a modifiquem. Fixo o valor do dia-multa em 2/15 (dois quinze avos) do salário mínimo vigente no país ao tempo dos fatos, na forma do disposto no art. 43 da Lei nº 11.343/2006, já que a situação econômica da acusada não pode ser considerada ruim, eis que teve idoneidade financeira para constituir defensor neste feito e não alegou ser pessoa de poucos recursos financeiros, sem contar que teve capacidade econômica para adquirir uma razoável quantidade de cocaína para revenda.** Os valores ora mencionados serão atualizados monetariamente por ocasião da execução e devidos contados dez dias a partir do trânsito em julgado desta decisão, tudo conforme disposto nos arts. 49 e seus parágrafos, 50 e 60, todos do Código Penal. (SENTENÇA, 13/08/2010, *grifo nosso*).

Nas sentenças podemos perceber maior reprovação da conduta perpetrada quando a droga apreendida é a cocaína ou o seu derivado – crack, sendo registrada pelos magistrados a alta nocividade dessas drogas para seus usuários e para a saúde pública, independente da quantidade apreendida. Nesse caso percebemos que nas decisões os magistrados reproduzem o senso comum a respeito da maior nocividade da cocaína e do crack, cujas consequências prejudiciais à saúde dos usuários e à segurança pública são frequentemente discutidas em trabalhos acadêmicos das ciências médicas e afirmadas pelas agências de controle social formal nos meios de comunicação. E ao procederem dessa forma os juízes realizam uma verdadeira hierarquização da droga para fins de aplicação da sanção penal, uma vez que acusadas apreendidas com cocaína ou crack são apenas com maior severidade se comparadas às acusadas apreendidas apenas com maconha. Tal fato demonstra a influência de elementos valorativos considerados em grau de importância pela cultura judiciária penal (VANHAMME e BEYENS, 2007) no contexto social de repressão ao consumo e ao tráfico de entorpecentes, determinando a aplicação de penas mais pesadas em razão da interpretação sobre a nocividade da substância entorpecente apreendida.

6.2.1.2 Autoria.

Nas sentenças coletadas a análise da autoria é feita através das provas carreadas aos autos pela autoridade da polícia judiciária na fase pré-processual (interceptações telefônicas, fotografias, testemunho de co-réus, registros do Disque Denúncia, etc.), muitas vezes provocada pela ocorrência de denúncias anônimas de cidadãos da comunidade onde ocorre o tráfico de drogas, outras pela realização da prisão em flagrante delito por autoridades da polícia militar. As provas testemunhais colhidas na fase pré-processual são repetidas na fase de instrução judicial em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, vale destacar a importância conferida pelos magistrados ao testemunho dos policiais civis e militares que efetuaram as investigações/prisões. Existe inclusive jurisprudência consolidada no TJMG que atesta a credibilidade dos agentes policiais, sendo essa afastada apenas quando a acusada consegue fazer prova efetiva de que os policiais envolvidos tinham interesses pessoais ou escusos na persecução penal, o que não foi constatado em nenhum dos casos estudados. Segue uma citação que ilustra essa questão:

Em relação aos increpados J. B. e J., o d. defensor pediu suas absolvições quanto aos dois delitos descritos na proemial, alegando a inexistência de provas acerca de suas participações na vil mercancia, a qual era somente praticada por D. Argumentou que os depoimentos prestados pelos policiais militares não seriam dotados de normal credibilidade, pois eles possuiriam interesse relacionado diretamente à causa. Afirmou, outrossim, que o simples fato desses acusados residirem no mesmo local que D. não poderia levar à conclusão que estivessem todos eles associados para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo porque, segundo a tese defensiva, esse último réu estaria abusando da confiança de J. B. e J., os quais teriam permitido que ele permanecesse na residência do casal. (...) **Pretende o d. defensor, em suas alegações derradeiras, demonstrar que os depoimentos prestados tanto pelo policiais militares quanto pela testemunha E. C. P. não seriam dotados de normal credibilidade. Alega, no que tange especificamente aos milicianos, que eles possuiriam ‘interesse direto na condenação dos acusados’, o que invalidaria as informações por eles trazidas a este caderno processual. No entanto, apesar de fazer esta afirmação, o douto advogado não logrou êxito em demonstrar, de maneira concreta, qual seria este ‘interesse direto’ que estaria motivando os milicianos. Esta simples alegação, abstratamente apoiada em supostos interesses de corporação, não pode nos conduzir à séria conclusão de que estes agentes públicos estariam faltando com a verdade, assim como não pode nos fazer concluir que tenham eles empregado métodos ‘herdados dos tempos de regimes autoritários’ na investigação e na posterior prisão dos acoimados. Até que se prove o contrário, como observado pelo próprio defensor, os policiais militares são dignos de normal credibilidade e seus depoimentos dotados de plena validade. É esse o entendimento majoritário de nossos tribunais sobre a credibilidade dos depoimentos prestados por policiais militares, funcionários públicos incumbidos de desempenhar funções em prol da população: TÓXICOS - TRÁFICO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PRIMARIEDADE - BONS ANTECEDENTES - PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA - REDUÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE. 1. Restando comprovadas a materialidade e autoria, mostra-se descabida a pretensão absolutória. 2. **O depoimento dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, em harmonia com os demais elementos da prova, tem a mesma credibilidade de outros testemunhos e, para destituir o seu valor probante, é necessário demonstrar que o mesmo tem algum interesse na causa, ou outro motivo sério e concreto que o torne suspeito.** (...) (TJMG on line - AC nº: 1.0105.07.238791-0/001(1) - Numeração Única: 2387910-53.2007.8.13.0105 – Rel. Antônio Armando dos Anjos – J. em 04/11/2008 – Publ. em 21/11/2008)” (SENTENÇA, 29/06/2010, *grifo nosso*).**

Lembramos que essa credibilidade conferida pelos magistrados aos depoimentos dos policiais responsáveis pela investigação/prisão das acusadas relaciona-se com o fato de que estes são responsáveis pela descrição inicial da conduta que permitirá, na fase judicial, sua interpretação para fins de tipificação como crime de tráfico.

Como vimos, essa descrição do fato é construída socialmente e sofre a influência do que Kant de Lima (1995, 2007) chamou de “*arbitragem policial*” ou “*armação do processo*”, isto é, o exercício de práticas judiciárias não oficiais por parte dos policiais no momento da prisão e elaboração da versão dos fatos a ser informada na delegacia. Essa descrição, além de delimitar a qualificação/tipificação inicial da gravidade do fato, define os rótulos (BECKER, 1977, 2008; LEMERT, 1951) que são atribuídos às acusadas até o desfecho do processo penal, promovendo a estigmatização (GOFFMAN, 1988) e a “*sujeição criminal*” (MISSE, 1999) na categoria *traficante*.

Os testemunhos dos policiais durante a instrução judicial expressam a interpretação desses agentes sobre a qualificação/tipificação e gravidade do fato, bem como sobre a participação ou não das acusadas na prática do crime de tráfico. O fato de os magistrados se apoiarem nesses testemunhos para formarem sua convicção para um juízo positivo ou negativo sobre a autoria do crime evidencia a existência de uma ordem social, moral e penal comum entre esses atores (VANHAMME e BEYENS, 2007).

De outro lado, Robert (2007) destaca que a literatura confere protagonismo aos agentes que servem à penalização dentro do sistema jurídico, bem como aos que tentam evitá-la. As acusadas buscam evitar uma penalização recorrendo a estratégias de resistência à criminalização e que promovam uma invisibilidade no seu entorno, tais como a negativa do fato e a negociação com os agentes penais visando sua dissuasão.

O mecanismo de invisibilidade empregado pela própria acusada ou pela defesa é comum nas práticas dos tribunais. Notamos que na maior parte dos casos analisados de mulheres acusadas pelo tráfico de drogas na cidade de Juiz de Fora essa busca pela invisibilidade foi promovida pelas indiciadas através da negativa do fato.

Normalmente a indiciada se cerca de estratégias argumentativas para negar o fato cometido. Nas sentenças analisadas, observamos que dos 52 casos registrados, 39 se referem a mulheres que negaram a autoria das condutas imputadas pela denúncia. Dessas apenas 06 indiciadas foram absolvidas nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, com o reconhecimento pelos magistrados da inexistência de prova robusta para a condenação ou de dúvida plausível acerca da autoria do delito, prevalecendo o princípio garantista do *in dubio pro reo* frente aos frágeis indícios da autoria.

Como vimos anteriormente, o decreto condenatório exige que, através do justo e devido processo penal, os magistrados alcancem um juízo de certeza definitivo sobre a existência de todos os elementos necessários para a subsunção do fato à norma, constituindo-o como crime (qualificação/tipicidade da conduta), e para a atribuição da autoria à indiciada

constituindo-a como criminosa (culpabilidade/antijuridicidade), bem como a exposição dos motivos que justificam tal juízo.

A seguir, apresentamos algumas passagens que indicam o raciocínio e a argumentação desenvolvidos pelos Juízes que se depararam com casos em que a insuficiência do acervo probatório colhido na instrução processual impossibilitou a formulação de um juízo de certeza sobre a condenação.

1. Sobre a insuficiência de provas e a dúvida sobre a autoria:

O certo é que, as provas produzidas contra L. V. B., vulgo “P. A.” são manifestamente frágeis, pois, não obstante todo este volumoso acervo de provas em grandioso processo, poucas são as evidências que servem ao ensejo de trazer um juízo de certeza a este Julgador acerca do envolvimento efetivo de L. V. B. com a associação e o tráfico de entorpecentes realizado pelos irmãos Metralhas. **Diante da fragilidade probatória existente em face de referida ré, gerando no espírito deste Julgador inafastável dúvida quanto a seu envolvimento nas empreitadas criminosas que se fazem objeto deste processo, outra solução ao resta a este Juízo senão absolver, como de fato deve ser absolvida a acusada L. V. B. das imputações que lhe são feitas na denúncia, pois, à vista do princípio do “*in dubio pro reo*”, estatuído no art. 386, VII do CPP, melhor se faz absolver um possível culpado do que condenar um eventual inocente.** À vista do exposto, merece a acusada L. V. B. ser absolvida das imputações que lhes são feitas na denúncia, com base no disposto no art. 386, VII do CPP, por manifesta insuficiência de provas para sua condenação (SENTENÇA, 24/06/2010, *grifo nosso*).

2. Sobre a insuficiência de meros indícios como prova da autoria:

Da mesma forma, não logrou êxito a acusação em comprovar a autoria por parte da referida acusada nos delitos imputados na denúncia. (...). Não foi demonstrada pela acusação, em juízo, perante o contraditório, que a denunciada tinha posse real das substâncias encontradas, muito menos foi demonstrado vínculo mercantil em qualquer dos núcleos do tipo penal de tráfico com relação a acusada nos fatos em questão, **houve na verdade apenas indícios oriundos da investigação criminal que, ao ensejo, foram suficientes para sustentar uma denúncia, mas não foram produzidas provas, em juízo, que possam servir a sustentar um decreto condenatório**, conforme se depreende claramente da leitura dos depoimentos testemunhais e interrogatórios acima relatados. **O mero envolvimento do agente com pessoas envolvidas com a criminalidade, “*permissa vênia*”, não pode servir de base para uma presunção de má conduta e de ilicitude em seus atos**, havendo no caso uma insuficiência probatória para demonstrar a prática, pela acusada, dos delitos que lhe são imputados, pelo que deverá ser absolvida, nos termos do artigo 386, VII do CP. (SENTENÇA, 02/03/2011, *grifo nosso*)

Destacamos, ainda, que das 39 acusadas que negaram a autoria do delito de tráfico, 07 afirmaram que a droga apreendida, em quantidade inferior a 50,00g. destinava-se ao consumo pessoal e apenas 02 requereram a realização de exame toxicológico. Não obstante a realização do exame para constatação da dependência química nos dois casos referidos, não houve a aplicação pelos magistrados do instituto da desclassificação do crime de tráfico para o uso de drogas (art. 28 da Lei nº. 11.343/2006).

A afirmação do porte para consumo é uma estratégia utilizada pela defesa com vistas à obtenção de uma “*punição*” mais branda, pois o porte de entorpecentes para consumo próprio na legislação vigente não gera a privação da liberdade devido à despenalização dessa conduta.

Chamou nossa atenção o fato de que esse recurso foi pouco empregado nos casos analisados. Uma primeira explicação para isso pode estar na necessidade de que as circunstâncias da prisão aferidas durante a instrução criminal não apontem para o comércio ilícito de entorpecentes. Restou evidente nas sentenças analisadas que a desclassificação do crime de tráfico para o uso não é deferida se, no momento da prisão, foi arrecadada expressiva quantidade de entorpecentes, de mais de uma espécie, cuja forma de acondicionamento e fracionamento indicava o preparo para comercialização, assim como significativa quantia em dinheiro dividido em cédulas e moedas variadas e de baixo valor, como se vê da sentença abaixo:

Narra o libelo inaugural que, em 02 de novembro de 2007, aproximadamente às 06h00min, policiais militares, de posse de mandado de busca e apreensão expedido por este juízo, **compareceram à residência dos acusados, onde lograram êxito em encontrar 1,80 g (um grama e oitenta centigramas) de maconha e 22,10g (vinte e dois gramas e dez centigramas) de cocaína, repartidas em 101 (cento e uma) porções individualizadas e prontas para a venda. Diz ainda a denúncia que além da substância entorpecente, os milicianos encontraram e apreenderam na casa dos réus a quantia de R\$ 532,00 (quinhentos e trinta e dois reais) dividida em cédulas variadas, 03 (três) aparelhos de telefonia celular e apetrechos comumente utilizados na embalagem de drogas (“sacolés”, uma colher e uma navalha em inox). Consta ainda da peça inaugural que a ré é pessoa conhecida pela comercialização de estupefacientes nas proximidades de sua residência**, tanto que o mandado de busca e apreensão constante da cautelar apensada a estes autos foi expedido em seu nome. (SENTENÇA 17/04/2008, *grifo nosso*).

Analisando a passagem citada, podemos concluir que o reduzido volume de entorpecentes em gramas não é considerado suficiente pelos magistrados para fundamentar a alegação de posse para consumo próprio, isso porque, como exemplificado, 22,10g de cocaína podem ser fracionadas em significativas 101 porções individuais para a venda. Não encontramos estudos referenciando a quantidade de droga consumida diariamente por um usuário habitual ou mesmo por um dependente químico, o que poderia nos indicar se a alegação da defesa de que essas 101 porções destinavam-se ao consumo pessoal seria plausível ou razoável.

De qualquer modo, a fim de corroborar seu entendimento sobre as circunstâncias e inclusive sobre a quantidade de droga caracterizadoras do crime de tráfico, os magistrados indicam a jurisprudência firmada pelo TJMG que referenda suas decisões, tais como:

TÓXICOS - TRÁFICO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - Impossibilidade - Agente preso em flagrante trazendo consigo e transportando substâncias entorpecentes variadas, divididas em doses unitárias, além de grande soma em dinheiro, em notas miúdas, tudo somado às denúncias anônimas dando conta da atividade ilícita do réu - (...). (TJMG - AC nº 1.0319.05.021827-4/001(1) - Rel. Gudesteu Biber - j. em 05.09.2006 - publ. em 19.09.2006 - site do TJMG). (SENTENÇA, 17/04/2008, *grifos do autor*).

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - TRÁFICO DE DROGAS - I) PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO - INADMISSIBILIDADE - ENTORPECENTE NÃO DESTINADO, EXCLUSIVAMENTE, AO USO PRÓPRIO DO AGENTE. Estando o elenco probatório farto de evidências, além da razoável quantidade de maconha apreendida, juntamente com um montante expressivo de dinheiro, em notas de pequeno valor, em poder do apelante, pessoa de baixa renda, caracterizado está o tráfico, mesmo sem o flagrante de qualquer ato de venda. II - (...). (TJMG - AC nº 1.0000.00.269740-7/000(1) - Rel. Odilon Ferreira - j. em 17.09.2002 - publ. em 09.10.2002 - site do TJMG). (SENTENÇA, 17/04/2008, *grifos do autor*).

Uma segunda explicação pode estar nos critérios utilizados pelos magistrados para deferir a realização do exame toxicológico, quais sejam, a existência nos autos de elementos fornecidos pela defesa que corroborem, minimamente, a afirmação da ré de ser dependente (*princípio de prova*), ou até mesmo que esta suspeita se apresente no momento em que a indiciada é interrogada em juízo (*e.g.* que o comportamento da acusada indique algum tipo de incapacidade mental, decorrente ou não de dependência química). Nesse sentido, nas sentenças estudadas encontramos passagens em que os magistrados de primeiro grau citam jurisprudência do TJMG que apoia a decisão denegatória do exame toxicológico, *in verbis*:

TRÁFICO - PRELIMINARES - NULIDADE PELA AUSÊNCIA DO ADVOGADO DO RÉU QUANDO DE SUA PRISÃO EM FLAGRANTE - INOCORRÊNCIA. (...)
EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - NULIDADE - INEXISTÊNCIA. A simples declaração do réu de ser usuário, ou mesmo dependente de drogas, não obriga o juiz do processo a determinar a realização do exame toxicológico, cabendo ao julgador aferir a real necessidade de sua realização para a formação de sua convicção em cada caso concreto, dentro de sua discricionariedade regrada. (TJMG - AC nº 1.0479.06.116858-5/001(1) - Rel. Judimar Biber - J. em 11.09.2007 - Publ. em 19.09.2007 - site do TJMG). (SENTENÇA, 17/04/2008, *grifos do autor*).

Uma outra explicação para a limitada utilização dessa tese defensiva pode decorrer da exigência legal de que o Laudo do Exame de Dependência Toxicológica ateste a incapacidade plena (art. 45 da Lei nº. 11.343/2006) ou a capacidade reduzida (art. 46 da Lei nº. 11.343/2006) da acusada para compreender a ilicitude de sua conduta e determinar-se conforme esse entendimento, situação em que poderia ser deferida a isenção da pena, com determinação de tratamento especializado (absolvição imprópria) ou a redução da mesma, respectivamente.

Na interpretação da legislação antidrogas os magistrados de primeiro grau deixam claro o entendimento de que “*nada impede que os acusados sejam, ao mesmo tempo, usuários e traficantes de entorpecentes, sendo, inclusive, bastante comum a mescla entre estas duas figuras*” (SENTENÇA, 17/04/2008). Mais uma vez os magistrados se socorrem de decisões do Tribunal para firmar seu posicionamento, *in verbis*:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA - SUA DISPENSABILIDADE SUFICIENTEMENTE EVIDENCIADA - A simples condição de usuário não é o bastante a justificar a oportunidade do exame de dependência química, pois sua efetiva necessidade emana da existência de indicativos fáticos geradores de dúvida acerca da normalidade psíquica do acusado, em decorrência do vício, impossibilitando-o de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com ele. (...) (TJMG - AC nº 1.0024.06.022268-4/001(1) – Rel. Hyarco Immesi – J. em 25.01.2007 – Publ. em 03.04.2007 - site do TJMG). (SENTENÇA, 17/04/2008, grifos do autor).

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE TÓXICO PARA USO PRÓPRIO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES - VALIDADE - CONFISSÃO QUANTO À PROPRIEDADE DA DROGA - DESCLASSIFICAÇÃO IMPOSSÍVEL PARA CRIME DE USO - CRIME HEDIONDO - REGIME DE CUMPRIMENTO INTEGRALMENTE FECHADO. Apreendida com o apelante certa quantidade de “maconha”, em local denunciado como ponto de tráfico, comprovado está que a droga destinava-se à mercancia, impondo-se a manutenção da condenação por tráfico de drogas. Mesmo considerando o fato do acusado ser usuário, tal condição não afasta a sua qualificação de traficante, ocorrendo a absorção do delito de porte para uso, pelo de TRÁFICO. (...). (TJMG – AC nº 1.0024.03.089951-2/001(1) – Rel. Sérgio Braga - j. em 06.06.2006 - publ. em 14.06.2006). (SENTENÇA, 17/04/2008, grifos do autor).

Daí, porque, além de buscarem a exposição coerente, clara e objetiva dos elementos que formaram sua convicção para condenação ou absolvição, dentro dessa margem de discricionariedade conferida pela legislação, recorrendo às provas do processo; como vimos acima, os magistrados recorrem com frequência a citações da jurisprudência consolidada no TJMG a fim de conferir legitimidade à sua argumentação pela demonstração de que órgãos colegiados, compostos por Desembargadores reconhecidos como expoentes da corporação profissional, compartilham do mesmo entendimento.

As citações da jurisprudência e da literatura jurídica demonstram a realização de um juízo valorativo, pois são selecionados pelos magistrados os acórdãos e as interpretações doutrinárias da norma que expressam as crenças, valores e princípios da cultura penal por eles adotada e compartilhada pelos Desembargadores e juristas consagrados.

Nesse sentido, lembramos que Ashworth (2005) aponta como fontes formais das decisões não só a legislação, mas também a jurisprudência, as diretrizes judiciais definitivas (súmulas e súmulas vinculantes no Direito brasileiro) e, num sentido menos formal e com

menor força, a doutrina penal, ou seja, os comentários de juristas renomados sobre diferentes questões.

6.2.1.3 Circunstancias agravantes/atenuantes e causas de diminuição/aumento de pena.

Lembramos que sobre a pena-base incidirão, se presentes, as circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62, CPB) e atenuantes (arts. 65 e 66, CPB), bem como as causas específicas de diminuição ou aumento da pena previstas em cada tipo penal. No caso da Lei nº. 11.343/2006 temos a previsão das causas de diminuição de pena do artigo 33, §4º (o chamado tráfico privilegiado)⁸²; do artigo 41 (delação premiada)⁸³ e do artigo 46 (semi-imputabilidade)⁸⁴. As causas de aumento de pena previstas na Nova Lei de Drogas são aquelas do artigo 40 (como o tráfico interestadual ou transnacional; o cometimento da conduta nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais; o emprego de violência, grave ameaça, arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva, etc.).

Nas sentenças coletadas verificamos a ocorrência de apenas duas circunstâncias atenuantes, quais sejam: a relativa à confissão (12 casos) e a relativa ao agente menor de 21 anos (03 casos).

Tabela 14 Reconhecimento de circunstâncias atenuantes

Reconhecimento de Circunstâncias atenuantes - Art. 65, CPB	Quant.	%
Confissão espontânea (Art. 65, III, "d")	12	23
Agente menor de 21 anos (Art. 65, I)	3	6
Não houve	32	60
Não se aplica (Absolvições)	6	11
TOTAL	53	100
* Valor de correção - 1: para uma das sentenciadas foram reconhecidas simultaneamente as atenuantes do Art. 65, I e III, "d" do CPB.		

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

⁸² Art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

⁸³ Art. 41 da Lei nº. 11.343/2006. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

⁸⁴ Art. 46 da Lei nº. 11.343/2006. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em alguns casos a prova da autoria é suprida pela confissão espontânea, circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, “d” do Código Penal. A confissão muitas vezes é usada como um recurso da defesa, pois deve ser considerada mesmo nos casos de prisão em flagrante e se for realizada no curso do processo, pois seria uma demonstração de arrependimento da acusada e de cooperação com a instrução processual.

Chamamos a atenção para o fato de que entre os 52 casos analisados, somente 12 acusadas confessaram a prática das condutas que lhes foram imputadas pela acusação. Na análise dessas sentenças observamos que em 08 casos a confissão ocorreu em virtude da impossibilidade da negativa do delito. Isto porque, a negativa da autoria não seria crível, seja em razão das circunstâncias da prisão em flagrante, como nos casos das 05 acusadas detidas levando drogas em partes íntimas para o interior de estabelecimento prisional, seja pela grande quantidade de droga apreendida em situação que dificultou a negativa da infração, como nos casos das 03 acusadas detidas em estradas ou no terminal rodoviário com grande quantidade de drogas trazidas da cidade de Foz do Iguaçu.

Nos primeiros casos as acusadas levavam drogas para presos com quem mantiveram algum tipo de relacionamento afetivo, corroborando a literatura sobre a influência masculina para o ingresso de mulheres no tráfico (GUEDES, 2006; SOUZA, 2009). Nesse sentido, veja as passagens abaixo:

(...) aduziu que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros; que seu namorado D. estava preso no CERESP e insistiu muito para a depoente levar entorpecente para ele porque estava devendo a pessoas lá dentro e precisando muito da droga. Assim, falou que **foi visitar seu namorado no CERESP e colocou um invólucro de pó e outro invólucro de Crack dentro da vagina e, quando passava na revista do CERESP, a agente desconfiou da depoente, levando-a para o HPS, onde foi feito raio X, constatando a existência de tais objetos em sua vagina**; que a depoente, então, retirou tais objetos e entregou para a polícia. (SENTENÇA, 30/09/2010, *grifo nosso*).

(...) aduziu que usa maconha e crack, comprando essas drogas com seu salário; **que teve um caso com um rapaz chamado R., vulgo carioca, não sabendo por que motivo e este mandou uma emissária na casa da interrogada levando os objetos e a droga arrecadada, tudo embalado devidamente em plástico e estando o carregador do celular desmontado. Disse que colocou tudo na vagina e foi para a visita dos presos**; que os objetos ainda estavam acondicionados em uma camisinha, o que facilitaria a retirada no interior do CERESP, pois iria ao banheiro e tiraria. Alegou que a condução desses objetos na vagina machucou a interroganda e, como já disse, teve um caso com R. e, portanto, **nada cobraria pelo transporte da droga e do celular**. Falou que a mulher que levou os objetos arrecadados e a droga na sua casa, a interroganda não conhece; que, na maternidade Santa Terezinha para onde foi levada, as enfermeiras não conseguiram tirar os objetos de sua vagina, no entanto a própria interroganda tirou. (SENTENÇA, 06/10/2010, *grifo nosso*).

Já as 03 acusadas pelo tráfico interestadual, a posse de vários quilos de droga (em um dos casos foi apreendida 39.500,00g. de maconha) acondicionada em tabletes no interior de malas de viagem e o flagrante realizado no momento do desembarque de ônibus que vinham da cidade de Foz do Iguaçu para Juiz de Fora, inviabilizaram a negativa de autoria. Nesses processos, as indiciadas optaram pela colaboração com a autoridade policial, declinando nos interrogatórios na fase policial os nomes dos responsáveis pela operação e dos donos da droga. Contudo, estas 03 acusadas não foram beneficiadas em juízo pela delação premiada⁸⁵ porque as informações prestadas não foram consideradas pelos magistrados suficientes e eficazes na desarticulação da organização criminosa, conforme passagem a seguir:

Em relação à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei 11.343/06, ou seja, “delação premiada”, exige-se o preenchimento de seus requisitos para sua configuração, sendo eles, a delação dos demais participantes do delito e a recuperação do produto do crime, não devendo ser aplicada “in casu”, pois apesar da acusada declinar o suposto nome do dono da droga, em nada acrescentou às investigações criminais, já que os policiais militares já estavam cientes do envolvimento da suposta pessoa que a acusada teria declinado. Ademais, os policiais militares responsáveis pelas diligências deste processo afirmaram em juízo que o nome da droga declinado pela acusada, qual seja, C., estava apenas intermediando o comércio das drogas e, os donos da droga seriam terceiras pessoas. Destarte, não merece a acusada ser beneficiada com a delação premiada já que suas declarações efetivamente nada acrescentaram ao presente processo. (SENTENÇA, 28/11/2008, *grifo nosso*).

Quanto aos outros 04 casos em que houve a confissão espontânea das acusadas constatamos que:

- a) 02 mulheres assumiram a propriedade da droga apreendida e a realização do tráfico eximindo de responsabilidade os co-réus, sendo estes companheiros ou filhos, o que indica a intenção de protegerem pessoas de seu convívio das sanções pelo crime de tráfico;
- b) 01 confessou e colaborou com a instrução processual, visando a diminuição da pena pela delação premiada (art. 41 da Lei nº. 11.343/2006); e
- c) 01 mulher apenas confessou, sem manifestar os seus motivos para tanto.

Já a atenuante para agentes menores de 21 anos, prevista no artigo 65, I do CPB, foi aplicada em 03 dos casos estudados. Ressaltamos que através deste dispositivo o Legislador determina a atenuação da pena para agentes menores de 21 anos, na data do fato, ou maiores de 70 anos, na data da sentença, indulgência que revela a preocupação com o custo social

⁸⁵ Vimos anteriormente que para a aplicação da diminuição de pena decorrente da delação premiada, a cooperação da indiciada ou ré deverá ser plena. Exige-se a colaboração durante o inquérito policial e durante a ação penal, bem como a contribuição para a efetiva identificação dos demais envolvidos na ação criminosa, recuperação total ou parcial do produto do crime. Quanto mais eficaz a cooperação maior será a redução da pena.

decorrente da prisão dos jovens que ainda poderão ser reintegrados à sociedade ou dos mais velhos para quem o cárcere pode ser uma sanção severa demais, em razão das precárias condições do sistema prisional brasileiro.

Registramos que embora, seja mencionada neste item a atenuante da menoridade, a idade do agente é uma categoria típica da análise das características da acusada o que na “*sentencing*” tradicional está dentro dos critérios extralegais. Sua menção, neste momento, ocorre por uma questão de coerência com a legislação nacional.

Lembramos que muitas vezes o reconhecimento das atenuantes não irá repercutir diretamente sobre a pena, pois se a pena-base tiver sido fixada no mínimo legal e o magistrado verificar a incidência de uma circunstância atenuante, deverá abster-se de valorá-la, em virtude do consagrado na Súmula nº. 231 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que dispõe que “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo no mínimo legal*”.

Assim, embora tenha ocorrido o reconhecimento de circunstâncias atenuantes em favor de 14 condenadas, apenas 02 obtiveram redução efetiva da pena-base. Para as outras 12 condenadas não foi aplicada a redução devido à fixação da pena-base no mínimo legal, conforme disposição da Súmula nº. 231 do STJ.

Lembramos que as Súmulas editadas pelos Tribunais Superiores, assim como a jurisprudência e a doutrina penal, são fontes formais de interpretação do direito, pois correspondem a diretrizes judiciais definitivas, cuja observância pelos magistrados está diretamente relacionada à sua adesão e reprodução da cultura jurídica penal a que se filiam.

Quanto às circunstâncias agravantes, verificamos a ocorrência da reincidência (art. 61, I, CPB) e a do motivo torpe (art. 61, II, “a”, CPB). Mais uma vez registramos que embora, seja mencionada a agravante da reincidência neste item, os antecedentes criminais integram uma categoria típica da análise das características das acusadas, o que na “*sentencing*” tradicional está dentro dos critérios extralegais. Sua menção, neste momento, se faz por uma questão de coerência com a legislação nacional. Mais adiante teceremos maiores considerações a respeito deste critério de análise.

Tabela 15 Reconhecimento de circunstâncias agravantes.

Reconhecimento de Circunstâncias agravantes - Art. 61, CPB	Quant.	%
Reincidência (Art. 61, I)	7	13
Motivo torpe (Art. 61, II, "a")	3	6
Não houve	36	69
Não se aplica (Absoluções)	6	12
TOTAL	52	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

O motivo torpe atribuído a 03 acusadas refere-se à prática do tráfico para a obtenção de vantagens econômicas, mas o objetivo de lucro está implícito no próprio tipo penal, por isso a doutrina e a jurisprudência recomendam a não aplicação dessa agravante. Os motivos também são reconhecidos como circunstâncias judiciais no art. 59 do Código Penal, que se aproximam mais dos critérios extraleais da “*sentencing*”, motivo pelo qual retomaremos a discussão sobre a motivação do crime de tráfico mais adiante.

Quanto à aplicação das circunstâncias agravantes na sentença, verificamos que o aumento mínimo da pena aplicada foi de 01 mês de reclusão e o aumento máximo foi de 01 ano de reclusão.

Já as causas legais de diminuição e aumento de pena remetem às circunstâncias objetivas do crime, ao alcance e repercussão social da conduta criminosa, elas preveem a diminuição ou aumento da pena em frações que variam entre 1/6 e 2/3 e incidem no cálculo da pena após as atenuantes e agravantes. Na tabela a seguir expomos como se deu o registro das causas de diminuição da pena nas sentenças estudadas.

Tabela 16 Reconhecimento de causas de diminuição da pena

Reconhecimento de causas de diminuição - Lei nº. 11.343/06	Quant.	%
Tráfico privilegiado (Art. 33, §4º)	20	38
Delação premiada (Art. 41)	1	2
Semi-imputabilidade (Art. 46)	1	2
Não houve	25	47
Não se aplica (Absoluções)	6	12
TOTAL	53	100
* Valor de correção - 1: para uma das sentenciadas foram reconhecidas simultaneamente as causas de diminuição dos Art. 33, §4º e 41 da Lei nº. 11.343/06.		

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

As razões para o indeferimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei nº. 11.343/06 (tráfico privilegiado) referem-se ao não atendimento dos requisitos legais,

ou seja, ocorreu nos casos em que a sentenciada é reincidente, possui maus antecedentes ou integra com permanência e habitualidade associação criminosa para o tráfico de entorpecentes, como se vê da passagem a seguir:

A acusada, contrariamente ao que foi pleiteado por sua defesa, não faz jus à redução de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, pela mesma razão aduzida acima quando da análise deste benefício para o réu J. B., qual seja se dedicar às práticas criminosas, integrando organização criminosa para a prática do tráfico de entorpecentes. Por essa razão, concretizo a pena que ora lhe fora imposta. (SENTENÇA, 29/06/2010, grifo nosso).

Já nos casos em que foi deferida a diminuição pelo tráfico privilegiado foi ressaltado pelos magistrados o atendimento dos requisitos legais. Contudo, observamos que o *quantum* de diminuição da pena variou conforme as circunstâncias em que o crime foi praticado, a quantidade e a natureza da droga apreendida. A redução aplicada foi maior para os casos em que foi apreendida menor quantidade de droga, cuja natureza é interpretada como menos nociva (*e.g.* maconha), como se vê abaixo:

A acusada faz jus à redução de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em razão da primariedade e bons antecedentes, e não há provas de que se dedique continuamente às atividades ilícitas ou integre alguma organização criminosa, razão pela qual **reduzo-lhe a pena ora imposta de 1/2 (metade), não podendo esta redução ser em quantum maior, já que a natureza e quantidade da droga apreendida, bem as circunstâncias em que foi cometido o crime e total consciência da ilegalidade da conduta praticada, como já exposto, não o permitem, perfazendo a pena o total de 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, torno-a assim concreta à míngua de outras causas modificadoras (SENTENÇA, 20/04/2010, grifo nosso).**

No único caso em que foi reconhecida a delação premiada e deferida a diminuição de pena correspondente, o magistrado o fez por constatar que a cooperação da acusada deu-se de forma plena, durante a instrução do inquérito policial e da ação penal, e que a mesma contribuiu para a efetiva identificação dos demais envolvidos na ação criminosa. Quanto mais eficaz a cooperação maior será a redução da pena, assim a redução aplicada nesse caso ocorreu no patamar máximo (dois terços).

Tal realidade emerge de forma clara e evidente dos depoimentos prestados pela ré L. F., principalmente de seu interrogatório prestado perante este juízo, mediante contraditório, através do qual relata de forma objetiva, clara e categórica, sem contradições, todo o desenrolar das atividades realizadas sob o comando de seu namorado M., confessando L. o seu envolvimento na associação criminosa, guardando entorpecentes, fazendo contatos, emprestando seu nome para abertura de contas correntes, nas quais inclusive se fizeram depositadas vultuosas quantias decorrentes do tráfico (cerca de R\$350.000,00), sendo certo que L. ainda colocou automóvel Peugeot em seu nome a pedido de M., **acabando por delatar todos os demais envolvidos na quadrilha, imputando de forma bem específica a participação dos acusados C., M. e H. como parceiros diretos de M. em toda esta empreitada criminosa, denunciando as atividades realizadas por cada qual**

e ressaltando contatos que M. realizava com os “Irmãos Monteiro”, fazendo operar em seus depoimentos verdadeira “Delação Premiada”, de forma apta a obter a correspondente Causa Especial de Diminuição de Pena do artigo 41 da Lei 11.343/06, e isto, na proporção de 2/3 (dois terços), à vista da relevância da delação realizada para a efetividade das investigações policiais e da aplicação da lei penal, merecendo obter, ademais, a atenuante de Confissão, nos termos do artigo 65, III, “d” do CP. (SENTENÇA, 24/06/2010, *grifo nosso*).

No único caso em que foi reconhecida a semi-imputabilidade da acusada por não possuir, ao tempo da ação, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, a defesa almejava a desclassificação do crime de tráfico para o uso de entorpecentes. Contudo, o magistrado mencionou as conclusões do exame de dependência toxicológica para reconhecer a semi-imputabilidade e justificar a diminuição da pena no patamar mínimo (um terço), como se vê:

Destaca-se que o Laudo homologado nos autos do incidente em apenso [dependência toxicológica], confirmou que a acusada não é portadora de nenhuma doença mental e era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, sendo dependente em múltiplas drogas, mas tais substâncias químicas não reduziram a capacidade mental da mesma. Afirmou, ainda, tal laudo, que a acusada encontrava-se privada da plena capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. **Logo, a acusada é Semi-imputável, merecendo, nos termos do art. 46 da lei nº. 11.343/06 c/c art. 26, § único do CP, ter a sua pena diminuída em 1/3, notadamente à vista do pequeno grau de afetação da capacidade de compreensão e autodeterminação da acusada.** (SENTENÇA, 12/05/2010, *grifo nosso*).

No tocante à aplicação das causas de aumento de pena, destacamos que ao definir o *quantum* de majoração da pena, os magistrados foram mais severos nos casos em que restou configurada mais de uma causa de aumento e nos casos em que foi verificado o envolvimento de menores, revelando uma maior preocupação com a repercussão das condutas sobre a ordem pública e o custo social da disseminação das drogas para corrupção de crianças e adolescentes.

Tabela 17 Reconhecimento de causas de aumento da pena

Reconhecimento de causas de aumento - Lei nº. 11.343/06	Quant.	%
Estabelecimento prisional (Art. 40, III)	5	9
Emprego de violência, grave ameaça, arma de fogo (Art. 40, IV)	4	7
Tráfico interestadual (Art. 40, V)	12	21
Envolvimento de menores (Art. 40, VI)	3	5
Não houve	26	47
Não se aplica (Absolvições)	6	11
TOTAL	56	100
* Valor de correção - 4: para quatro das sentenciadas foram reconhecidas simultaneamente as causas de aumento do Art. 40, incisos IV e V da Lei nº. 11.343/06.		

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Os 04 registros relativos à causa de aumento do artigo 40, IV da lei nº. 11.343/2006 referem-se às mulheres acusadas por associação para o tráfico numa grande quadrilha que chefiava o tráfico em uma das regiões de Juiz de Fora, assim as 03 esposas dos líderes do bando e uma amante de um deles, todas réis primárias e de bons antecedentes, tiveram as penas majoradas em metade ainda que não tenham efetivamente empregado armas de fogo ou feito uso de violência em suas atividades. O aumento de pena ocorreu em virtude do elevado grau de organização e ramificação das atividades da quadrilha, inclusive em outros estados brasileiros. A seguir citamos trecho relativo à condenação de uma dessas mulheres:

Considerando que, a culpabilidade faz reprovável a conduta da agente, os motivos se fizeram injustificáveis, as circunstâncias demonstram necessidade de repressão penal, as consequências do delito são de ordem pública, mas tendo em vista que a conduta social, personalidade e antecedentes da acusada não se fizeram efetivamente denegridos nos autos (fls. 1168), fixo a pena base em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, **pena esta que aumento em ½ (metade), tendo em vista a causa de aumento e pena prevista no art. 40 da Lei 11.343/06, restando assim fixada em definitivo na proporção de 04 anos e 06 meses de reclusão e 1050 (mil e cinquenta) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, que assim permanece à míngua de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição de pena, devendo a pena privativa de liberdade ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, §1º da Lei nº. 8.072/90 com nova redação dada pela Lei nº. 11.464/07), impondo-se o pagamento da Multa na forma dos arts. 49 e 50 do CP c/c art. 43 da Lei nº. 11.343/06 (SENTENÇA, 24/06/2010, grifo nosso).**

Nos 03 casos em que houve o envolvimento de menores os mesmos foram aliciados pelas condenadas para atuarem como “vapor” e como “mulas”, ou seja, para realizarem a venda no varejo ou o transporte de pequenas quantidades de droga, escusando-se da severidade das sanções da legislação antidrogas, por receberem tratamento penal diferenciado consolidado através das normas e princípios definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Registramos abaixo passagem de sentença em que o magistrado analisa essa estratégia empregada pelos traficantes:

Observamos nos depoimentos das testemunhas acima citadas, que a acusada R., de fato, estava vendendo drogas com a corré E. e com a menor F.C.D.C. Todos os policiais que participaram da abordagem das increpadas foram unânimes ao aduzirem que viram o exato momento em que R., ao perceber a aproximação dos milicianos, passou um embrulho para F.C.D.C., em poder de quem havia significativa quantidade de drogas, já devidamente repartidas e embaladas, denotando a preparação típica da venda no varejo. A dinâmica dos fatos articulados na exordial demonstra que o fato, inclusive alegado pela defesa, de a acoimada R. não ter sido surpreendida na posse de qualquer substância ilícita é coerente com a forma de atuação das “comerciantes”, as quais, de acordo com o que era relatado pelas denúncias anônimas, tinham a estratégia de passar o entorpecente para a menor sempre que notavam a aproximação de policiais militares, para se exculparem em uma possível abordagem pela polícia. Estratégia esta que, como sobejamente sabido, é muito recorrente entre aqueles que se envolvem no nefando comércio. (...)

Contrariamente ao argumento de inexistência nestes autos de provas concretas de que R. praticava o abjeto comércio, há vários indícios e elementos de prova que conduzem à certeza de que ela estava, na data dos fatos, vendendo drogas na companhia de E. e de sua prima, a menor F.C.D.C. À existência de denúncias anônimas sobre o seu envolvimento com o tráfico alia-se não apenas o fato de os milicianos terem presenciado R. entregando à referida menor o pacote no qual 14 (quatorze) papelotes de cocaína foram localizados, mas também as afirmativas dos policiais militares de que a acusada e suas comparsas já eram conhecidas no meio policial por seus envolvimento com o tráfico de drogas na região do bairro S. M. Diante de todo o exposto, observo ser totalmente improcedente o pedido de absolvição formulado pela defesa, com fulcro no art. 386 itens V e VI, do CPP. **Diante de toda a dinâmica dos fatos descritos na proemial e, através de toda a análise das provas que já fizemos até este momento, verifico que assiste razão ao i. representante do *parquet* ao pugnar pelo reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40 item VI, da Lei nº 11.343/06, pois a conduta da ré de comercializar drogas envolvia pessoa menor de idade, a adolescente F.C.D.C., que, inclusive, assumiu sozinha, visando tentar afastar as responsabilidades criminais das duas acusadas, o cometimento da infração penal em questão. O pedido da defesa de decotamento da referida majorante se baseou na tese, já superada nesta decisão, de que R. não teria nenhum envolvimento com o tráfico relatado na proemial, o qual teria sido cometido apenas pela adolescente, versão esta que, como já exaustivamente argumentado, não pode ser acatada (SENTENÇA, 13/08/2010, *grifo nosso*).**

Nos 12 casos em que foi reconhecido o tráfico interestadual (art. 40, V), foram levantadas durante a instrução processual informações relacionadas à origem da droga comercializada, em geral proveniente dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e do Paraná.

Observamos que 06 acusadas foram detidas por levarem drogas para o interior de estabelecimentos prisionais – “mulas”, contudo a causa de aumento foi aplicada em apenas 05 casos. Em seus depoimentos, 04 dessas mulheres alegaram que seus companheiros, maridos ou namorados solicitaram que elas transportassem a droga, sendo que a mesma serviria para o consumo ou como moeda de troca por proteção ou por mercadorias no interior do presídio. Houve 01 relato em que o companheiro de uma acusada estaria sob ameaça de outros presos, necessitando da droga para efetuar o pagamento de uma dívida.

6.3 Os critérios extralegais: características das acusadas por tráfico.

Em virtude das dificuldades encontradas no desenvolvimento de pesquisas qualitativas no campo do Sistema de Justiça Criminal, há uma maior abundância de estudos quantitativos sobre a influência de critérios extralegais na decisão judicial decorrente da maior facilidade para o acesso a dados estatísticos sobre as características dos acusados. Martins (2011) aponta que isso se deve, também, ao suporte oferecido pela literatura para análise de dados sobre fatores extralegais, caracterizados pela possibilidade de diversos cruzamentos, e pelas inquietações investigativas no campo das Ciências Sociais que derivam de questões

afeitas às relações entre a condenação e a origem étnica, o gênero, a posição social e o passado criminal dos acusados.

As categorias elencadas aqui para analisar as características das acusadas decorrem da leitura da “*sentencing*”, num esforço de aliar a abordagem quantitativa da perspectiva tradicional e a abordagem qualitativa da perspectiva sociológica. Ademais, a caracterização das acusadas possibilita a realização de inferências significativas sobre os determinantes da decisão, uma vez que as lógicas de racionalização dos magistrados e da instituição judiciária sofrem a influência de componentes morais e discriminatórios, sobretudo num contexto de Estado Social de Segurança, onde cada vez mais se desenvolve um Direito Penal do inimigo.

Assim, as acusadas são julgadas por características como: o seu gênero, sua posição social e sua origem étnica. Além das clássicas categorias da *sentencing* tradicional, discorreremos também sobre as circunstâncias extrajudiciais levadas em consideração pelos magistrados em decorrência do disposto no artigo 59 do CPB, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime.

6.3.1 Gênero na sentença penal condenatória.

Inicialmente, lembramos que na definição do objeto deste trabalho a questão do gênero tornou-se determinante, haja vista a intenção de estudarmos a resposta do Sistema de Justiça criminal à prática de uma conduta específica – o tráfico de drogas, por um sujeito ativo, também, específico – as mulheres. Como vimos, o gênero é uma importante característica dos acusados nos estudos de “*sentencing*”, porém, pouco explorada. Em geral, as pesquisas sobre o processo de tomada da decisão condenatória adotam uma perspectiva masculina, motivo pelo qual os resultados obtidos nas investigações sobre a influência do gênero na decisão não são unânimes (VANHAMME e BEYENS, 2007).

Nosso estudo não teve a pretensão de realizar qualquer tipo de comparação entre os determinantes da condenação masculina e feminina, mesmo porque a coleta e análise das sentenças foram norteadas pela busca de casos em que mulheres figuraram como agentes do crime de tráfico. De qualquer forma, dentre as 39 sentenças coletadas, 28 referem-se a casos em que houve concurso de agentes e 11 a casos em que não houve esse concurso.

Sendo que dentre as 28 sentenças em que houve concurso de agentes, 24 apresentaram o concurso de agentes do gênero feminino e masculino, sendo que 04 apresentaram o concurso apenas de agentes do gênero feminino. Não constatamos nenhuma

diferenciação pelos magistrados no tratamento dos casos de concurso entre agentes do gênero feminino/masculino e os casos de concurso entre agentes do gênero feminino/feminino.

Nessas 28 sentenças em que foi verificado o concurso de agentes para a prática do tráfico de drogas, constatamos que 13 das mulheres processadas tinham algum grau de parentesco com seus co-réus, ou seja, foram processadas juntamente com filhos, irmãos ou primos. Além disso, 15 mulheres mantiveram ou mantinham, à época da sentença, algum tipo de relacionamento afetivo ou íntimo com os co-réus do gênero masculino, ou seja, foram processadas juntamente com namorados, companheiros, maridos ou amantes. Essa informação corrobora os argumentos da literatura de que o ingresso das mulheres no tráfico de drogas ocorre, em parte, devido a relacionamentos afetivos com homens envolvidos com esse ilícito (GUEDES, 2006; SOUZA, 2009).

Nos estudos de “*sentencing*” encontramos diferentes resultados a respeito da relação entre gênero e condenação, dentre os quais estão: 1. estudos que afirmam que, mesmo depois de aferir os antecedentes criminais e a gravidade do fato, as mulheres recebem um número menor de condenações à prisão e suas penas são menos longas; 2. estudos que associam à relativa leveza das sentenças atribuídas às mulheres ao cometimento de crimes menos graves, aos antecedentes criminais leves ou ausentes, bem como à conduta social positiva; e 3. estudos que não encontraram relação entre o gênero e a pena aplicada na sentença (VANHAMME e BEYENS, 2007).

Nas sentenças analisadas verificamos um alto índice de condenação das mulheres envolvidas com o tráfico (88%), em detrimento do índice de absolvição (12%). Não encontramos nenhum caso em que foi aplicada a desclassificação para o uso de entorpecentes. Ressaltamos que não nos deparamos com “*autos*” extintos em decorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, posto que o Código de Processo Penal brasileiro autoriza, no artigo 367, o seguimento e julgamento do feito à revelia dos acusados, ou seja, nos casos de réus ausentes/foragidos. Além disso, a Lei nº. 11.343/2006 instituiu procedimento que imprime maior celeridade ao fluxo dos crimes de tráfico no sistema judiciário, prescrevendo prazos curtos para a realização dos atos processuais.

Essa maior celeridade impressa ao processamento dos crimes de drogas pode ser justificada pela hierarquização do tráfico no âmbito do Sistema de Justiça Criminal, alçado à condição de principal ilícito a ser combatido, e à política criminal antidrogas que incute nos agentes do controle social formal e no público em geral uma forte “*vontade de punitividade*” (CARVALHO, 2008).

Tabela 18 Resultado das sentenças para os casos analisados

Sentença	Quant.	%
Absolutória	6	12
Condenatória	46	88
Desclassificatória	0	0
Prescrição	0	0
Total	52	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Alguns estudos de “*sentencing*” observaram um comportamento mais indulgente dos magistrados no julgamento de acusados do gênero feminino e explicaram essa tendência pela afirmação de que as mulheres são favorecidas pelo paternalismo/cavalheirismo nos resultados da condenação (CURRY, *et al.*, 2004). A tese do paternalismo/cavalheirismo explica o tratamento benevolente oferecido às mulheres delinquentes pelo Sistema de Justiça Criminal a partir de visões estereotipadas das mulheres ligadas aos papéis de gênero (maternais, passivas, fracas, dependentes de proteção); ou de sua colocação na categoria de acusados que têm problemas, por isso, antes da punição, necessitam de ajuda (GELSTHORPE, 1996 *apud* VANHAMME e BEYENS, 2007).

Contudo, as mulheres que se envolvem em crimes mais masculinos, crimes que estão fora do estereótipo do feminino e as mulheres que não se conformam com os tradicionais papéis de gênero não são vistas como merecedoras do tratamento paternalista/cavalheiresco, razão pela qual podem sofrer punições mais severas (SMART, 2008).

Nos casos analisados não encontramos evidências que apontassem para a existência de paternalismo/cavalheirismo dos magistrados no julgamento de mulheres processadas por tráfico. Isso pode ser explicado pela orientação da política criminal que determina uma maior perseguição/condenação por esses crimes nos Tribunais, bem como pela compreensão de que as condutas típicas dos traficantes de drogas são comumente interpretadas como formas de desvio predominantemente masculinas, envolvendo práticas que fogem dos estereótipos típicos dos papéis de gênero.

Destacamos que em 07 sentenças proferidas por um dos magistrados do gênero feminino, vislumbramos o recurso a um saber prático intuitivo diante da sua condição feminina, sensível às questões que envolvem a família e a proteção às crianças e adolescentes. Percebemos aqui a ideia de um magistrado ancorado numa prática profissional imersa no sentido social em detrimento do penal (PRATES, 2008). Corroborando tal entendimento, transcrevemos a seguir passagem que revela maior grau de reprovação à conduta de uma

acusada, cujas atividades de traficância eram desenvolvidas na residência que compartilhava com o marido e a filha menor.

As circunstâncias em que o delito foi praticado também não autorizam a imposição da pena em patamar inferior, já que ela armazenava três diferentes tipos de substâncias entorpecentes (maconha, cocaína e cocaína sob a forma de crack) em sua própria residência, com fins de comércio, **local onde também vivia a sua filha e do réu J. B., uma criança de apenas 09 (nove) anos de idade, influenciando-a negativamente e expondo-a aos riscos criados pelos seus atos criminosos. Estes fatos demonstram ousadia e total descaso para com as normas que regem nossa sociedade e insídia na conduta criminosa.** (SENTENÇA, 29/06/2010, *grifo nosso*)

Como se vê, o magistrado do gênero feminino considerou que a conduta da acusada demonstrou o desrespeito pelas *“normas que regem nossa sociedade e insídia na conduta criminosa”*.

Registramos que em apenas 27 dos casos analisados conseguimos levantar informações sobre se as acusadas possuíam ou não filhos⁸⁶. Dentre estes, apenas 02 casos referiam-se a mulheres sem filhos. Nos 25 casos de mulheres com filhos, registramos a ocorrência de 22 condenações e apenas 03 absolvições.

Ao contrário do que foi observado por Daly (1987), não identificamos nas sentenças pesquisadas uma preocupação dos magistrados com o custo social e familiar da condenação de mulheres com filhos. A partir da leitura das sentenças de um dos magistrados femininos podemos inferir que as mulheres envolvidas com o tráfico se enquadram na categoria de mulheres irresponsáveis que tem filhos aos quais, em lugar de cuidados e bom exemplo, oferecem a corrupção de seu caráter e riscos à sua integridade física.

Ainda sobre as sentenças de um dos magistrados femininos, registramos a presença de um juízo de reprovação maior nos casos em que as acusadas desempenhavam a atividade de tráfico no ambiente familiar. Nesse sentido, entendemos que a condenação das acusadas seria uma forma de proteção das crianças envolvidas, como se vê nas seguintes passagens:

Observamos, diante da prova colhida, que os acusados realmente se associaram de forma permanente e estável para o cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, **já que, ambos, valendo-se da própria unidade familiar, constituíram verdadeira societas sceleris, organizada para fins de difundir o ominoso comércio.** (...) As circunstâncias em que os fatos ocorreram também justificam a pena-base neste quantum, **pois guardava e tinha em depósito em sua própria residência, na qual reside com sua filha menor de apenas oito anos de idade, expressiva quantidade de cocaína (aproximadamente vinte e dois gramas), droga esta das mais prejudiciais à saúde, além de uma “bucha” de maconha.** (SENTENÇA, 17/04/2008, *grifo nosso*).

⁸⁶ Ressaltamos que os “autos” processuais, em geral, não contém informações desse tipo. Nos casos em que levantamos dados sobre a existência ou não de filhos, as informações foram retiradas ou dos prontuários das presas na Penitência Professor Ariosvaldo de Campos Pires ou de trechos dos interrogatórios das acusadas nas sentenças.

Não podemos deixar também de reafirmar que os acusados mantinham uma verdadeira empresa organizada e estável, voltada para a difusão do nefando comércio, tanto que possuíam na residência além de expressiva quantidade de três estupefacientes distintos (cocaína, crack e maconha), materiais empregados em suas embalagens e uma balança de precisão. **Ademais, de acordo com informações prestadas por testemunhas ouvidas na instrução criminal, o tráfico era cometido pelos réus através de um verdadeiro “negócio familiar”, tanto que a falecida genitora dos increpados D. e J. era também conhecida como vendedora de drogas, já tendo sido presa por esta razão. A este respeito, importante destacarmos um trecho do depoimento que E. C. prestou diante deste juízo.** (SENTENÇA, 29/06/2010, *grifo nosso*).

(...) considerando a culpabilidade da acusada, pois tinha capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta; seus maus antecedentes; a sua má conduta social, podendo ter adotado comportamento diverso, **dando mau exemplo para os que com ela convivem, como fez com seu filho que segue seu currículo criminoso;** sua personalidade voltada para o cometimento de delitos, aos motivos, praticando o tráfico de entorpecentes objetivando o enriquecimento ilícito, **em circunstâncias obscuras, associou-se com seu filho para a venda de substância ilícita e consequências do crime, colocando em risco a saúde outros e de seu próprio filho** (...) fixo-lhe para o art. 33 da Lei 11.343/06 a pena-base em 07 anos de reclusão e 600 dias-multa (...). (SENTENÇA, 22/09/2010, *grifo nosso*)

Assim podemos inferir que as mulheres processadas por tráfico são vistas como “*indignas de proteção*” (BELKNAP, 2007; VISHER, 1983; YOUNG, 1986), “*problemáticas*” (FRANKLIN e FEARN, 2008) e, por isso, não merecedoras da indulgência, benevolência paternalista dos tribunais.

Observamos que a lógica de racionalização dos magistrados no julgamento de acusadas por tráfico sofre a influência de componentes morais que, ao contrário da hipótese do paternalismo/cavalheirismo apontada pela literatura, promovem uma discriminação negativa das mulheres que subvertem a expectativa ética e moral associada aos típicos papéis de gênero que lhes são cultural e socialmente atribuídos. Ressaltamos que essa discriminação negativa pode não ser observada com tanta intensidade no julgamento de outros crimes, sendo decorrente da maior reprovação social e penal desse tipo específico de delito em virtude da orientação da política criminal vigente.

A discriminação das acusadas se constrói ao nível individual das interações na audiência, sobre aspectos sutis pouco apreendidos pelas estatísticas, como a conduta, a argumentação e o vocabulário respectivos, as percepções e julgamentos implícitos do estilo de vida, etc. Logo, não são as características das acusadas em si que podem explicar as discriminações, mas sim sua interpretação pelos magistrados, em associação com a avaliação do grau de culpa/responsabilidade e de periculosidade (VANHAMME e BEYENS, 2007).

O pertencimento ao gênero feminino e a caracterização como traficante conduzem à uma dupla estigmatização da mulher (GOFFMAN, 1988), como antítese do feminino e como criminosa, além da atribuição de marcas de menos valia associadas à socialmente difundida

interpretação da maior gravidade e periculosidade do crime de tráfico. E quando não está relegada à invisibilidade e segregação social, a mulher encarcerada é repudiada por grande parcela da sociedade (SOIHET, 1989).

Outra tese desenvolvida em estudos de “*sentencing*” sobre a relação entre o gênero do acusado e a decisão condenatória está ancorada na *teoria do conflito de gênero*. O conflito de gênero sugere que as mulheres são o grupo sem poder contra o qual os homens fazem e aplicam as leis para defender seu privilégio relativo à posição subordinada das mulheres (DALY, 1989). A teoria do conflito de gênero sugere que o Sistema de Justiça Criminal sancionará mais severamente as mulheres que agredem homens ou aquelas cujo comportamento pode ser interpretado como uma tentativa de dominar o grupo dominante (FRANKLIN e FEARN, 2008).

Não encontramos nas sentenças estudadas qualquer indício da aplicabilidade dessa tese nos casos de mulheres acusadas por tráfico, até porque as mesmas, em geral, desempenham funções subalternas (“*mulas*”; “*vapor*”, “*aviãozinho*”, *etc.*); não oferecem qualquer perigo para a predominância ou poder de agentes do gênero masculino nessas atividades e não atuam com violência contra homens. Lembramos, ainda, que a aceitação de mulheres em algumas atividades criminosas predominantemente masculinas, como o tráfico, pode ser explicada pelo maior rigor da política criminal antidrogas que aumentou o aprisionamento masculino, diminuindo o número de homens disponíveis para as atividades ilícitas e abrindo espaço para a inserção delas no mundo do crime (SCHWARTZ e STEFFENSMEIER, 2004).

Outra explicação para o crescimento das taxas de prisão feminina estaria na dependência química, reconhecida pela literatura como um mecanismo de inserção das mulheres nas subculturas criminosas, pois, uma vez viciadas elas prestam serviços aos traficantes para sustentar seu consumo, aderindo a uma variedade de práticas delituosas (SCHWARTZ e STEFFENSMEIER, 2004). Destacamos, porém, que das 39 acusadas que negaram a autoria do delito de tráfico, 07 afirmaram que a droga apreendida destinava-se ao consumo pessoal e apenas 02 requereram a realização de exame toxicológico. Não obstante a realização do exame para constatação da dependência química nos dois casos referidos, não houve a aplicação pelos magistrados do instituto da desclassificação do crime de tráfico para o uso de drogas (art. 28 da Lei nº. 11.343/2006).

Vimos que a afirmação do porte para consumo é uma estratégia utilizada pela defesa com vistas à obtenção de uma “*punição*” mais branda, pois o porte de entorpecentes para consumo próprio na legislação vigente não gera a privação da liberdade devido à

despenalização dessa conduta. Chamou nossa atenção o fato de que esse recurso foi pouco empregado nos casos analisados.

Uma explicação para isso está no fato de que, para os magistrados, o uso de drogas não exclui a prática do crime de tráfico, pois, em consonância com a literatura estudada, os mesmos consideram que muitos usuários/dependentes de drogas atuam no tráfico para sustentar o vício. Além disso, os magistrados consideram as circunstâncias da prisão aferidas durante a instrução criminal para definir se a conduta se enquadra no comércio ilícito de entorpecentes ou no porte para consumo. Sendo certo que apesar da legislação buscar uma diferenciação entre o usuário e o traficante o faz precariamente, delegando aos magistrados a tarefa de interpretar o fato para adequá-lo à norma prevalecendo, assim, a subjetividade orientada pela vontade punitiva da política criminal antidrogas.

Restou evidente nas sentenças analisadas que a desclassificação do crime de tráfico para o uso não é deferida se, no momento da prisão, foi arrecadada expressiva quantidade de entorpecentes, de mais de uma espécie, cuja forma de acondicionamento e fracionamento indicava o preparo para comercialização, assim como significativa quantia em dinheiro dividido em cédulas e moedas variadas e de baixo valor. Tais circunstâncias do crime indicam a traficância, sendo a afirmação do consumo/dependência de drogas pelas acusadas insuficiente para a concessão da desclassificação.

Jeffries *et al.* (2003) apontam estudos que descobriram uma maior probabilidade das mulheres de serem liberadas antes do julgamento, elas estariam menos propensas a serem enviadas para a prisão e mais propensas a receber clemência nas sentenças quando condenadas ao encarceramento, se comparadas com a situação de acusados do sexo masculino.

Contudo, essa tendência não foi observada nas sentenças analisadas, uma vez que a própria legislação antidrogas veda a concessão de liberdade provisória e de penas alternativas à privação da liberdade (arts. 33, §4º e 44 da Lei nº. 11.343/2006), em virtude da política criminal que alia à repressão do tráfico à prevenção da prática de novos delitos pelos acusados presos.

A leitura das sentenças coletadas revelou que em 77% dos casos as mulheres presas em flagrante por tráfico de drogas responderam o processo na prisão, em 10% dos casos foi decretada a prisão no curso do processo e em apenas 2% dos casos foi concedido o direito de responder o processo em liberdade através de impetração de Habeas Corpus junto ao TJMG. Ademais, em nenhum dos casos analisados foi concedida a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas.

Tabela 19 Situação processual das acusadas no momento da sentença

Situação processual da ré no momento da sentença	Quant.	%
Prisão em flagrante/Respondeu o processo na prisão	40	77
Liberdade provisória com fiança	0	0
Liberdade provisória sem fiança	0	0
Decretada a prisão no curso do processo	5	10
Presa por outro processo	1	2
Foragida	3	6
Respondeu o processo em liberdade	2	4
Sem informação	1	2
Total	52	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Observamos que das 06 mulheres absolvidas, 01 respondeu parte do processo em liberdade, mas teve a prisão decretada no curso do mesmo; 04 foram presas em flagrante delito e responderam aos processos encarceradas, sendo que apenas 01 respondeu todo o processo em liberdade.

Infelizmente como não tivemos acesso à íntegra dos autos processuais não conseguimos dados sobre o número de Habeas Corpus impetrados pela defesa das acusadas visando a concessão do direito de responder ao processo em liberdade, dado que possibilitaria uma análise mais apurada da questão.

Um caso que nos chamou a atenção diz respeito à uma acusada que respondeu a todo o processo recolhida na prisão, mas que ao final foi condenada à pena de reclusão inferior ao tempo em que permaneceu encarcerada, como se vê da passagem abaixo:

Todavia, considerando que a pena privativa de liberdade acima imposta foi de 01 ano, 01 mês e 10 dias de reclusão, e, tendo em vista que a ré já se encontra presa a mais de 01 ano e 04 meses – desde 09/01/09 (data do flagrante), levando em conta o disposto no art. 42 do CP (detracção), outra solução não resta a este Juízo senão determinar, desde logo, a expedição de alvará de soltura em favor da acusada (SENTENÇA, 12/05/2010).

Embora não tenhamos dados precisos sobre situações semelhantes no sistema prisional de Juiz de Fora, nosso conhecimento e experiência de atuação como advogada no judiciário, bem como as inúmeras denúncias de presos esquecidos nas penitenciárias nos leva a crer que, infelizmente, esse não é um caso isolado ou excepcional. Sendo assim, indicamos a necessidade de pesquisas para desvendar a possível ocorrência e as causas de outros casos semelhantes ao mencionado.

Segundo Vianna *et al.* (1997) e Sadek (1998), a positivação do direito natural (neojusnaturalismo) nos países da *civil law* e o constitucionalismo moderno proveram a edição de uma “*legislação simbólica*” voltada não apenas para a defesa, mas também para a

realização/promoção dos direitos fundamentais, provocando um processo de “*desneutralização da função do Judiciário*” que alterou a configuração das funções tradicionais do magistrado, atribuindo a estes novos papéis na ordem democrática.

Conforme esse entendimento não basta a realização de um raciocínio técnico-jurídico de subsunção da descrição do fato ao tipo penal, pois, ao juiz também é atribuído o dever de investigar sobre a consonância da norma aos valores e princípios assentados na Constituição Federal de 1988, que reconfigurou o Judiciário brasileiro e seu sistema de orientação, atribuindo-lhe a função de garantidor dos direitos fundamentais. Isso implica que a norma também seja ajustada ao fato.

Por isso, embora a Lei de Drogas proíba a concessão da liberdade provisória, desde o ano de 2010 o STF firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44 da Lei de Drogas por afronta aos princípios constitucionais de presunção da inocência e da individualização da pena. Logo, se o Supremo já reconheceu em vários julgados que cabe ao magistrado, na análise do caso concreto e no exercício de sua discricionariedade, ponderar as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso, num esforço para conciliar a segurança jurídica e a justiça material, nada teria impedido que o juiz do processo citado tivesse concedido a liberdade à acusada, evitando o cerceamento indevido de seu direito de liberdade por quase 03 meses.

Entendemos que o indeferimento da liberdade provisória para os crimes de tráfico não decorre apenas da ausência de uma interpretação constitucional da Lei de Drogas pelos magistrados, ela está associada a uma antecipação da função de prevenção da sanção penal, seja pela dissuasão social objetivando reestabelecer a confiança na ordem penal e atemorizar possíveis infratores, seja pela neutralização da suposta criminosa, mediante o encarceramento, impedindo que a presa pratique novos crimes durante o curso do processo.

Percebemos nas sentenças proferidas tanto antes, quanto depois da jurisprudência firmada pelo Supremo, que, em geral, os magistrados se limitaram a reproduzir os dispositivos normativos apontados como inconstitucionais para justificar a não concessão da liberdade provisória e da substituição das penas. Sendo desenvolvido um raciocínio puramente técnico-jurídico, de subsunção do fato à norma e afirmação dos preceitos do direito positivo, uma herança dos sistemas de orientação ligados à *civil law*, positivista e com ênfase no tema da “*certeza jurídica*”, como se depreende da passagem a seguir:

Considerando que, a culpabilidade faz reprovável a conduta da agente, os motivos se fizeram injustificáveis, **as circunstâncias demonstram necessidade de repressão penal, as consequências do delito são de ordem pública, mas tendo em vista que a conduta social, personalidade e antecedentes da acusada não se fizeram**

efetivamente denegridos nos autos, fixo a PENA BASE em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo, minorando em 2/3 por força do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, restando assim fixada EM DEFINITIVO na proporção de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, devendo a pena privativa de liberdade ser cumprida INICIALMENTE EM REGIME FECHADO (art. 2º, §1º da Lei nº. 8.072/90 com nova redação dada pela Lei nº. 11.464/07), impondo-se o pagamento da Multa na forma dos arts. 49 e 50 do CP c/c art. 43 da Lei nº. 11.343/06. Deixo de conceder à ré o “SURSIS” e a substituição a que alude o art. 44 do CP, à vista do disposto no art. 44, “caput” da Lei 11.343/06, dispositivo plenamente aplicável por referir-se à crime equiparado aos crimes hediondos, à luz da correspondente permissão constitucional. (SENTENÇA, 20/06/2011, grifo nosso).

A literatura jurídica aponta que, uma vez presentes os requisitos objetivos e subjetivos, a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas é um direito do réu, não podendo o julgador deixar de operá-la (BRANDÃO, 2008). Na sentença referida acima, não foi apresentada uma motivação para a denegação do benefício fundada na análise da ausência dos requisitos que, se presentes, autorizariam a substituição. Frisamos que em nenhum momento desse trabalho pretendemos avaliar a correção da decisão tomada pelos magistrados, o que ressaltamos aqui é tão somente a ausência de uma motivação/fundamentação mais profunda.

Lembramos que a motivação/fundamentação das decisões pode “*ser concebida como uma condição imprescindível do correto exercício da função jurisdicional e como um princípio fundamental de garantia dos cidadãos nos confrontos do Poder Judiciário*” (TARUFFO, 2005, p. 166). Além de ser uma garantia técnica, por proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão e permitir que os Tribunais examinem a legalidade e a justiça da decisão. A motivação é uma garantia política, uma garantia da própria jurisdição, pois os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os Tribunais, mas também a comunidade.

6.3.2 Classe social da acusada.

Esse critério extralegal está relacionado à clássica discussão sociológica presente nos estudos de classe, estratificação, desigualdade social e na teoria do conflito. Sendo que a maior representatividade de grupos sociais desfavorecidos nas prisões estimulou a realização de estudos de “*sentencing*” sobre a existência de alguma relação entre a classe social do acusado e a probabilidade de discriminação na decisão pelo indiciamento e condenação penal (VANHAMME e BEYENS, 2007).

Grande parte destes estudos limitou-se à análise da probabilidade de prisão dos réus desempregados e verificaram a maior probabilidade de aprisionamento destes, numa demonstração de que o custo social da punição é levado em conta pelos Juízes. Assim, ter um emprego é um critério para uma discriminação positiva e pode servir como indicativo de responsabilidade e comprometimento com as normas que regem a sociedade, enquanto a falta de emprego pode ser percebida como indicativo de um futuro comportamento criminoso/desviante (BOX, 1987; BOX e HALE, 1985; QUINNEY, 1977).

O tratamento diferenciado em virtude da classe social ou atividade profissional do acusado se relaciona, portanto, com os conceitos de justiça de classe e justiça prognóstica. A justiça prognóstica é um tema das teorias criminológicas e envolve a consideração do comportamento delinquente futuro dos acusados (VANHAMME e BEYENS, 2007).

Ocorre, assim, a “*sujeição criminal*” em razão das características secundárias de classe, pois os procedimentos de vigilância empregados pelas agências de controle social formal, bem como os procedimentos de incriminação dos suspeitos envolvidos com o uso ou o tráfico de entorpecentes focalizam indivíduos previamente identificados e passíveis de serem encaixados nos tipos sociais considerados potencialmente criminosos, desenvolvendo, assim, uma espécie de criminalização preventiva (MISSE, 1999).

Como um exemplo dessa criminalização preventiva discriminatória em razão da classe social, mencionamos as consequências da despenalização do usuário de drogas na Lei nº. 11.343/2006, que ampliou ainda mais as diferenças entre este e o traficante, devido à manutenção da tradicional política do encarceramento em massa da camada da população mais pobre, que assume o papel de traficante e não de usuário (RODRIGUES, 2006). Como vimos, a política antidrogas brasileira importa o modelo repressor americano e coaduna com uma política estatal de criminalização das consequências da pobreza (BATISTA, 2001; WACQUANT, 2003).

Ademais, encontramos na literatura estudos que mostram que os fatores relacionados com a gravidade do crime e os antecedentes criminais tem mais peso como determinantes da decisão do que a classe social do acusado (KANNEGIETER, 1994 *apud* VANHAMME e BEYENS, 2007). Outros estudos sobre a relação entre a classe social do acusado e a condenação apontam que esse fator também interage com a raça e a etnia, de modo que os criminosos considerados “*problemáticos*” ou ameaçadores recebem sanções mais graves (SPOHN, 2000).

Vimos que poucos estudos investigaram em que medida a situação de emprego afeta diretamente a severidade da sanção entre criminosos condenados e os resultados produzidos

são mistos. Alguns estudos têm indicado que os infratores desempregados recebem sanções mais duras do que os infratores que estão empregados (NOBILING *et al.*, 1998; SPOHN e HOLLERAN, 2000). Outros, no entanto, têm descoberto que o emprego do infrator não tem efeitos estatísticos significativos na gravidade da condenação (FRANKLIN e FEARN, 2008).

Considerando que o objeto de nosso estudo foi a sentença criminal e esta não contempla dados sobre a posição social das acusadas; que não conseguimos acesso a todos os inquéritos policiais dos casos estudados, onde se localizam as principais características das acusadas, foi realizada uma análise panorâmica sobre as ocupações declaradas pelas acusadas no interrogatório na fase de instrução judicial e na ficha de registro/identificação que inaugura os prontuários das internas na Penitência Professor Ariosvaldo de Campos Pires em Juiz de Fora.

A posição social das acusadas foi caracterizada por situação de fragilidade socioeconômica, caracterizada pelo desemprego ou pela ocupação de funções que não exigem habilitação profissional clássica e de reduzido prestígio social, como: balconista/promotora de vendas; babá/faxineira/empregada doméstica; sacoleira/comerciante autônoma; manicure/cabeleireira; prostituta/dançarina de boate. Em geral, atividades exercidas sem vínculo empregatício formal. Quanto ao grau de instrução, observamos que grande parte das sentenciadas possuem baixa escolaridade, tendo cursado apenas o ensino fundamental. Esse perfil não destoa do estereótipo empregado pelas polícias na seleção criminalizante, segundo o qual jovens “mulas”, “aviões”, “olheiras”, “vapores”, “gerentes” do tráfico, recrutados nas classes sociais mais baixas e menos favorecidas, estão mais sujeitos à criminalização.

Muitas vezes, o componente trabalho foi mencionado pelas acusadas nas sentenças como mecanismo para delimitação de um *status moral*, mas não social. Isso porque a criminalização das condutas ligadas ao tráfico, em especial, é tradicionalmente voltada para a persecução penal dos pobres. A seguir, colacionamos um trecho com as declarações de uma das sentenciadas a respeito de sua ocupação profissional:

(...) Trabalha na MC Jeans, situada a loja na rua S. S. e a fábrica no bairro S. B. A interroganda vende roupa desta loja. Não tem vínculo empregatício com a loja. Percebe por semana a importância de duzentos e cinquenta reais com a venda de roupas e complementa esta renda com a venda de bijuterias, que lhe rende uma importância aproximada de cento e trinta reais por semana. Afirma que não são verdadeiras as afirmações contidas na denúncia contra sua pessoa. Todo material apreendido foi apreendido no quarto do irmão da interroganda, W. A interroganda afirma que não faz tráfico de droga, que trabalha para a sua manutenção e de seus filhos. (...) O irmão da interroganda nunca disse que fazia tráfico de drogas. (...) Nada foi encontrado na bolsa da interroganda, e quando o policial lhe disse que encontrou caféina dentro da sua bolsa a interroganda disse que não tinha como isso estar na sua bolsa pois dias antes teria saído com a bolsa e inclusive esteve no fórum (...). (SENTENÇA, 20/04/2010, grifo nosso).

Outra inferência extraída das sentenças estudadas refere-se à situação das mulheres que admitiram a atividade de prostituição. Apesar de a literatura revisada indicar uma relação estreita entre a prostituição e formas de delinquência a ela associadas, percebemos que esse fator não ensejou por parte dos magistrados um juízo de reprovação mais severo sobre a conduta social das acusadas que apresentaram essa característica.

6.3.3. *Origem étnica.*

Esse critério extralegal recebeu grande atenção dos pesquisadores em países onde se verifica uma proporção significativa de estrangeiros e de minorias étnicas na prisão, sendo que a diferenciação dos acusados conforme a origem étnica relaciona-se intimamente com a variável classe social (VANHAMME e BEYENS, 2007). A discricionariedade na tomada de decisão formal e a presença de discriminação racial/étnica nos Tribunais é um dos temas mais polêmicos e debatidos na Justiça Criminal em geral (SPOHN, 2000).

Assim como no caso da variável classe social, registramos que a sentença criminal não contempla dados sobre a origem étnica das acusadas, sendo que nem mesmo nos poucos inquéritos policiais encontrados havia referência a essa característica das indiciadas. Assim, a única fonte possível para essas informações seriam as fichas de registro/identificação nos prontuários das internas na Penitenciária, onde são descritas as características físicas das presas. Contudo, verificamos que muitas dessas fichas tinham preenchimento incompleto, o que inviabilizou a coleta de dados precisos sobre essa variável e o seu posterior cruzamento com o *quantum* da condenação para aferição de possíveis disparidades das penas.

De qualquer forma, considerando os dados fornecidos pelo Setor de Atenção à Saúde da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires sobre a população carcerária feminina em julho de 2012, podemos concluir que, quanto à origem étnica, o perfil das mulheres presas em Juiz de Fora não destoava daquele indicado por tantas outras pesquisas, qual seja, mulheres não brancas (negras e pardas). Em sua maioria, as mulheres presas em Juiz de Fora foram classificadas como pardas (43%) e negras (24%), sendo as demais classificadas como brancas (33%).

Essa variável em particular precisa ser considerada diante do contexto da cidade de Juiz de Fora. Segundo dados do Censo 2010/IBGE a população da cidade é composta por 56,93% de indivíduos brancos; por 14,69% de indivíduos pretos e por 27,60% de indivíduos

pardos. Assim, percebemos um alto grau de aprisionamento de mulheres oriundas da parcela da população parda e negra.

Tabela 20 População residente segundo cor ou raça em Juiz de Fora, Minas Gerais e Brasil, 2010

Cor ou Raça	Juiz de Fora		Minas Gerais		Brasil	
	Nº.	%	Nº.	%	Nº.	%
Branca	293.877	56,93	8.894.547	45,39	91.051.646	47,73
Preta	75.818	14,69	1.806.541	9,22	14.517.961	7,61
Amarela	3.448	0,67	187.119	0,95	2.084.288	1,09
Parda	142.462	27,60	8.677.745	44,28	82.277.333	43,13
Indígena	639	0,12	31.112	0,16	817.963	0,43
Sem declaração	3	0,00	266	0,00	6.608	0,00
Total	516.247	100,00	19.597.330	100,00	190.755.799	100,00

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010; Centro de Pesquisas Sociais / Anuário 2012. (Obs.: Resultados Preliminares do Universo).

Apesar de considerarmos com reservas a correspondência entre sentenças condenatórias e o dado cor/raça, podemos reconhecer que essa característica das acusadas interfere no processo de “*sujeição criminal*” (MISSE, 1999). Lembramos que o recrutamento para o “*movimento*” ocorre, principalmente, entre jovens negros e/ou pobres (ou quase negros de tão pobres) em comunidades carentes assoladas pelo tráfico de drogas (BATISTA, 2001). E é com base nesse estereótipo que ocorre a seleção criminalizante pelos agentes do controle social formal (polícias) e, por conseguinte, da clientela do Sistema de Justiça Criminal.

Nesse sentido, Prates Fraga (2006) cita estudos quantitativos nacionais que demonstraram maior número de prisões em flagrante e maior número de condenações em desfavor de acusados negros, bem como estudos que verificaram disparidades no tratamento entre réus brancos e negros no fluxo da justiça criminal.

Como qualquer forma de discriminação racial é criminalizada em nosso país, por óbvio, nas sentenças analisadas não encontramos elementos que pudessem explicitar a repercussão desse fator na disposição dos magistrados criminais pela condenação ou na aplicação de penas díspares. De todo modo, lembramos que, se existente, a discriminação pela cor/raça da acusada se constrói em cada caso concreto a partir das interações na audiência. Portanto, essa variável só poderia ser analisada de forma adequada a partir da metodologia da observação participante nas audiências e não por aquela empregada neste trabalho. Sendo assim, indicamos como uma interessante hipótese para pesquisas futuras a investigação sobre a possível relação entre gênero, cor/raça e o *quantum* de pena aplicada nas sentenças

condenatórias, bem como “se” e “como” a variável cor/raça pode influenciar o processo de tomada de decisão gerando disparidades nas penas.

6.3.4 Circunstancias judiciais do artigo 59 do CPB.

Vimos que no Direito Penal brasileiro prepondera o princípio constitucional da individualização da pena e que, na definição da natureza e quantidade da pena, os magistrados podem recorrer à análise de características das acusadas e da conduta ilícita praticada. O artigo 59, *caput*, do Código Penal brasileiro prevê circunstâncias judiciais que se relacionam à pessoa da acusada e que interferem na primeira fase da dosimetria da pena.

Tais circunstâncias se aproximam dos chamados critérios extralegais da “*sentencing*”, pois envolvem a apreciação pelos magistrados da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime. Caso as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis à ré, o magistrado poderá motivadamente afastar a pena-base do mínimo legal, o que implica numa sanção mais severa. Sendo assim, teceremos algumas considerações a respeito da configuração destas circunstâncias nas sentenças analisadas.

6.3.4.1 Culpabilidade.

A culpabilidade implica um juízo de valor quanto à reprovação pessoal do autor de uma conduta ilícita e fundamenta-se no fato de que, ao indivíduo, no caso concreto, era socialmente exigível um comportamento diverso. Assim, se o agente tem capacidade genérica e pode, diante das circunstâncias em que se encontra, compreender a ilicitude de sua conduta, lhe será exigível um comportamento compatível com a ordem jurídica instituída. Logo, o juízo de censura reprova a pessoa capaz (imputável), que agiu livremente na escolha do ato ilícito, possuindo plena consciência da reprovabilidade de sua ação.

Nas sentenças estudadas alguns magistrados consideraram na análise da culpabilidade das acusadas a idade, a sanidade mental, a escolaridade, as condições de acesso à informação e até mesmo as características da cidade em que a acusada reside para afastar a pena-base do mínimo legal, conforme passagens a seguir:

Atendendo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, **fixo a pena-base** para o delito previsto no **art. 33 *caput* da Lei nº 11.343/2006 para a ré J. C. S. em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, imposição esta acima do

mínimo previsto em lei, porque se trata de pessoa com total capacidade mental, em plena vida adulta (trinta e um anos de idade), com bom grau de instrução (2º ano do ensino médio), que estava totalmente ciente da ilicitude de sua conduta da qual não desistiu. Por outro lado é pessoa que reside em uma cidade de grande porte na qual as informações quanto a gravidade de seus atos é plenamente divulgada e de conhecimento geral, sendo-lhe exigível conduta diversa. (SENTENÇA, 29/06/2010, *destaques no original*).

Atendendo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, **fixo-lhe a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, fixação esta acima do mínimo previsto em lei, tendo em vista a intensidade do seu dolo, que está situado em grau maior, pois se trata de pessoa com plena capacidade mental que estava ciente da ilicitude de sua conduta, da qual não desistiu, merecendo lembrar que possui relativo grau de instrução (cursou até a 7ª série do Ensino Fundamental), reside em uma cidade de porte grande, na qual o conhecimento da ilegalidade do tráfico de entorpecentes é geral, sendo-lhe exigível conduta diversa. (SENTENÇA, 13/08/2010, *destaques no original*).

Esclarecemos que a culpabilidade não é o único elemento considerado pelos magistrados para afastar a pena-base do mínimo legal. O *quantum* da majoração da pena-base é variável e se relaciona com a presença de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis à acusada.

Observamos que a menção da idade da acusada na aferição da culpabilidade e atribuição de uma pena mais severa coaduna com os estudos de “*sentencing*” que relacionam a idade à severidade da sanção. Nos casos citados encontramos um exemplo da tendência encontrada por Steffensmeier *et al.* (1995) de atribuição de penas maiores para adultos jovens. Ao passo que penas mais brandas são atribuídas a infratores entre 18 e 20 anos de idade ou maiores de 50 anos.

6.3.4.2 Antecedentes criminais.

Os antecedentes criminais dos acusados são uma importante categoria extrajudicial em estudos de “*sentencing*” que também está prevista no artigo 59, *caput* do Código Penal brasileiro. A questão do passado judiciário tem uma importância fundamental na tomada de decisão do juiz. Os antecedentes referem-se à vida pregressa dos acusados, mas apenas com relação àqueles fatos que sejam relacionados ao Direito Penal, caso contrário, seriam sinônimos de conduta social.

No Brasil, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, não são considerados maus antecedentes processos ainda pendentes de condenação definitiva ou inquéritos policiais nos quais o réu figure como indiciado. Somente as sentenças penais condenatórias transitadas em julgado e que não servem para forjar a reincidência, ou seja,

aquelas em que já decorreu mais de 05 anos após o término do cumprimento da pena, são consideradas como maus antecedentes. Isso porque a reincidência é prevista no artigo 65, I do Código Penal como circunstância agravante da pena⁸⁷. Assim, uma condenação considerada para forjar a reincidência criminal não pode ser também considerada como maus antecedentes, isso porque, no Direito Penal, não se admite o *bis in idem*, que é a incidência de mais de uma punição em face do mesmo fundamento. Esse entendimento já foi inclusive consolidado através da Súmula nº. 241 do Superior Tribunal de Justiça - STJ⁸⁸ (BRANDÃO, 2008).

A existência de maus antecedentes é aferida através da Certidão de Antecedentes Criminais (CAC) ou da Ficha de Antecedentes Criminais (FAC) das acusadas. Essa é uma informação relevante e está contida nas sentenças. Além de agravar o juízo de reprovação e elevar o *quantum* da pena-base, os maus antecedentes são apreciados, inclusive, como elemento determinante da concessão e do patamar da diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas; da decretação ou manutenção da prisão preventiva, bem como da concessão ou não do direito de recorrer em liberdade. Na tabela a seguir podemos visualizar como o passado criminal das acusadas se revelou nas sentenças analisadas.

Tabela 21 Situação das acusadas quanto aos antecedentes

Antecedentes	Quantidade	%
Primária	2	4
Primária com bons antecedentes	35	67
Primária com maus antecedentes	1	2
Reincidente	4	8
Reincidente com maus antecedentes	4	8
Maus antecedentes	4	8
Não Informado	2	4
TOTAL	52	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Como se vê, na esmagadora maioria dos casos (71%) foi destacado pelos magistrados a característica de “*ré primária*” ou “*ré primária e de bons antecedentes*”, sendo que em pouquíssimos casos verificou-se a existência de “*ré com maus antecedentes*” (8%) ou

⁸⁷ Art. 63, CPB. “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Art. 64, CPB – “Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos”.

⁸⁸ Súmula nº. 241 do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

“*primária com maus antecedentes*” (2%). A seguir colacionamos algumas passagens das sentenças sobre os diferentes momentos em que esse elemento é analisado.

1. Influência sobre o quantum da pena-base.

Verifica-se da certidão de antecedentes da acusada, acostada às fls. 35, que a mesma é primária e possui bons antecedentes, o que haverá de ser considerado quando da fixação da pena base. (SENTENÇA, 09/08/2010).

A pena não pode, contudo, ser exacerbada, porque os motivos que levaram a ré à prática do delito não são outros senão aqueles inerentes ao próprio tipo legal que infringiu e não há elementos nos autos que desabonem sua conduta social e sua personalidade, que por esta razão devem ser consideradas boas. Além disso, a acusada é primária portadora de bons antecedentes criminais, como demonstra a certidão de fl. 96 destes autos. (SENTENÇA, 17/04/2008).

2. Influência sobre o quantum da diminuição do artigo 33, §4º da Lei de Drogas:

(...) verifica-se da CAC da acusada, que a mesma é ré primária, com bons antecedentes, sem máculas na conduta social e personalidade, não havendo provas de que integre organização criminosa e nem tão pouco que se dedique a atividades criminosas, merecendo ser beneficiada com a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/06 e conseqüentemente ter a sua pena diminuída em 2/3 em face da pequena quantidade de droga vendida, qual seja, 01 pedra de crack. (SENTENÇA, 12/05/2010)

3. Influência na concessão do direito de recorrer em liberdade (art. 59 da Lei 11.343/2006).

Isto posto, merece a acusada L. ser condenada nas penas do art. 33 da Lei 11.343/06. Por derradeiro, verifico da CAC da acusada de fls. 123, que é primária, de bons antecedentes, não possuindo outras anotações criminais que sirvam para macular conduta social e personalidade, não havendo, ainda, provas de que integre organização criminosa ou se dedique às atividades criminosas, **merecendo ser beneficiada com a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 para diminuir a pena em 1/6 em face da grande quantidade de droga apreendida.** (...) Por sua vez, uma vez que a acusada L. respondeu ao processo em liberdade em face de Habeas Corpus concedido pelo TJ/MG, tornando-se insubsistentes os elementos autorizativos de prisão preventiva (art. 312 CPP), **concedo a acusada L. o direito de recorrer da sentença em liberdade.** (SENTENÇA, 04/08/2011, *destaques no original*).

Destacamos que quando constatados os maus antecedentes, os mesmos são interpretados pelos magistrados como um indicativo da tendência da acusada à delinquência latente e à insubordinação social. E uma vez presentes outras circunstâncias desabonadoras, além dos maus antecedentes, ocorre a majoração da pena-base.

6.3.4.3 Conduta social.

Entende-se por conduta social a síntese do atuar da pessoa na vida cotidiana. Perceba-se que o Legislador utiliza a palavra conduta no singular, não no plural, “*a demonstrar que*

em toda a vivência social, qualquer pessoa pratica ações avaliadas positiva ou negativamente, que, vistas no seu conjunto, apontam para a fixação de uma censura ou de uma aprovação” (BRANDÃO, 2008, p. 335).

Cabe ao magistrado fazer um balanço, a partir dos elementos de que dispõe, com vistas à atribuição de um juízo positivo ou negativo a essa circunstância judicial. As ações da acusada valoradas positivamente (responsabilidade familiar, dedicação a tarefas lícitas, dentre outras) são, em geral, aferidas através do depoimento de testemunhas meritórias, ou seja, testemunhas que conhecem a acusada e atestam que a mesma é cordial, boa filha, boa mãe, trabalhadora e honesta, no sentido de cumpridora de suas obrigações como cidadã, como se vê a seguir:

(...) não estava presente no momento e local em que os fatos ocorreram; que conhece a acusada a pouco tempo por que trabalha com o pai dela na obra onde ele é encarregado. **Disse que nunca ouviu falar de envolvimento da acusada com nenhum crime, e muito menos com droga; que A. é boa menina, honesta, trabalhadora, nada conhecendo a depoente que possa desabonar a conduta da acusada** (fls. 120). (SENTENÇA, 30/09/2010, *grifo nosso*).

Em nenhum dos casos estudados foi realizado pelos magistrados um juízo negativo a respeito da conduta social das acusadas, até mesmo pela ausência nas sentenças de registros de depoimentos de testemunhas que tenham denegrido a conduta social das acusadas.

6.3.4.4 Personalidade.

A palavra personalidade deriva do latim *persona*, que significa máscaras. Com efeito, na Antiguidade romana os atores no exercício de seus ofícios utilizavam máscaras que identificavam os personagens representados. Posteriormente, a palavra subsumiu a definição de pessoa, derivando a palavra personalidade.

Por personalidade se entende o conjunto de características que conformam a individualidade de cada ser humano em sua dimensão fisiopsíquica. Segundo a Psicologia contemporânea, é definida como *“a organização com característica de estabilidade e duração temporal do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa, de modo a determinar sua adaptação ao ambiente”* (BRANDÃO, 2008, p. 336).

No julgamento de casos penais o magistrado deve analisar a personalidade do agente sempre tomando como referência o fato criminoso que ensejou a condenação, bem como a culpabilidade. Contudo, a análise da personalidade do agente à luz da culpabilidade do ato não tem por finalidade um juízo de reprovação sobre a personalidade, pois isso conduziria a

um Direito Penal do autor, à semelhança do defendido na Alemanha nazista e completamente incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Assim, na consideração da personalidade o magistrado deve sopesar, para efeito de reprovação da conduta, qual a influência da personalidade do autor na capacidade de autodeterminação do sujeito e no exercício de sua liberdade, ou seja, em que medida ela conduziu ao ato criminoso (BRANDÃO, 2008).

A análise dessa circunstancia judicial pelo magistrado no momento da condenação é controversa. Segundo Galvão (2004), a personalidade do agente é algo imanente à sua própria individualidade, sendo perceptíveis somente as suas manifestações exteriores. Assim, a tarefa de avaliação da personalidade de uma pessoa seria conduzida por um método analógico, em que as manifestações exteriores do agente sejam comparadas com as naturais manifestações exteriores do Juiz. Isso pressupõe que, conhecendo os aspectos da experiência psíquica (por exemplo, uma predisposição agressiva) nas suas formas de manifestação visíveis (como discussões costumeiras) e reconhecendo-as na figura do acusado, o magistrado seja capaz de, a partir de sua experiência pessoal, concluir que a personalidade perscrutada corresponde, por exemplo, a uma predisposição agressiva.

A questão problemática aqui decorre do fato de que a personalidade, como natureza concreta do indivíduo, é um produto histórico em processo constante de formação, transformação e deformação, de modo que a representação de seus traços será sempre um corte simplificado, impreciso e pouco confiável (SANTOS, 1985). Ademais, a consideração sobre a personalidade alheia apresenta-se como uma tarefa difícil, que supera as forças do magistrado, seja pela falta de formação profissional adequada, seja pela distância mantida entre a personalidade do investigador e a do investigado.

A partir da análise das sentenças estudadas, percebemos que a personalidade foi valorada negativamente em pouquíssimos casos e sempre a partir de um juízo de valor do magistrado sobre o comportamento da acusada observado durante o interrogatório judicial.

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. (SENTENÇA, 22/10/2009, *grifo nosso*).

A personalidade da ré também não permite que a pena seja imposta no mínimo legal, já que não apresentou qualquer abalo moral ou psíquico em razão da conduta que praticou, **procurando atribuir a responsabilidade pelo cometimento do delito unicamente a seu irmão.** (SENTENÇA, 20/04/2010, *grifo nosso*).

A personalidade da increpada revela certa periculosidade, pois não apresentou qualquer arrependimento ou abalo psíquico em razão do delito que cometeu,

demonstrando certa insensibilidade na prática desta grave conduta ilícita, o que também permite que a pena se situe acima do mínimo previsto em lei. (SENTENÇA, 29/06/2010, *grifo nosso*).

A personalidade da ré também autoriza a pena acima do mínimo previsto em lei, **pois esta não é a primeira vez em que se envolve no cometimento de fatos considerados crimes, como prova sua Certidão de Antecedentes Criminais constante de fls. 30. Além disto demonstrou ausência de preocupação moral ou abalo psicológico com o cometimento do delito e com as conseqüências que ele acarretaria** para sua pessoa e para a coletividade, **além de audácia, insensibilidade e total desprezo para com as regras que regem a vida em sociedade**, não se contentou em comercializar no seu bar as mercadorias legais para garantir sua sobrevivência, usando o local para, paralelamente comercializar mercadoria ilegal, mas mais lucrativa, sem se incomodar em disseminar o corrosivo vício, o que também justifica a fixação da pena acima do mínimo previsto em lei. (SENTENÇA, 14/03/2008, *grifo nosso*)

Outro fato digno de nota refere-se à condição de que grande parte dos juízos negativos sobre a personalidade das acusadas foi formulada por um magistrado do gênero feminino, a indicar uma postura mais sensível às atitudes das acusadas durante a fase judicial. O que corrobora a observação feita por Daly (1989) de que, dentre os fatores determinantes da condenação, os magistrados também sopesam a atitude dos acusados durante interrogatórios e audiências, segundo a qual os mesmos podem ser encarados como mais ou menos merecedores de um tratamento indulgente.

Isso também reforça a tese de que a prática judicativa dos magistrados reflete um complexo sistema de orientações composto por representações, valores, pressões políticas e visões de mundo que influenciam o julgador, revelando o caráter eminentemente subjetivo das decisões judiciais (PRATES FRAGA, 2006).

Também verificamos que alguns magistrados preferem não emitir juízo sobre a personalidade das acusadas alegando a inexistência de elementos suficientes para aferi-la ou a inexistência de elementos capazes de denegri-la, como nos casos a seguir:

Considerando que, a culpabilidade faz reprovável a conduta da agente, os motivos se fizeram injustificáveis, as circunstâncias demonstram necessidade de repressão penal, as conseqüências do delito são de ordem pública, **mas tendo em vista que a conduta social, personalidade e antecedentes da acusada não se fizeram efetivamente denegridos nos autos, sendo a ré primária** (fls. 49), fixo a PENA BASE em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato (...) (SENTENÇA, 15/09/2010, *grifo nosso*).

(...) considerando a culpabilidade da acusada, pois tinha capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta; sem antecedentes abonadores; a sua má conduta social, podendo ter adotado comportamento diverso, dando mau exemplo para os que como ela convivem; **sua personalidade, até então inaferrida**, aos motivos, praticando o tráfico de entorpecentes objetivando o enriquecimento ilícito, em circunstâncias obscuras, conseqüências do delito, colocando em risco a saúde de outros, fixo-lhe a pena base em 06 anos de reclusão e 540 dias-multa (...) (SENTENÇA, 27/09/2007, *grifo nosso*).

Destacamos, por fim, que a análise da personalidade da acusada precisa ser fundamentada pelo magistrado, ainda que a partir de impressões pessoais decorrentes da observação do comportamento durante a fase judicial, como vimos nos casos supracitados. Caso a personalidade seja valorada negativamente, sem a devida motivação, a sentença será passível de recurso ao Tribunal que poderá reformar a pena aplicada, diminuindo-a. Tal situação foi observada em um dos casos analisados, como se vê abaixo:

1. Sentença em que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem motivação.

Considerando que, a culpabilidade faz reprovável a conduta do agente, os motivos se fizeram injustificáveis, as circunstâncias demonstram necessidade de repressão penal, as consequências do delito são de ordem pública, **tendo em vista que a conduta social e personalidade se fizeram maculados nos autos, assim como os antecedentes, fixo a PENA BASE em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias multa**, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, aplicando em seguida a agravante de reincidência prevista no art. 61 inc. I do CP, para o fim de aumentar a pena em 01 (um) ano de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa, restando assim fixada EM DEFINITIVO na proporção de 07 (sete) anos de reclusão e 720 (setecentos e vinte) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, que assim permanece à míngua de outras agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição de pena, devendo a pena privativa de liberdade ser cumprida INICIALMENTE EM REGIME FECHADO (art. 2º, §1º da Lei nº. 8.072/90 com nova redação dada pela Lei nº. 11.464/07), impondo-se o pagamento da Multa na forma dos arts. 49 e 50 do CP c/c art. 43 da Lei nº. 11.343/06. (SENTENÇA, 23/08/2010, *grifo nosso*).

2. Tribunal reformou a sentença, aplicando a pena-base no mínimo legal.

Na primeira fase, quanto à culpabilidade, não se observa nenhum elemento capaz de aumentar a reprovabilidade inerente aos delitos dessa natureza, **não se colhendo do conjunto probatório, outrossim, dados objetivos a macular a personalidade da recorrente e sua conduta social**; a ré é detentora de maus antecedentes, em vista da informação trazida pela certidão cartorária de fl. 43/45, a qual noticia a existência de uma condenação penal anterior transitada em julgado, mas, tendo em vista que tal circunstância implica ao mesmo tempo em reincidência, deixo de valorá-la, reservando sua aplicação para a segunda fase da dosimetria da pena, em observância a Súmula 241 do STJ, como forma de não incorrer em bis in idem; o motivo do delito é o inerente à espécie e as consequências não desbordaram daquelas ínsitas ao tipo em questão, nada havendo acrescer em relação a estas. As consequências do delito também decorrem da perpetração da conduta tipificada. **Assim, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.** (APELAÇÃO CRIMINAL – ACÓRDÃO/TJMG, 03/03/2011, *grifo nosso*)

6.3.4.5 Motivos do crime.

Os motivos do crime são *“os antecedentes psíquicos da ação, sintetizam a força que põe em movimento o querer, transformando-o em ação. O motivo tem um caráter representativo e intelectual, operando na esfera da formação da vontade do agente e antecedendo necessariamente a esta”*, sendo um dos pontos de contato mais delicados entre o

direito e a ética (BRANDÃO, 2008, p. 337). Podem aumentar ou diminuir a reprovabilidade da conduta do agente e, enquanto circunstância judicial, podem determinar que a pena-base seja fixada no mínimo legal ou acima deste e figuram como um dos elementos pessoais de individualização da pena. Importante ressaltar que se o motivo constituir agravante ou atenuante, qualificadora, causa de aumento ou diminuição não será analisado como circunstância judicial na fixação da pena-base, sob pena de configuração do *bis in idem*. E na análise dos motivos que conduziram a ação criminosa o magistrado deve demonstrar os fundamentos da necessidade de uma maior ou menor reprovação.

No crime de tráfico, os motivos apontam, geralmente, para o objetivo de alcançar lucro/vantagem econômica através do comércio ilegal de entorpecentes, enfim, de alcançar um enriquecimento ilícito. Nos casos estudados os motivos como circunstância judicial não ensejaram um grau maior de reprovação por parte dos magistrados, pois prevaleceu o entendimento de que os mesmos são tão somente aqueles relacionados à busca pelo enriquecimento. Nesse sentido, veja a citação a seguir:

A pena não pode, contudo, se distanciar muito do mínimo previsto em lei, porque os motivos que levaram a ré à prática do delito não são outros senão aqueles inerentes ao próprio tipo legal que infringiu e porque não há elementos nos autos que desabonem sua conduta social e ela é primária portadora de bons antecedentes criminais. (SENTENÇA, 14/03/2008, *grifo nosso*).

Por fim, destacamos que em apenas uma das sentenças estudadas (que condenou 03 acusadas) o magistrado acompanhou o entendimento do Ministério Público que na Denúncia requereu o reconhecimento da circunstância agravante prevista no artigo 61, II, “a” do CPB, por considerar torpe a motivação do crime de tráfico.

Nessa sentença o magistrado determinou a aplicação da agravante por qualificar os crimes de tráfico como “*torpes*”, mencionando que “*a encomenda de droga recebida era para fim de enriquecimento ilícito, sua comercialização renderia a cada agente envolvido uma cota em dinheiro pela participação*” (SENTENÇA, 18/12/2008).

No cálculo da sanção o magistrado menciona, na fixação da pena-base acima do mínimo legal, a motivação de enriquecimento ilícito como circunstância judicial e, na análise da circunstância agravante do artigo 61, II, “a” do CPB, eleva novamente a pena pelo motivo torpe. As condenadas formularam Recurso de Apelação contra essa decisão junto ao TJMG, mas o mesmo, até o presente momento, não foi julgado. De qualquer forma, acreditamos que há grande probabilidade da decisão ser reformada para correção da dupla valoração negativa de uma mesma circunstância na aplicação da pena, o que configura o *bis in idem*, tão mencionado na literatura jurídica.

6.3.4.6 Circunstâncias e consequências do crime.

As circunstâncias e consequências do crime consideradas na fase de aplicação da pena-base dizem respeito aos elementos objetivos do crime que não mereceram previsão específica do Legislador como atenuantes/agravantes ou causas de aumento/diminuição da pena. As circunstâncias do crime se relacionam à maior ou menor gravidade do delito em razão do *modus operandi* (instrumentos do crime, tempo de sua duração, objeto material, local da infração, etc.). Enquanto as consequências do crime se relacionam com a intensidade da lesão produzida no bem jurídico protegido em decorrência da prática delituosa.

Nas sentenças estudadas verificamos que os magistrados consideraram nessa categoria a organização e meios colocados à disposição da atividade criminosa; o local em que o tráfico foi praticado; as pessoas que estavam envolvidas e foram, direta ou indiretamente, postas em risco; bem como o alcance da lesão ao bem jurídico tutelado visto como de ordem pública.

Na consideração do grau de lesão ao bem jurídico os magistrados realizaram um juízo de reprovação mais severo de acordo com a natureza do entorpecente comercializado pelas acusadas. Assim, quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas (crack e cocaína) indicavam maior lesividade da conduta à saúde do usuário de entorpecentes e à saúde pública a pena foi aplicada com maior rigor.

Segue citação que ilustra como essa categoria aparece nas sentenças:

Ademais, de acordo com informações prestadas por testemunhas ouvidas na instrução criminal, **o tráfico era cometido pelos réus através de um verdadeiro “negócio familiar”**, tanto que a falecida genitora dos increpados D. e J. era também conhecida como vendedora de drogas, já tendo sido presa por esta razão. A este respeito, importante destacarmos um trecho do depoimento que E. C. prestou diante deste juízo (fl. 196): “(...) Que já adquirira droga da mãe de J., que já faleceu na Penitenciária condenada por tráfico de droga. (...)”. **A “empresa” familiar na abjeta mercancia apresentava organização e requinte, tanto que havia até um circuito eletrônico de vigilância para propiciar a tranquilidade daquela quadrilha nas atividades ilegais que exerciam. (...) As circunstâncias em que o delito foi praticado também não autorizam a imposição da pena em patamar inferior, já que ela armazenava três diferentes tipos de substâncias entorpecentes (maconha, cocaína e cocaína sob a forma de crack) em sua própria residência, com fins de comércio, local onde também vivia a sua filha e do réu J. B., uma criança de apenas 09 (nove) anos de idade, influenciando-a negativamente e expondo-a aos riscos criados pelos seus atos criminosos.** Estes fatos demonstram ousadia e total descaso para com as normas que regem nossa sociedade e insídia na conduta criminosa. **A quantidade e natureza das drogas apreendidas, duas delas de alto poder viciante (cocaína e crack), também permitem que a pena seja imposta acima do mínimo previsto em lei, pois se tratavam de 113,20g (cento de trinta e três gramas e vinte centigramas) de cocaína, em pó e compactada (crack), e 67,20g (sessenta e sete gramas e vinte centigramas) de maconha. As consequências do crime são graves, pois o perigo**

que o tráfico ilícito de entorpecentes traz para a saúde pública é imenso e o custo para o tratamento de desintoxicação de viciados prejudica severamente as finanças estatais e os contribuintes, sem contar que a segurança e paz também públicas estão sempre ameaçadas, porque este crime alimenta uma cadeia de outros de natureza gravíssima, o que permite a imposição na pena além do mínimo legal. (SENTENÇA, 29/06/2010, grifo nosso).

6.4 Sobre a aplicação da pena-base.

Destacamos que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB mencionadas anteriormente dizem respeito a características das acusadas, motivo pelo qual as consideramos próximas dos critérios extralegais empregados na análise da condenação em estudos de “*sentencing*” como determinantes da aplicação de sanções mais ou menos severas às acusadas.

Ressaltamos que a análise das circunstâncias do artigo 59 do CPB ocorre na primeira fase do cálculo da pena para definição da pena-base. Se não forem reconhecidas circunstâncias desfavoráveis à acusada, a pena-base é fixada no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão para o crime de tráfico e 03 anos de reclusão para o crime de associação (arts. 33 e 35 da Lei nº. 11.343/2006, respectivamente).

Contudo, se forem reconhecidas circunstâncias desfavoráveis às acusadas elas serão consideradas em conjunto pelo magistrado para delimitar o *quantum* de majoração da pena-base. Observamos que quanto maior o número de circunstâncias negativas maior será o acréscimo na pena. Na análise das sentenças identificamos a predominância da circunstância referente aos maus antecedentes criminais como determinante de um aumento mais gravoso. Como vimos, além de repercutir no aumento da pena-base, os maus antecedentes são apreciados também como critério para a concessão diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas; da decretação ou manutenção da prisão preventiva, bem como da concessão ou não do direito de recorrer em liberdade.

Quanto às condenações pelo artigo 33 da Lei 11.343/2006 – tráfico de entorpecentes – verificamos que em 19 casos a pena-base restou fixada no mínimo legal (igual a 05 anos de reclusão); em 16 casos a pena-base foi majorada em alguns meses ($05 \leq 06$ anos de reclusão); e em 07 casos a pena-base foi majorada em mais de 01 ano, como se vê da tabela a seguir:

Tabela 22 Critérios extralegais/Pena-base no crime de tráfico (Art.33 da Lei nº. 11.343/2006)

Pena-base - Art. 33, caput da Lei nº. 11.343/06	Quant.	%
Igual a 05 anos (Mínimo legal)	19	45
05 ≤ 06 anos	16	38
06 ≤ 07 anos	3	7
07 ≤ 08 anos	3	7
08 ≤ 10 anos	1	2
TOTAL	42	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Quanto às condenações pelo artigo 35 da Lei 11.343/2006 – associação para o tráfico de entorpecentes – verificamos que em 13 casos a pena-base restou fixada no mínimo legal (igual a 03 anos de reclusão) e em 09 casos a pena-base foi majorada em alguns meses (03 ≤ 04 anos de reclusão); como se vê da tabela a seguir:

Tabela 23 Critérios extralegais/Pena-base na associação para o tráfico (Art.35 da Lei nº. 11.343/2006)

Pena-base - Art. 35 da Lei nº. 11.343/06	Quant.	%
Igual a 03 anos (Mínimo legal)	13	59
03 ≤ 04 anos	9	41
04 ≤ 05 anos	0	0
TOTAL	22	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Diante desses dados, podemos concluir que na grande maioria dos casos as mulheres envolvidas com o tráfico de drogas possuem características pessoais relacionadas às circunstâncias do art. 59 do CPB que favorecem a aplicação da pena-base no mínimo legal, o que corresponde a uma reprovação mais branda. Ademais, na maioria dos casos em que foram aferidas pelos magistrados circunstâncias judiciais em desfavor das acusadas o aumento de pena foi inferior a 01 ano.

6.5 Sobre a fixação da pena definitiva.

Para a fixação da pena definitiva o magistrado considera: 1. na segunda fase da aplicação da pena todas as circunstâncias agravantes e atenuantes; 2. na terceira fase da aplicação da pena todas as causas de aumento e diminuição relacionadas ao caso.

Quanto às condenações pelo artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006 – tráfico de entorpecentes, verificamos que em 14 casos a pena definitiva restou fixada abaixo do mínimo

legal (< 05 anos de reclusão); em 06 casos a pena definitiva restou fixada no mínimo legal (igual a 05 anos de reclusão); em 10 casos a pena definitiva foi majorada em alguns meses ($05 \leq 06$ anos de reclusão); e em 09 casos a pena definitiva foi majorada entre 01 e 02 anos; e em apenas 04 a pena definitiva foi majorada em mais de 02 anos, como se vê da tabela a seguir:

Tabela 24 Pena definitiva no crime de tráfico (Art.33 da Lei nº. 11.343/2006)

Pena definitiva - Art. 33, caput da Lei nº. 11.343/06	Quant.	%
Menor que 05 anos (Abaixo do mínimo legal)	14	33
Igual a 05 anos (Mínimo legal)	6	14
$05 \leq 06$ anos	10	24
$06 \leq 07$ anos	8	19
$07 \leq 08$ anos	1	2
$08 \leq 10$ anos	3	7
TOTAL	42	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Quanto às condenações pelo artigo 35 da Lei 11.343/2006 – associação para o tráfico de entorpecentes verificamos que em 01 caso a pena definitiva restou fixada abaixo do mínimo legal (< 03 anos de reclusão); em 04 casos a pena definitiva restou fixada no mínimo legal (igual a 03 anos de reclusão); em 11 casos a pena definitiva foi majorada em alguns meses ($03 \leq 04$ anos de reclusão); e em apenas 06 casos a pena definitiva foi majorada em mais de 01 ano, como se vê da tabela a seguir:

Destacamos que quando as condenações pelo crime de tráfico são fixadas em definitivo em patamar inferior à pena mínima prevista na legislação antidrogas, o que foi verificado em 33% dos casos, isso decorre principalmente da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006.

Nos casos em que a pena definitiva se igualou ao mínimo legal os magistrados não reconheceram os critérios para aplicação da referida causa de diminuição, sendo que nesses casos a existência de circunstâncias judiciais benéficas (art. 59 do CPB) e mesmo de circunstâncias atenuantes (arts. 65 e 66 do CPB) não resultou na imposição de sanção mais branda, devido à Súmula nº. 231 do STJ que impede que a redução da pena abaixo no mínimo legal pela incidência de circunstância atenuante.

Por fim, nos casos em que a pena definitiva foi superior ao mínimo legal o elemento determinante foi a incidência de causas de aumento do artigo 40 da Lei de Drogas, como o

envolvimento de menores, o tráfico interestadual e realizado no interior de estabelecimento prisional.

Tabela 25 Pena definitiva na associação para o tráfico (Art.35 da Lei nº. 11.343/2006)

Pena Definitiva - Art. 35 da Lei nº. 11.343/06	Quant.	%
Menor que 03 anos (Abaixo do mínimo legal)	1	5
Igual a 03 anos (Mínimo legal)	4	18
03 ≤ 04 anos	11	50
04 ≤ 05 anos	6	27
TOTAL	22	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

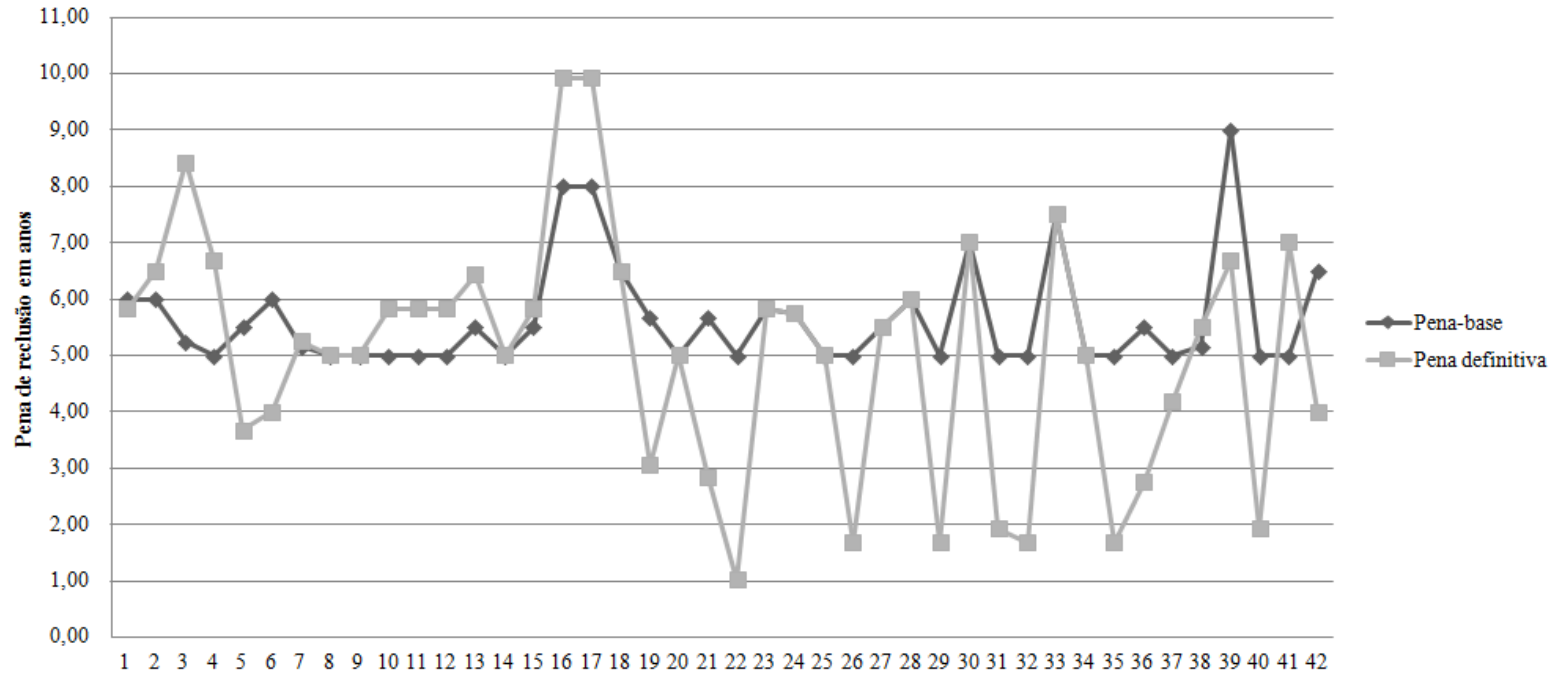
Já as condenações pelo crime de associação para o tráfico são, em sua maioria, fixadas em patamar superior à pena mínima prevista na legislação antidrogas, em virtude da aplicação de causas de aumento da pena previstas no artigo 40 da Lei nº. 11.343/2006, principalmente quando é reconhecida a prática de tráfico interestadual e do emprego de violência, grave ameaça e arma de fogo. Outro critério que leva à fixação da pena acima do mínimo está relacionado com o reconhecimento de circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB) desfavoráveis às acusadas e circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62 do CPB), com destaque para a análise dos maus antecedentes criminais e da reincidência.

No único caso em que a condenação pelo artigo 35 da Lei de Drogas foi fixada abaixo do mínimo legal verificamos o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no artigo 41 da Lei de Drogas relativa à delação premiada.

Em alguns dos casos estudados seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, mas esse benefício não foi concedido às acusadas nas sentenças. Embora o STF já tenha se posicionado pela inconstitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44 da Lei de Drogas por afronta ao princípio da individualização da pena, prevaleceu a afirmação dos preceitos do direito positivo, uma herança dos sistemas de orientação ligados à *civil law*.

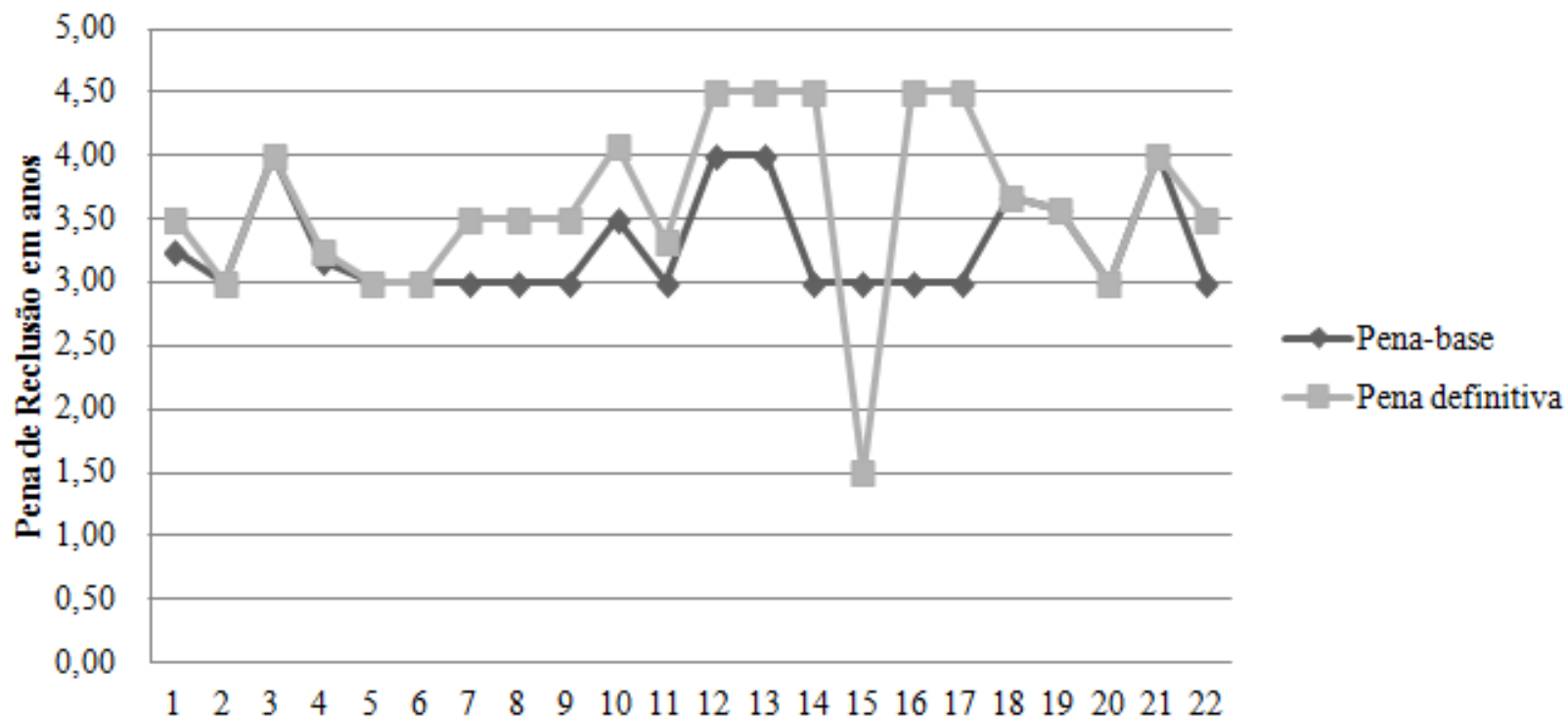
Nos gráficos a seguir, podemos visualizar a diferença entre a pena-base e a pena definitiva atribuída nos casos de condenação pelo crime de tráfico (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35).

Gráfico 4 Comparação entre a Pena-base e a Pena Definitiva - Art. 33, caput da Lei nº. 11.343/2006



Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Gráfico 5 Comparação entre a Pena-base e a Pena Definitiva - Art. 35 da Lei nº. 11.343/2006



Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

6.6 A cultura jurídica sobre a Lei de Drogas.

A abordagem sociológica da “*sentencing*” assume espectro mais holístico, contextualizando o fenômeno da tomada de decisão e empregando métodos qualitativos no dimensionamento do contexto social e organizacional em torno do processo decisório. (PRATES FRAGA, 2008). Os estudos orientados por essa perspectiva abordam o processo decisório como fenômeno social complexo e contextualizado (MARTINS, 2011).

O conceito de *cultura jurídica* é essencial para o entendimento da articulação entre as instâncias judiciais e a esfera política. Souza Santos *et. al.* (1996, p. 19) lecionam que a cultura jurídica diz respeito “*ao conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos*”.

Como vimos anteriormente, Vianna *et al.* (1997) atribuem um diferencial para análise da cultura jurídica da magistratura brasileira, decorrente de especificidades no processo de seleção e socialização dos juízes. No Brasil, em virtude de mudanças institucionais decorrentes do processo de redemocratização/constitucionalização do sistema político e judiciário nacional, bem como das características das demandas que provocam a jurisdição ocorreu um crescimento do protagonismo social e político da magistratura nas últimas décadas. Os Juízes viram-se alçados à condição de atores cada vez mais influentes na sociedade civil e na vida pública. Forçados a atuarem constantemente como guardiões dos direitos fundamentais e sociais, comprometidos com a realização da justiça, deixaram de ser apenas a “*boca inanimada da lei*” para atuarem como agentes criadores e transformadores da estrutura social.

Integrantes de uma elite profissional, carente de mecanismos de socialização e integração dos novos membros à cultura institucional e que os recruta através de concurso público dentre os mais diversos extratos sociais, os Juízes brasileiros têm origens heterogêneas, conformam uma pluralidade de concepções de mundo e são permeáveis às correntes de opinião expressas na sociedade. Além disso, a necessidade de adaptação à nova realidade social brasileira levou a uma progressiva transformação da malha institucional do Judiciário e de sua cultura jurídica que, tradicionalmente positivista, tende a incorporar a dimensão da justiça na tutela de direitos e liberdades e, inclusive, de pequenos interesses antes desamparados (VIANNA *et al.*, 1997).

Deste modo, ganha força a tendência de inovação institucional no exercício da jurisdição e de desneutralização do judiciário, com aumento da margem de discricionariedade

dos magistrados na prática judicativa. Essa nova configuração do Judiciário desneutralizado e influenciado por uma concepção de legalidade que questiona a rígida separação entre os Poderes, afasta a exclusividade do Legislativo na formulação de leis, levando à chamada “*judicialização da política*”.

Nesse contexto, Vianna *et al.* (1997) reconhecem quatro sistemas de orientação da magistratura brasileira: 1. um que tem na instituição do Poder Judiciário um ator coletivo envolvido no processo de mudança social; 2. outro, centrado no juiz como um agente solitário que aproxima o direito da justiça; 3. um, ainda, distante desses, compreendendo aqueles juízes que se mantêm fiéis ao cânon da *civil law*, positivista e com ênfase no tema da “*certeza jurídica*”; e 4. a presença, ainda embrionária e minoritária, de uma corrente que acentua o uso alternativo do Direito e as formas extrajudiciais de composição do conflito.

Diante da pluralidade de sistemas de orientação dos magistrados brasileiros, do aumento de sua margem de discricionariedade na prática judicativa e da tendência de desneutralização do Judiciário, surge a discussão a respeito do mito da imparcialidade do julgador na interpretação e aplicação da lei. Essa discussão reflete sobre o nosso problema de pesquisa, ou seja, os elementos que geram disparidades nas penas.

No âmbito da abordagem sociológica da “*sentencing*” surge a compreensão da prática decisional como uma atividade colaborativa e interacional (PRATES FRAGA, 2008). Essa colaboração e interação ocorre entre os juízes e os demais atores e instituições do Sistema de Justiça Criminal, que dispõem de um canal penal de circulação de informações, vínculos e trabalho, além de uma estrutura organizacional em que coabitam, interagem e se relacionam durante o processo.

Durante a pesquisa percebemos a forte influência dessa colaboração/interação entre os magistrados e os demais atores penais quando analisamos nas sentenças coletadas o processo de valoração da gravidade do fato e de definição da *qualificação/tipificação* da conduta das acusadas. Verificamos a existência de certa uniformização nas descrições das condutas incriminadas elaboradas pelos agentes do fluxo do Sistema de Justiça Criminal, desde aquela formulada pelos policiais no momento da prisão, passando pela inscrita na denúncia feita pelo promotor e chegando à consolidada na fase de instrução judicial, após os debates entre acusação e defesa. Sendo esta última descrição tomada como fundamento da decisão pelas hipóteses de absolvição ou condenação, bem como para a aplicação de penas mais ou menos severas.

Como vimos, essa descrição do fato é construída socialmente, sofrendo, por essa razão, a influência da cultura jurídica penal moldada pela política criminal antidrogas

brasileira. Esta hierarquiza o tráfico sobre os demais crimes, definindo-o como o principal ilícito a ser combatido, principalmente quando classificado como “*crime organizado*”. Essa política criminal é marcada pelo viés repressivo-punitivo orientado pelos estereótipos do usuário e do traficante compartilhados e reproduzidos na *práxis* das agências de controle social formal. Contudo, a legislação que exprime essa política estabelece de forma precária a diferenciação entre essas duas figuras abrindo uma expressiva margem de subjetividade e discricionariedade na sua interpretação e aplicação ao caso concreto (CARVALHO, 1997).

Essa subjetividade/discricionariedade na aplicação da norma interfere nas negociações discursivas sobre a versão do fato que será considerada no julgamento definitivo e, se for o caso, na fixação da pena. Deste modo, a versão do fato formulada na fase pré-processual e sua subsunção à norma pelos policiais servem de fundamento para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Geralmente, a denúncia é referendada pelo magistrado no início da fase judicial. A versão do fato e sua adequação à norma podem ser alteradas durante o processo em virtude da análise pelo magistrado das provas produzidas e das teses da acusação e da defesa. Ressaltamos, por fim, que também na fase judicial a versão dos fatos apresentada pelos policiais em seus depoimentos pode ser determinante na tomada da decisão condenatória, pois a esses agentes é atribuída grande credibilidade na prova da autoria e das circunstâncias em que se desenvolveu a ação delituosa.

Essa similaridade entre a postura das polícias, do órgão acusador e dos magistrados na interpretação e adequação das condutas à legislação antidrogas evidencia a presença de uma cultura uniforme sobre a ordem social, moral e penal, que enseja uma rede de relações e cooperação sobre o perfil de boas práticas na tomada de decisão, estabelecendo, por conseguinte, uma uniformização de certos padrões de penalização. Assim, a qualificação/tipificação das condutas para fins de “*sujeição criminal*” (MISSE, 1999), bem como a aplicação das penas seriam relativamente controladas por essa cultura penal, não obstante seja reconhecida a primazia do poder decisional dos magistrados (ROBERT, 2007). Ademais, essa cultura penal compartilhada, aliada à política criminal antidrogas mais punitiva e à crescente burocratização das agências estatais de controle pode explicar a queda nos registros de flagrante por porte de drogas para consumo próprio (GRILLO *et al.*, 2011) e o crescimento das prisões de ambos os sexos pelo crime de tráfico devido a respostas oficiais mais eficientes contra esse delito. Sendo que a repercussão desse contexto é ainda maior sobre infratores do gênero feminino, em razão do enfraquecimento da benevolência no processo de incriminação anteriormente ligada aos estereótipos de gênero (SCHWARTZ e STEFFENSMEIER, 2004).

Segundo Manning (*apud* PRATES FRAGA, 2008), dessa estrutura institucional emerge um contexto social com padrões de interação próprios, que dinamizam papéis e *status* numa ordem cerimonial, dentro de um mandato expresso em termos ideológicos. Nesse ambiente dinâmico de interação surgem diferentes percepções sobre os fatos e diferentes interpretações dos conceitos legais.

Daí, porque, além de buscarem a exposição coerente, clara e objetiva dos elementos que formaram sua convicção para condenação ou absolvição recorrendo às provas do processo, os magistrados empregam com frequência citações da jurisprudência consolidada nos Tribunais, da literatura jurídica e de Súmulas editadas pelos Tribunais Superiores a fim de conferir legitimidade à sua argumentação pela demonstração de que órgãos colegiados compostos por expoentes da corporação profissional e autores de notório saber jurídico compartilham do mesmo entendimento. A escolha das citações a serem utilizadas nas sentenças ocorre a partir de um juízo valorativo, pois são selecionadas pelos magistrados interpretações doutrinárias e sumuladas da norma, bem como acórdãos que expressam as crenças, valores e princípios da cultura penal por eles adotada.

As referências jurídicas arroladas como argumentação nas sentenças não foram analisadas profundamente, mas elas demonstram a anuência dos magistrados com uma referência teórica comum e com uma cultura invisível, de conformidade de um grupo quanto ao legalismo e rigor no julgamento e condenação pelos crimes previstos na Nova Lei de Drogas.

Observamos, também, a existência de uma estrutura administrativa que sustenta a aplicação do direito no combate ao tráfico de drogas, sendo que as práticas decisórias estão ligadas às práticas do sistema judicial ao qual estão submetidas (ROBERT, 2007). Suas filiações estreitas com esse sistema judicial são coesas, em razão do arrefecimento por parte dos magistrados em submeter-se a sanções dos tribunais de 2ª ou 3ª instância, pois, percebemos nas sentenças estudadas que os magistrados, em geral, desenvolveram um raciocínio puramente técnico-jurídico, de subsunção do fato à norma e afirmação dos preceitos do direito positivo, uma herança dos sistemas de orientação ligados à *civil law*.

Ademais, a motivação/fundamentação das decisões pode “*ser concebida como uma condição imprescindível do correto exercício da função jurisdicional e como um princípio fundamental de garantia dos cidadãos nos confrontos do Poder Judiciário*” (TARUFFO, 2005, p. 166). Além de ser uma garantia técnica, por proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão e permitir que os Tribunais examinem a legalidade e a justiça da decisão. A motivação é uma garantia política da própria jurisdição, pois os

destinatários da motivação não são mais somente as partes e os Tribunais, mas também a comunidade. E o recurso à doutrina penal, à jurisprudência e Súmulas dos Tribunais nas decisões permite às partes interessadas o conhecimento da cultura jurídico penal que inspirou o magistrado, bem como a impugnação da sua aplicação válida ao caso concreto através de recursos.

De qualquer forma, a dinâmica burocrática e o fato das acusadas estarem assistidas por advogados particulares ou por Defensores Públicos combativos na formulação de recursos ao tribunal, revelaram exigências substanciais dos magistrados com relação à fundamentação de suas decisões. A tabela a seguir, demonstra a combatividade dos advogados/Defensores diante das condenações das acusadas.

Tabela 26 Recurso de apelação defensivo

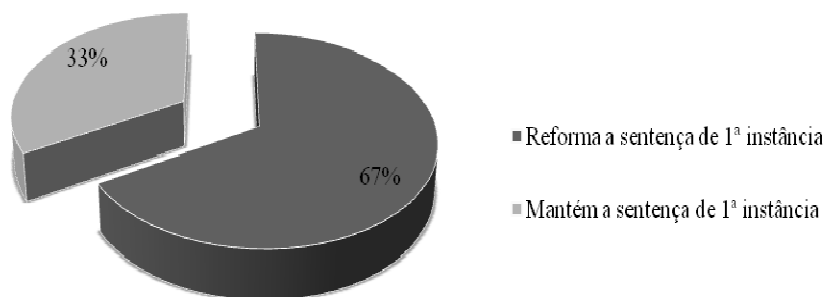
Recurso de Apelação (Defensivo)	Quant.	%
Sim	40	76
Não	6	12
Não se aplica (Absolvições)	6	12
Total	52	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa nas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

A marcante atuação dos advogados/Defensores forçou os magistrados à promoverem a estruturação de sentenças marcadas pelo desenvolvimento de um raciocínio claro, objetivo e coerente, inspirado pela legislação vigente, pela doutrina penal e pela jurisprudência num esforço para fortalecer a decisão e evitar sua reforma em instâncias superiores.

Ainda assim, verificamos que dos 40 recursos de apelação impetrados pela defesa das condenadas, 30 já haviam sido julgados pelo TJMG. Sendo que em 20 casos houve a reforma da sentença de primeira instância, seja para a absolvição da recorrente ou para a redução da pena definitiva aplicada, em razão do reconhecimento de causas de diminuição de pena ou da decotação do acréscimo decorrente de circunstâncias agravantes e causas de aumento de pena. Mas ressaltamos que em 10 casos a sentença recorrida foi mantida na íntegra pelo Tribunal, com a afirmação da improcedência das alegações da defesa em sede recursal.

Gráfico 6 Resultado dos recursos de Apelação (defensivo) julgados pelo TJMG



Fonte: Acórdãos proferidos pelo TJMG em julgamento dos recursos interpostos pela Defesa contra as sentenças estudadas proferidas 1ª e 4ª Varas Criminais e na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Contudo, registramos que na interpretação de alguns dispositivos da referida legislação que restringem a concessão de benefícios, como a liberdade provisória e a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, verificamos a dissonância com os entendimentos consolidados no Supremo Tribunal Federal. Pois, embora o STF tenha declarado a inconstitucionalidade das normas restritivas desses direitos por violação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da individualização da pena, prevaleceu entre os magistrados de Juiz de Fora o formalismo jurídico, pronto a justificar-se dentro de um legalismo, em detrimento de uma postura universalista de promoção da justiça material.

Destacamos que a postura linguística também é empregada com o intuito de demarcar a competência ao mesmo tempo social e técnica daqueles que a utilizam no espaço judicial. Ela também *“implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de fato dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental”* (BOURDIEU, 2006, p. 225). Isso explica porque a leitura das sentenças causa estranheza aos leigos e aos acusados que, muitas vezes, sentem grande dificuldade para compreender seja os termos próprios da linguagem técnico-jurídica ou corriqueiros para aqueles que detêm o *“habitus”* do campo jurídico, seja as expressões e palavras empregadas apenas como meio de demonstrar erudição. Além disso, a linguagem dos magistrados nas sentenças é delimitada pelo *“conhecimento desses atores da ordem institucional em que estão envolvidos, de modo a tornar essa interação ‘significativa’”* e ao invocar a ordem institucional desse modo eles contribuem para reproduzi-la (GIDDENS, 2003, p. 390).

Por fim, a abordagem sociológica da *“sentencing”* reconhece o caráter prático e intuitivo da tomada de decisão. Sudnow (*apud* MARTINS, 2011, p. 138), um dos primeiros

pesquisadores a trabalhar essa perspectiva, “*observou que a experiência profissional desenvolve saberes práticos e estratégicos, que são forjados no exercício desse meio*”. Observamos o recurso à experiência profissional e o recurso a um saber prático intuitivo principalmente nas sentenças de um dos magistrados do gênero feminino que se mostrou sensível às questões que envolvem a família e a proteção às crianças e adolescentes ao atribuir maior grau de reprovação à conduta de acusadas, cujas atividades de traficância eram desenvolvidas na residência compartilhada com filhos menores. Percebemos aqui a ideia de um magistrado ancorado numa prática profissional imersa no sentido social em detrimento do penal (PRATES, 2008). Outra observação relevante diz respeito ao fato de que grande parte dos juízos negativos sobre a personalidade das acusadas também foram formulados por um magistrado do gênero feminino, a indicar uma postura mais sensível às atitudes das acusadas durante a fase judicial. O que demonstra que dentre os fatores determinantes da condenação, os magistrados também sopesam o comportamento dos acusados nas audiências, segundo o qual os mesmos podem ser encarados como mais ou menos merecedores de um tratamento indulgente (DALY, 1989), revelando o caráter eminentemente subjetivo das decisões judiciais (PRATES FRAGA, 2006).

Nesse trabalho buscamos compatibilizar as abordagens tradicional e sociológicas da “*sentencing*”. Contudo, ressaltamos que a abordagem sociológica ficou um pouco comprometida, na medida em que não foi possível cobrir com maior alcance a categoria analítica elencada no referencial teórico. Em razão das dificuldades já relatadas na apresentação do desenho e da metodologia da pesquisa, não conseguimos entrada no campo para coleta de informações que permitissem a realização de inferências mais profundas sobre a cultura jurídica dos magistrados criminais da Comarca de Juiz de Fora no julgamento de mulheres envolvidas com o tráfico de drogas.

Sendo assim, nos limitamos a registrar nesse item nossas impressões a respeito da cultura jurídica sobre o combate ao tráfico de drogas decorrentes da observação de elementos inscritos nas sentenças estudadas. Ressaltamos que essa é uma categoria analítica complexa que suscita inúmeras questões que poderão ser objeto de trabalhos futuros para uma maior reflexão sobre a influência da cultura jurídica nas decisões judiciais.

CONCLUSÃO

Dados estatísticos disponibilizados pelo Ministério da Justiça brasileiro, através do Departamento Penitenciário Nacional apontam uma elevação de 256% na população carcerária feminina no período entre 2000 e 2012. Na revisão da literatura vimos que diversos estudos investigaram essa situação e, em sua maioria, apontaram a relação entre o crescente aprisionamento feminino e a maior inserção da mulher nos mercados ilícitos de drogas. Confirmando o incremento das prisões de mulheres por tráfico, dados da Subsecretária de Administração Prisional da Secretaria de Defesa Social de Minas Gerais mostram que, em julho de 2012, 39% das mulheres encarceradas na Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires em Juiz de Fora respondiam pela prática desse delito.

Vale registrar que a rigorosa política criminal brasileira inspirada no modelo norte-americano de guerra às drogas e o destaque conferido à persecução penal do tráfico atingiram tanto os homens, como as mulheres delinquentes. Porém, o impressionante incremento das prisões de mulheres por tráfico de drogas chama a atenção. Se antes os estudiosos formulavam hipóteses explicativas para a subrepresentação das mulheres nas estatísticas criminais fundadas em argumentos como diferenças biológicas, psicológicas e sociológicas entre os gêneros; a cifra negra decorrente do encobrimento da participação feminina criminosa; a discriminação por parte do Legislador na elaboração de leis penais orientadas para a persecução de condutas masculinas, do Judiciário no julgamento benevolente de mulheres delinquentes ou da polícia e da opinião pública na atribuição de pouca relevância aos desvios femininos; e, até mesmo, a não criminalização da prostituição (DI GENARO, 1975). Atualmente os pesquisadores buscam solucionar o problema do crescente aprisionamento de mulheres, fenômeno observado em todo o mundo. Sendo que o maior envolvimento de mulheres com o crime tem sido relacionado a fatores variados, como: mudanças legislativas e na gestão organizacional do crime associadas a respostas oficiais menos tendenciosas ou mais eficientes; políticas criminais mais punitivas que alcançam delitos menos graves; a *“igualdade de gênero e emancipação feminina”* que aumentaria as oportunidades para prática de crimes; a *“desigualdade de gênero”* com o aumento da marginalização econômica das mulheres que representaria maior pressão para o cometimento de crimes; o aumento da desorganização social das comunidades urbanas levando ao enfraquecimento do controle social e gerando estratégias adaptativas que incluem a criminalidade como solução para os problemas cotidianos; o estímulo ao consumismo com a ampliação das oportunidades para a prática dos crimes ditos tipicamente femininos; a maior

aceitação de mulheres em alguns grupos criminosos devido a mudanças recentes no submundo do crime; a dependência química que favorece o aumento da inserção das mulheres na criminalidade; a ocupação pelas mulheres dos espaços deixados pela prisão de infratores do sexo masculino que são mais visados pelos programas de prevenção (SCHWARTZ e STEFFENSMEIER, 2004); o desempenho de funções subalternas nas organizações criminosas (SOARES e ILGENFRITZ, 2002); e, por fim, a busca por reconhecimento, inclusão e visibilidade social através da afirmação de poder via criminalidade (GUEDES, 2006).

Com um enfoque muito específico, a pesquisa que produzimos aborda esse tema a partir da investigação da resposta do Sistema de Justiça Criminal às infrações perpetradas por mulheres envolvidas com o tráfico sob a vigência da Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas). Essa abordagem decorre da constatação da escassez de estudos sobre o processo decisório dos magistrados criminais brasileiros e foi orientada pelos aportes teóricos da “*sentencing*”, significativo instrumento de análise em estudos sobre a sentença judicial, a (im)parcialidade dos magistrados e a desigualdade nos julgamentos pela aplicação de penas díspares em casos semelhantes.

A partir da análise das sentenças proferidas pelos juízes criminais na Comarca de Juiz de Fora/MG, buscamos a identificação da lógica que orienta a tomada de decisão em processos de mulheres envolvidas com o tráfico e a identificação de como essa lógica opera a racionalização da cultura judiciária, das circunstâncias legais e extralegis relacionadas aos casos sob análise, buscando desvendar, por fim, os elementos determinantes do decreto condenatório e do *quantum* da pena fixada.

Sendo que nossa hipótese de pesquisa envolve o estudo dos condicionantes da prática judicativa dos magistrados e sua relação com o processo de racionalização de representações sociais que podem ser determinantes da parcialidade do Juiz, repercutindo em desigualdades dos Tribunais manifestas nas disparidades das penas.

Segundo Weber (1982) a tarefa da Sociologia Compreensiva do Direito relaciona-se ao estudo do comportamento dos indivíduos frente às normas vigentes, a identificação do grau de orientação destes por um conjunto de leis (ordem legítima) e do modo como eles as transformam. No desenvolvimento dessa tarefa, optamos por uma abordagem plurimetodológica da “*sentencing*” (MARTINS, 2011), conjugando os aportes metodológicos das abordagens sociológica e tradicional da teoria. Isto significa que empregamos de forma complementar o método qualitativo baseado na técnica de *análise de conteúdo de documentos*

(sentença criminal) e o método quantitativo, buscando elementos que ilustrem as reflexões acerca do conteúdo das decisões coletadas, haja vista a complexidade do objeto da pesquisa.

Na definição das categorias analíticas observamos as particularidades dos casos estudados. Sendo assim, na análise dos fatores legais, relacionados à gravidade do fato, dedicamos atenção ao processo discursivo de qualificação/tipificação da conduta incriminada; à configuração da materialidade e autoria do delito; ao reconhecimento pelos magistrados das circunstâncias atenuantes e agravantes; bem como das causas de aumento e diminuição da pena previstas na legislação brasileira. Enquanto na análise dos fatores extralegis, relacionados às características das acusadas, observamos as possíveis repercussões do gênero, da classe/origem social e da raça/etnia das acusadas sobre o juízo de reprovação da conduta. Também, nesse momento, consideramos as circunstâncias previstas no artigo 59 do CPB (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime); para, por fim, tecermos algumas considerações acerca da influência da cultura jurídica no processo decisório.

Antes de apresentarmos um esquema explicativo dos resultados da pesquisa, parece-nos relevante destacar as dificuldades enfrentadas para ingresso no campo e coleta dos documentos necessários (sentenças). Encontramos considerável resistência ao ingresso da pesquisadora no Sistema de Justiça Criminal e muitos foram os obstáculos a serem superados, a saber: a inexistência de um procedimento institucionalizado para autorização e realização de pesquisas acadêmicas no Judiciário; a desconfiança dos operadores do direito em relação àqueles que são de fora do “*meio*” associada ao argumento da necessária preservação do “*segredo de justiça*”; as limitações de pessoal e da infraestrutura forense que dificultou o acesso aos “*autos*” processuais findos, em sua maioria, enviados para o arquivo de feitos fora da Comarca; e, por fim, as limitações do sistema de gerenciamento do fluxo processual adotado pelo Tribunal que não fornece ferramentas para a localização dos “*autos*” de acordo com a modalidade de crimes e o gênero dos acusados, sendo necessária a busca manual e consulta de cada processo.

Assim, este trabalho só foi possível devido ao conhecimento prévio da dinâmica do sistema jurídico que contribuiu para a formulação dos questionamentos essenciais à pesquisa; para a superação da resistência inicial por parte dos operadores do direito; para a identificação de atalhos institucionais que possibilitaram a obtenção das autorizações necessárias para o ingresso no campo; bem como para a adaptação e flexibilização dos procedimentos de coleta dos dados às fontes disponíveis e aos limites diferenciados impostos pelos responsáveis pelas Varas estudadas.

Obtivemos autorização para a pesquisa na Vara de Execuções Criminais e em duas das quatro Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora/MG. Foram coletadas 39 sentenças, proferidas no período entre 2007 e 2012, em que figuraram 49 mulheres como acusadas pelos crimes previstos no “*Capítulo II*” da Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas), dentre as quais 03 mulheres apareceram em 02 sentenças diferentes, motivo pelo qual foram considerados 52 casos em conformidade com o objeto deste trabalho. Como na Vara de Execuções tramitam os processos relativos ao cumprimento das penas de todos os condenados internados nos estabelecimentos prisionais da cidade, esclarecemos que entre as sentenças coletadas nesta Vara haviam sentenças proferidas pelos Juízos das 04 Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora. Sendo assim, além das sentenças proferidas pelos Juízos da 1ª e 4ª Vara, também foi possível analisar algumas sentenças proferidas pelos Juízos da 2ª e 3ª Vara Criminal.

Na análise dos elementos determinantes do processo de tomada da decisão pelos magistrados nas sentenças de mulheres acusadas por tráfico, num modelo da tradição jurídica da *civil law*, percebemos a filiação a um sistema de orientação marcado pelo formalismo jurídico, pronto a justificar-se dentro de um legalismo, em detrimento de uma postura universalista de promoção da justiça material. Assim como a reprodução de uma cultura penal tácita, invisível, de conformidade quanto ao rigor no julgamento e condenação pelos crimes previstos na Nova Lei de Drogas.

A *práxis* dos magistrados e demais atores penais sofre grande influência da cultura jurídica moldada pela política criminal antidrogas brasileira, que hierarquiza o tráfico sobre os demais crimes, definindo-o como o principal ilícito a ser combatido. O cunho predominantemente punitivo dessa política é orientado pelos estereótipos do usuário e do traficante compartilhados e reproduzidos pelos atores do sistema (CARVALHO, 1997). Contudo, a diferenciação precária entre essas duas figuras na legislação vigente abre espaço para a subjetividade e discricionariedade na sua interpretação e aplicação ao caso concreto, influenciando nas negociações discursivas sobre a versão do fato a ser considerada no julgamento definitivo e, se for o caso, na fixação da pena.

Essa constatação decorre da análise do processo de *qualificação/tipificação penal da conduta das acusadas* em que observamos a similaridade entre a interpretação sobre a gravidade dos fatos realizada pelos policiais durante a prisão/investigação, do Ministério Público na denúncia e pelos magistrados na sentença. O que evidencia a presença de uma cultura penal compartilhada que controla a criminalização e uniformiza certos padrões de penalização, não obstante seja reconhecida a primazia do poder decisório dos magistrados (ROBERT, 2007).

Nas sentenças coletadas, consubstanciada a materialidade do crime e havendo provas ou mesmo indícios robustos da autoria, a qualificação/tipificação da denúncia é confirmada pelo magistrado, sendo que entre os casos estudados verificamos 88% de condenações e apenas 12% de absolvições. Quanto à constatação da autoria nas sentenças, verificamos que os magistrados se apoiam principalmente nos testemunhos dos policiais que efetuaram as prisões/investigações, ou seja, os responsáveis pela descrição inicial da conduta que permitirá, na fase judicial, sua interpretação para fins de tipificação como crime de tráfico. Constatamos, também, que 75% das acusadas buscaram evitar uma penalização recorrendo à negativa do fato, como instrumento de resistência à criminalização (ROBERT, 2007). Destacamos, ainda, que apesar de ser uma importante estratégia defensiva, a afirmação do porte para consumo próprio foi pouco empregada nos casos analisados. Sendo que em nenhuma das sentenças foi deferida a desclassificação do tráfico para o uso de entorpecentes, devido ao entendimento predominante de que uma conduta não exclui a outra.

A alteração da qualificação/tipificação da conduta inscrita na denúncia ocorre quando o juiz interpreta a norma penal se opondo ao entendimento do órgão acusador ou quando percebe a inexistência de acervo probatório ou apenas indícios não amparados por outras provas, gerando: 1. dúvida quanto à autoria, situação em que ocorre a absolvição, ou, ainda, 2. a alteração da qualificação/tipificação da conduta incriminada, situação em que o magistrado promove a readequação da conduta à norma, seja em favor ou em desfavor da acusada.

Nossos dados mostram que a maior ou menor severidade do juízo de reprovação da conduta para fins de condenação e fixação do *quantum* da pena depende da interpretação sobre a gravidade do fato que está atrelada à qualificação/tipificação penal da conduta, à quantidade e qualidade da droga apreendida (materialidade) e às circunstâncias que caracterizaram prática delituosa (agravantes/atenuantes e causas de aumento/diminuição da pena). Esses foram os elementos que determinaram as disparidades das penas.

Quanto à qualificação/tipificação da conduta ressaltamos que em 35% dos casos estudados ocorreu a condenação das acusadas pela prática de mais de um delito previsto na Lei nº. 11.343/2006, reconhecendo o chamado concurso de crimes, principalmente pela prática simultânea das condutas descritas nos artigos 33 (tráfico) e 35 (associação para o tráfico). A frequência da condenação por mais de um delito se deve à divisão de funções e ao *modus operandi* próprio dos mercados ilícitos de drogas que facilitam a visibilidade dos envolvidos pelos agentes policiais. Também está relacionada à atribuição de maior gravidade

ao fato, revelando por parte do magistrado uma interpretação da ação da acusada como mais lesiva à lei, justificando uma punição mais severa.

Destacamos que a condenação simultânea pela prática das condutas previstas nos artigos 33 e 35 da Lei nº. 11.343/2006 foi verificada nos casos de prisão das acusadas em associação, estável e permanente, com duas ou mais pessoas para a prática, reiterada ou não, do tráfico. Na maioria das sentenças estudadas esta associação ocorreu entre homens com quem essas mulheres tinham algum tipo de relacionamento íntimo revelando, assim, a relação entre os *papéis de gênero* e o ingresso na traficância. Apesar de ser uma estratégia defensiva útil, chamou nossa atenção o fato de que o encobrimento da participação feminina (DI GENARO, 1975) pelos demais coautores não foi um recurso empregado nas sentenças analisadas. A não utilização dessa estratégia defensiva está relacionada às funções frequentemente exercidas pelas mulheres nos mercados ilícitos de drogas, que não as afastam dos atos de execução e que, ao contrário, muitas vezes as deixam extremamente expostas à seleção punitiva sem possibilidade de resistência às ordens de prisão (D'ÉLIA FILHO, 2007). Verificamos que essas mulheres geralmente ocupam funções consideradas subalternas na estrutura do tráfico (SOARES e ILGENFRITZ, 2002), situação confirmada nas sentenças estudadas, em que 38% das condenadas foram presas pelo comércio de pequenas quantidades de entorpecentes⁸⁹ (“vapor”) e 23% das condenadas foram presas pelo transporte dessas substâncias (“mula/avião”). Funções de maior relevância, como “*dona de boca*”, “*gerente/caixa contabilidade*” e “*dona da droga*” apareceram em 25% dos casos. Já as funções de “*olheira/fogueteira*” e “*cúmplice*” apareceram em apenas 14% dos casos.

Quanto à quantidade e qualidade da droga apreendida como prova da materialidade do crime, observamos que essa categoria é um importante elemento da qualificação/tipificação da gravidade do delito. Isso porque, conforme a Lei nº. 11.343/2006 é um critério preponderante na distinção entre as figuras do usuário e do traficante (art. 42), aliado à análise do local e das condições da ação, das circunstâncias sociais e pessoais, da conduta e antecedentes da acusada (art. 28, §2º). Assim, a natureza e quantidade da droga, bem como a forma de acondicionamento, são elementos de grande importância na definição dos crimes da Lei de Drogas.

Lembramos que são muitas as críticas relacionadas à interpretação discricionária por parte dos magistrados sobre esses critérios que dependem da versão dos fatos inscrita nos “*autos*”, como uma construção social decorrente das interações entre os agentes do fluxo

⁸⁹ Em 17 dos 20 casos de mulheres condenadas como “vapor” a quantidade de entorpecentes apreendida esteve abaixo de 100,00g.

penal orientados pela experiência profissional, por categorias de conhecimento/significação que informam as práticas jurídicas de repressão ao tráfico de entorpecentes. Desta forma, em lugar da imparcialidade e objetividade, prevalece a subjetividade e a discricionariedade dos magistrados aliadas ao manejo de categorias provenientes de ordens simbólicas (RIBEIRO, 1999). Ademais, a cultura penal, aliada à política criminal antidrogas mais punitiva e à crescente burocratização das agências estatais de controle pode explicar a queda nos registros de flagrante por porte de drogas para consumo próprio (GRILLO *et al.*, 2011) e o crescimento das prisões de ambos os sexos pelo crime de tráfico devido a respostas oficiais mais eficientes contra esse delito. Sendo que a repercussão desse contexto é ainda maior sobre infratores do gênero feminino, em razão do enfraquecimento da benevolência no processo de incriminação anteriormente ligada aos estereótipos de gênero (SCHWARTZ e STEFFENSMEIER, 2004).

Registramos que em 64% dos casos estudados a quantidade de droga apreendida não ultrapassou 100,00 g. E conforme a interpretação do magistrado, a quantidade de entorpecentes pode ser considerada um indício da habitualidade no tráfico, da participação em organização criminosa ou de condição financeira para uma grande movimentação na traficância. Nesses casos são valoradas em conjunto esta e outras informações constantes no processo, como os antecedentes da acusada, para a exasperação das penas de reclusão e de multa numa reprovação mais severa.

Sobre a natureza da droga, percebemos nas sentenças uma maior reprovação da conduta diante da apreensão de cocaína ou o seu derivado – crack, consideradas pelos magistrados altamente nocivas aos usuários e à saúde pública, independente da quantidade apreendida. Isso demonstra a influência de elementos valorativos considerados em grau de importância pela cultura judiciária (VANHAMME e BEYENS, 2007) no contexto social de repressão ao consumo e ao tráfico de entorpecentes, determinando a hierarquização da cocaína/crack sobre as demais drogas, com a consequente aplicação de penas mais pesadas.

No tocante às circunstâncias legais que caracterizaram a prática delituosa, destacamos que a variação entre os patamares das penas atribuídas às condenadas nas sentenças está diretamente ligada ao reconhecimento pelo magistrado das agravantes/atenuantes e/ou causas de aumento/diminuição previstas na lei. Destacamos que em 33% dos casos as condenações pelo crime de tráfico (art. 33) foram fixadas em definitivo em patamar inferior à pena mínima de 05 anos. Isso decorre principalmente da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006. Em 14 % dos casos a pena definitiva se igualou ao mínimo legal porque os magistrados não reconheceram os critérios para aplicação da referida causa de diminuição. Além disso, mesmo

a existência de circunstâncias judiciais benéficas (art. 59 do CPB) e de circunstâncias atenuantes (arts. 65 e 66 do CPB) não resultou na imposição de sanção mais branda, devido à Súmula nº. 231 do STJ que impede que a redução da pena abaixo no mínimo legal pela incidência de circunstâncias atenuantes. Por fim, nos casos em que a pena definitiva foi superior ao mínimo legal o elemento determinante foi a incidência de causas de aumento do artigo 40 da Lei de Drogas, como o envolvimento de menores, o tráfico interestadual e realizado no interior de estabelecimento prisional.

Já as condenações pelo crime de associação para o tráfico são, em sua maioria, fixadas em patamar superior à pena mínima de 03 anos, em virtude da aplicação de causas de aumento da pena previstas no artigo 40 da Lei nº. 11.343/2006, principalmente quando é reconhecida a prática de tráfico interestadual e do emprego de violência, grave ameaça e arma de fogo. Outro critério que leva à fixação da pena acima do mínimo está relacionado com o reconhecimento de circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB) desfavoráveis às acusadas e circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62 do CPB), com destaque para a análise dos maus antecedentes criminais e da reincidência. No único caso em que a condenação pelo artigo 35 da Lei de Drogas foi fixada abaixo do mínimo legal verificamos o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no artigo 41 da Lei de Drogas relativa à delação premiada.

Em alguns dos casos estudados seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, mas esse benefício não foi concedido às acusadas nas sentenças. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionado pela inconstitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44 da Lei de Drogas por afronta ao princípio da individualização da pena, prevaleceu a afirmação dos preceitos do direito positivo, uma herança dos sistemas de orientação ligados à *civil law*.

Já na análise dos fatores extraleais, relacionados às características das acusadas, foi possível a realização de algumas inferências significativas sobre os determinantes da decisão, uma vez que as lógicas de racionalização dos magistrados e da instituição judiciária sofrem a influência de componentes morais e discriminatórios. Quanto à influência do gênero na condenação, em lugar da benevolência apontada pela literatura, encontramos indícios de uma discriminação negativa das mulheres que subvertem as expectativas associadas aos clássicos papéis de gênero. Ressaltamos que essa discriminação negativa pode não ser observada com tanta intensidade no julgamento de outros crimes, sendo decorrente da maior reprovação social e penal do tráfico em virtude da orientação punitiva da política criminal vigente. Essa discriminação é construída ao nível individual das interações na audiência, pela interpretação de aspectos sutis, como a conduta, a argumentação e o vocabulário das acusadas, em

associação com a avaliação do grau de culpa/responsabilidade e de periculosidade (VANHAMME e BEYENS, 2007).

Embora as sentenças não contemplem expressamente a categoria referente à posição social das acusadas por tráfico, verificamos a predominância de uma situação de fragilidade socioeconômica, caracterizada pelo desemprego ou pela ocupação de funções que não exigem habilitação profissional clássica e de reduzido prestígio social. Em geral, atividades exercidas sem vínculo empregatício formal. Quanto ao grau de instrução, observamos que grande parte das sentenciadas possuem baixa escolaridade, tendo cursado apenas o ensino fundamental. Muitas vezes, o componente trabalho foi mencionado pelas acusadas nas sentenças como mecanismo para delimitação de um *status moral*, mas não social. Isso porque a criminalização das condutas ligadas ao tráfico, em especial, é tradicionalmente voltada para a persecução penal dos pobres (BATISTA, 2001; WACQUANT, 2003).

Como qualquer forma de discriminação racial é criminalizada em nosso país, por óbvio, nas sentenças analisadas não encontramos elementos que pudessem explicitar a repercussão da categoria cor/raça na disposição dos magistrados criminais pela condenação ou na aplicação de penas díspares. De todo modo, lembramos que, se existente, a discriminação pela origem étnica da acusada se constrói em cada caso concreto a partir das interações na audiência. Portanto, a análise adequada dessa variável só poderia ser desenvolvida através da metodologia da observação participante nas audiências e não através da empregada neste trabalho. Sendo assim, indicamos como uma interessante hipótese para pesquisas futuras a investigação sobre a possível relação entre gênero, cor/raça e o *quantum* de pena aplicada nas sentenças condenatórias, bem como “se” e “como” a variável cor/raça pode influenciar o processo de tomada de decisão gerando disparidades nas penas.

Vimos, ainda, que em razão do princípio constitucional da individualização da pena os magistrados brasileiros podem recorrer à análise das características das acusadas e da conduta ilícita praticada previstas no artigo 59 do CPB para realizar a dosimetria da pena. Se não forem reconhecidas circunstâncias desfavoráveis à acusada, a pena é fixada no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão para o crime de tráfico e 03 anos de reclusão para o crime de associação. Contudo, se forem reconhecidas circunstâncias desfavoráveis elas serão consideradas em conjunto para delimitar o *quantum* de majoração da pena. Na análise das sentenças identificamos a predominância da circunstância referente aos maus antecedentes criminais como determinante de um aumento mais gravoso, estes também são apreciados na concessão diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas; na decretação ou

manutenção da prisão preventiva, bem como na concessão ou não do direito de recorrer em liberdade.

Sendo certo que a disparidade das penas atribuídas a condenadas em situações semelhantes decorre da interpretação dos magistrados sobre as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso *sub judice*, que é influenciada pelo sistema de orientação, pela cultura jurídica penal e pela experiência profissional do sentenciante, bem como pelos valores e “*habitus*” que informam sua prática judicativa e pela função/significação que o mesmo imprime ao seu ofício. Sendo assim concluímos ser impossível afirmar a imparcialidade dos Tribunais.

Por fim, ressaltamos que devido às dificuldades já relatadas, não conseguimos entrada no campo para coleta de informações que permitissem a realização de inferências mais profundas sobre a cultura jurídica dos magistrados criminais da Comarca de Juiz de Fora no julgamento de mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. Sendo assim, nos limitamos a registrar nossas impressões a respeito da cultura jurídica dos magistrados penais decorrentes da observação de elementos inscritos nas sentenças estudadas. Ressaltamos que essa é uma categoria analítica complexa que suscita inúmeras questões que poderão ser objeto de trabalhos futuros para uma maior reflexão sobre a influência da cultura jurídica nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ADORNO, S. (1996) **Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa.** Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.
- ALMEIDA, P. R. (2003) **A política criminal antidrogas no Brasil: tendência deslegitimadora do Direito Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 131, 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4486>>. Acesso em: 07/01/2012.
- ALMEIDA, R. O. (2001). **Mulheres que matam: universo imaginário do crime no feminino.** Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- ALMEIDA, S. S. (1997) Violência de gênero: impasses e perspectivas metodológicas. *In: MARTINS, A. C.; HENRÍQUEZ, B. A. (Org.) Serviço Social no Feminino.* Lisboa: CPIHTS, 1997.
- ALVAREZ, M. C. (2004) **Controle Social: notas em torno de uma noção polêmica.** São Paulo em Perspectiva, 18(1): 168-176.
- ARRUDA, S. M. (2007). **Drogas: aspectos penais e processuais penais.** São Paulo: Método.
- ARZABE, F. M.; MENDOZA, H. K. (1999) **Tratado sobre La sentencia.** Druk: La Paz.
- ASHWORTH, A. (2005) **Sentencing and Criminal Justice.** 4ª ed. Nova York: Cambridge University Press.
- _____. (2007) Sentencing. *In: MAGUIRE, M. et al. (Ed.). The Oxford Handbook of Criminology.* 4ª ed. New York: Oxford University Press, p. 991-1021, 2007.
- BANKS, C. (2009) **Criminal justice ethics: theory and practice.** 2º ed. Los Angeles: SAGE, 2009.
- BARATTA, A. (1999) O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. *In: Criminologia e Feminismo.* Porto Alegre: Sulina, 1999, p.19-80.
- BARROSO, A. S. (2006) **Positivismo Jurídico: Artigo 16 da Lei 6.368/76 e o Princípio da Insignificância** Posição do STF. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/positivismo-juridico-artigo-16-da-lei-6-368-76-e-o-principio-da-insignificancia-posicao-do-stf/755/>>. Acesso em: 30/01/2012.
- BASTOS, P. R. S. (2010) **Criminalidade feminina: estudo do perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires – Juiz de Fora (MG)/2009.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 81, 01/10/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8444>. Acesso em: 02/10/2011.
- BAUMAN, Z. (1998) **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BEATO FILHO, C. C. (1998) **Determinantes da Criminalidade em Minas Gerais.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 13, nº. 37. Belo Horizonte.
- BEATO FILHO, C. C.; REIS, I. A. (2000) **Desigualdade, Desenvolvimento Sócio-econômico e Crime.** *In: Desigualdade e Pobreza no Brasil.* 1 ed. Rio de Janeiro: IPEA, 2000, p. 385-405.
- BECKER, H. S. (2008) **Outsiders: estudos de sociologia do desvio.** Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

- _____. (1977) **Uma Teoria da Ação Coletiva**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.
- BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. (2004) **A construção social da realidade: um livro sobre a sociologia do conhecimento**. Trad. Ernesto de Carvalho. 2. ed., Lisboa: Dinalivro.
- BISSOLI FILHO, F. (2009) **Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR.
- BONJARDIM, E. C.; MACIEL, A. C. (2006) **A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira**. Revista da Faculdade de Direito (São Bernardo do Campo), São Caetano do Sul, v. 3, p. 186-210, 2006.
- BOURDIEU, P. (2006) **O poder simbólico**. 9ª ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- _____. (1994) Esboço da teoria da prática. In: BOURDIEU, P. **Sociologia**. (Coleção Grandes Cientistas Sociais) (Org.) ORTIZ, Renato. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1994, p.46-81.
- _____. (2000) **La dominación masculina**. Trad. Joaquín Jordá. Editorial Anagrama, Barcelona.
- BOX, S. (1987). **Recession, crime, and punishment**. London: Macmillan.
- BOX, S.; HALE, C. (1985). **Unemployment, imprisonment, and prison overcrowding**. Contemporary Crises, 9, 209–228.
- BRANDÃO, C. (2008) **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense.
- BRASIL. (1940) **Código Penal**. Decreto-lei nº. 2848, 07 de dezembro de 1940.
- _____. (1941) **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.
- _____. (2011) **Censo Demográfico de 2010**. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, dados referentes aos municípios do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/total_populacao_minas_gerais.pdf>. Acesso em: 30/09/2011.
- _____. (2011) **Ministério da Justiça**. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Nacional de Informação Penitenciária, InfoPen. Dados do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/DPDC/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 30/09/2011.
- BRAUNSTEIN, H. R. (2007). **Mulher encarcerada: trajetória entre a indignação e o sofrimento por atos de humilhação e violência**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, SP.
- BRODEUR J.-P. (1993) **La pensée postmoderne et la criminologie**. Criminologie, vol. 26, nº. 1, p. 73-121.
- BRUNO, A. (1967). **Direito Penal**. T. III. Rio de Janeiro: Forense.
- BRUM, N. B. (1980) **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BUDÓ, M. D. (2008) **O espetáculo do crime no jornal: da construção social da criminalidade à relegitimação do Sistema Penal**. Congresso Latino-Americano de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos. Universidade Federal de Santa Catarina. Agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo41.pdf>>. Acesso em: 30/10/2010.

- CÂMARA, G. *et al.* (2004) **Análise Espacial de Áreas**. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Cap. 5. São José dos Campos, SP.
- CAPEZ, F. (2005) **Curso de direito penal: parte geral**. v.1; São Paulo: Saraiva.
- _____. (2007) **Curso de direito penal: legislação especial penal**. v.4, São Paulo: Saraiva.
- CARNELUTTI, F. (2004) **Lições sobre o processo penal**. Campinas: Bookseller.
- CARVALHO, F. O. (2007) **Desenvolvimento, mulheres e criminalidade: uma análise dos relatos das presidiárias detidas por envolvimento com tráfico de drogas na Cadeia Pública de Montes Claros/MG**. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Montes Claros. Montes Claros, MG.
- CARVALHO, S. (1997) **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização**. Rio de Janeiro: Luam.
- _____. (2008) **A política de guerra às drogas na América Latina entre o Direito Penal do inimigo e o Estado de exceção permanente**. Revista Panóptica, Núm. 11, Fevereiro/2008, p. 164-177.
- CASTRO, L. A. (1983) **Criminologia da Reação Social**. RJ : Ed Forense.
- CASTRO, M. S. M.; *et al.* (2004) **Regionalização como estratégia para a definição de políticas públicas de controle de homicídios**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 20(5):1269-1280, set-out, 2004.
- CHESNEY-LIND, M. (1986) **Women and Crime: the female offender**. Signs, Vol. 12, No. 1 (Autumn, 1986), pp. 78-96.
- CICOUREL, A. V. (1968) **The Social Organization of Juvenile Justice**. New York, John Wiley & Sons, Inc.
- CLARKE, S. H.; KOCH, G. G. (1976). **The influence of income and other factors on whether criminal defendants go to prison**. Law and Society Review, 11, 57-92.
- CLOWARD, R.A.; OHLIN, L. (1960) **Delinquency and Opportunity**. London: Routledge & Kegan Paul.
- COHEN, A.K. (1955) **Delinquent Boys**. London: Routledge & Kegan Paul.
- COHEN, L. E.; FELSON, M. (1979). **Social Change and Crime Rate Trends: a routine activity approach**. American Sociological Review, v. 44, n. 4 (Aug., 1979), pp. 588-608.
- COLARES, L. B. C.; CHIES, L. A. B. (2010) **Mulheres nas so(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos**. Estudos Feministas, Florianópolis, 18(2): 352, maio-agosto/2010.
- CORRÊA, M. (1981) **Os crimes da paixão**. São Paulo: Editora Brasiliense.
- _____. (1983) **Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais**. Rio de Janeiro: Graal.
- CHRISTIE, N. (1998) **A indústria do controle do crime**. Rio de Janeiro: Forense.
- CURRY, T.; LEE, G.; RODRIGUEZ, S. (2004). **Does victim gender increase sentence severity? Further explorations of gender dynamics and sentencing outcomes**. Crime and Delinquency, 50, 319-343.
- DALY, K. (1987) **Discrimination in the Criminal Courts: family, gender, and the problem of equal treatment**. Social Forces, vol. 66, nº. 1 (Sep., 1987), p. 152-175 Published by: Oxford

University Press Stable. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2578905>>. Acesso em: 12/02/2012.

DALY, K.; BORDT, R. L. (1995) **Sex effects and sentencing**: an analysis of the statistical literature. *Justice Quarterly*, 12:1, 141-175

DE CASTRO, L. A. (1983) **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense.

D'ELIA FILHO, O. Z. (2007) **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Reavan.

DEMUTH, S.; STEFFENSMEIER, D. (2004). **Ethnicity effects on sentencing outcomes in large urban courts**: comparisons among white, black, and hispanic defendants. *Social Science Quarterly*, 84, 994-1011.

DIAS, M. B. (2007) **Lei Maria da Penha, afirmação da igualdade**. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 15 Out./2007. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/29068>. Acesso em: 18 nov. 2007

DIEDRICH, L. F. (2000) **Um estudo sobre o art. 16 da Lei de Tóxicos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1020>>. Acesso em: 07/03/2012.

DI GENNARO, G. (1975) Velhas e novas hipóteses sobre a criminalidade feminina. *In*: FERRACUTI, F. (Org). **Temas de Criminologia**. São Paulo: Resenha Universitária, 1975, v. 1, p. 93-115.

DURKHEIM, E. (1983) **Lições de sociologia: a Moral, o Direito e o Estado**. Trad. Damasco Penna. São Paulo: T. A. Queiroz/Edusp.

_____. (1999) **Da divisão social do trabalho**. São Paulo: Martins Fontes.

_____. (2007) **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes.

ESPINOZA, O. (2002) **A Prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista**. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 1 (1), p. 35-39, Jan-Dez/2002.

FARIA, T. D. (2010) **A mulher e a criminologia**: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Jun./2010. Fortaleza, CE, p. 6067-6076.

_____. (2008) **Mulheres no Tráfico de Pessoas**: vítimas e agressoras. *Cadernos Pagu*, n. 31, p. 151-172.

FERNANDES, A. S. (2002) **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERRAJOLI, L. (2002) **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Fauzi Hassan Choukr e outros, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FERREIRA, M. R. N. P. (2005) **Gênero e crime**: um olhar sobre o perfil da população carcerária do estado do Paraná no período de 1998 a 2005. Monografia (especialização). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, PR.

FORTE, F. A. P. (2007) **Racionalidade e legitimidade da política de repressão ao tráfico de drogas**: uma provocação necessária. *Estud. av.* [online]. 2007, vol.21, n.61, pp. 193-208. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000300013>>. Acesso em: 19/12/2011.

FOUCAULT, M. (1987) **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes.

_____. (1999) **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora.

FRAGA, P. C. P. (2007) **A Geopolítica das Drogas na América Latina**. Em Pauta (Rio De Janeiro), v. 10, p. 83-105, 2007.

FRAGOSO, H. C. (2006) **Lições de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense.

FRANCO, M. L. P. B. (2004) **Representações sociais, ideologia e desenvolvimento da consciência**. Cadernos de Pesquisa. [online]. 2004, vol.34, n.121, pp. 169-186. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742004000100008>>. Acesso em: 01/07/2011.

FRANKLIN, C. A.; FEARN, N. E. **Gender, race, and formal court decision-making outcomes: chivalry/paternalism, conflict theory or gender conflict?** Journal of Criminal Justice, v. 36, 2008, p. 279–290.

GAIO, A. M. (2008) **A Criminalidade em Juiz de Fora**. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2008. Disponível em: <<http://www.acesa.com/cidade/arquivo/jfhoje/2008/10/16-criminalidade/>> Acesso em: 09/11/2011.

GARLARD, D. (1990) **Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory**. Chicago, The University of Chicago Press.

_____. (1999) **As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico**. *Rev. Sociol. Polit.* [online]. 1999, n.13, pp. 59-80. ISSN 0104-4478. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44781999000200006>>. Acesso em: 15/10/2011.

_____. (2008) **A cultura do controle**. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 16). Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia.

GOFFMAN, E. (1988) **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan.

GOMES FILHO, A. M. (2001) **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GENRO FILHO, A. (1987) **O segredo da pirâmide: para uma teoria marxista do jornalismo**. Porto Alegre: Tchê.

GIBBS, J.P. (1966) **Conceptions of Deviant Behaviour: the old and the new**. Pacific Sociol. Rev. Spring.

GIDDENS, A. (1991) **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP.

_____. (2003) **A constituição da sociedade**. Trad. Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes.

GOMES, L. F. (2006) **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9180>>. Acesso em: 08/03/2012.

GRAWITZ, M. (2001) **Méthodes des sciences sociales**. 11ª ed. Paris: Dalloz.

GRILLO, C. C. *et al.* (2011) **A "dura" e o "desenrolo": efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro**. *Rev. Sociol. Polit.* [online]. 2011, vol.19, n.40, pp. 135-148. ISSN

0104-4478. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782011000300010>>. Acesso em: 30/01/2012.

GUEDES, M. A. (2006). **Intervenções psicossociais no sistema carcerário feminino**. *Psicologia ciência e profissão*, 26(4), p. 558-569.

HAGAN, J. (1974). **Extra-legal attributes and criminal sentencing: an assessment of a psychological viewpoint**. *Law and Society Review*, 8, 357-383.

HEIDENSOHN, F. (2010) **The deviance of women: a critique and an enquiry**. *In: British Journal of Sociology*, vol. 61, p. 111-126.

HERRINGTON, V.; NEE, C. (2005) **Self-perceptions, masculinity and female offenders**. *Internet Journal of Criminology*.

HIRSCHI, T. (1969) **Causes of Delinquency**. Berkeley: University of California Press.

IULIANELLI, J. A. S. (2005) Brasil rural: cannabis e violência. *In: IULIANELLI, J.A.S. et al. (Org.). Uma guerra sem sentido: drogas e violência no Brasil*. Rio de Janeiro/Amsterdan: Transnational Institute, 2005, p. 7-16.

IZUMINO, W. P. (2003) **Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero**. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, SP.

JEFFRIES, S.; FLETCHER, G.; NEWBOLD, G. (2003). **Pathways to sex-based differentiation in criminal court sentencing**. *Criminology*, 41, 329-353.

JODELET, D. (1989) **Représentations sociales: un domaine en expansion**. *Les Représentations Sociales, Collection sociologie d'aujourd'hui*, Presses Universitaires de France, Paris.

KANT DE LIMA, R. (1995) **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Forense.

_____. (2007) **Direitos Civis e Direitos Humanos no Brasil: uma tradição judiciária pré-republicana?** *In: KANT DE LIMA, R. Ensaios de Antropologia e de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

KELSEN, H. (1974) **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado.

KLECK, G. (1981). **Racial discrimination in criminal sentencing: a critical evaluation of the evidence with additional evidence on the death penalty**. *American Sociological Review*, 46, 783-805.

KRAMER, J.; STEFFENSMEIER, D. (1993). **Race and imprisonment decisions**. *Sociological Quarterly*, 34, 357-376.

LAVILLE, C.; DIONNE, J. (1999) **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Trad. Heloisa Monteiro e Francisco Settineri. Porto Alegre: Artmed. Belo Horizonte: Editora UFMG.

LEMERT, E. M. (1951) **Social pathology**. New York, Mc Graw Hill.

LEMGRUBER, J. (1983) **Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. Rio de Janeiro: Edições Achiamé.

LIEBMAN, E. T. (2005) **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros.

LIPPI, C. S. (2010) **A política externa norte-americana para a criminalização do tráfico de drogas pelo TPI**. *In: Encontro Regional de História da ANPUH-Rio: Memória e*

Patrimônio, 2010, Rio de Janeiro. Anais do XIV Encontro Regional de História da ANPUH-Rio: Memória e Patrimônio. Rio de Janeiro: NUMEN, 2010.

LUCAS, L. A. P. (2010) **Análise das ocorrências de crimes contra a pessoa e crimes violentos na cidade de Juiz de Fora/MG entre 2005 e 2008**. Dissertação (Mestrado). Escola Nacional de Ciências Estatísticas do Instituto Brasileiro e Geografia e Estatística (ENCE/IBGE). Rio de Janeiro, RJ.

MARQUES, J. F. (1998) **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, v.1, 2 e 3.

MARTINS, R. S. (2011) **As microlitigiosidades da atividade adjudicante nos crimes de estupro: um estudo da sentencing de um tribunal do interior da Bahia**. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ.

MARY Ph. (2001) **Pénalité et gestion des risques: vers une justice “actuarielle” en Europe?**. *Déviance et société*, vol. 25, nº. 1, p. 33-51.

MEAD, M. (1979) **Sexo e Temperamento: em três sociedades primitivas**. Coleção Debates. São Paulo: Editora Perspectiva.

MEROLLA, D. (2008) **The War on Drugs and the Gender Gap in Arrests: a critical perspective**. *Critical Sociology*, 2008 34: 255

MISSE, M. (1999) **Malandros, marginais e vagabundos: a acumulação social da violência no rio de janeiro**. Tese (Doutorado). Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, RJ.

_____. (2003). O movimento: a constituição e reprodução das redes do mercado informal ilegal de drogas a varejo no Rio de Janeiro e seus efeitos de violência. *In: BAPTISTA, M.; CRUZ, M. S.; MATIAS, R. (orgs.). Drogas e pós-modernidade*. V. 2. Rio de Janeiro: UERJ.

_____. (2010) **Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria bandido**. *Lua Nova*, São Paulo, nº. 79, p. 15-38.

_____. (2010a) **Violência, drogas e sociedade**. *In: FRAGA, P. C. P. (Org.) Crimes, drogas e políticos*. Ilhéus: Editus, p. 15-32.

MISSE, M.; VARGAS, J. D. (2007) **O fluxo do processo de incriminação no Rio de Janeiro na década de 50 e no período 1998-2002**. XIII Congresso Brasileiro de Sociologia. Desigualdade, Diferença e Reconhecimento. UFPE, 2007. Disponível em: <http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1353&Itemid=171>. Acesso em: 30/07/2011.

MOKI, M. P. (2005). **Representações sociais do trabalho carcerário feminino**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, SP.

MOLINA, A. G-P.; GOMES, L. F. (2002) **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Ed.

MORAES, A. (2003) **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas.

MORAIS. P. (2005) **Drogas: Criminalização, Alternativas e Tendência Legislativa Brasileira**. CRISP - Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, 2005. p.1-15. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/art_drogas_criminalizacao.pdf>. Acesso em: 09/03/2012.

MOREIRA, C. L. (2007) **Aspectos da criminalidade feminina**. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 40, 30/04/2007 [Internet]. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4088>. Acesso em 14/01/2012.

MOREL, R.; PESSANHA, E. (2007) **Justiça do Trabalho**. Revista Tempo Social, 19 (2), novem/ 2007.

MOTT, L. (s/d). **Teoria Antropológica e Sexualidade Humana**. (Artigo). Disponível em:<<http://www.antropologia.ufba.br/artigos/teoria.pdf>>. Acesso em: 20/06/2011.

MYERS, M. A.; TALARICO, S. M. (1986). **Urban justice, rural injustice? Urbanization and its effect on sentencing**. Criminology, 24, 367–390.

_____. (1987) **The Social Contexts of Criminal Sentencing**. New York: Springer-Verlag.

NOBILING, T.; SPOHN, C.; DELONE, M. (1998). **A tale of two counties: unemployment and sentence severity**. Justice Quarterly, 15, 459–485.

NOVAES, E. D. (2010) **Uma reflexão teórico-sociológica acerca da inserção da mulher na Criminalidade**. Revista Sociologia Jurídica, n. 10 (Jan./Jun).

NUCCI, G. S. (2007) **Código penal comentado**. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, M. B. (2006) **Crime invisível: mudança de significados da violência de gênero no Juizado Especial Criminal**. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP.

PARSONS, T. (1954) **Essays in Sociological Theory**. rev. edn.

PIMENTEL, E. (2008) **Criminologia e feminismo: um casamento necessário**. 2008. (Apresentação de Trabalho/Comunicação). VI CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA, Jun./2008.

PINTO FERREIRA, L. (1983) **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva.

PIRES A. P. (1993) **La criminologie et ses objets paradoxaux: réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme**. Déviance et Société, vol. 17, n°. 2. pp. 129-161.

PIRES, A. P.; CAUCHIE, J.-F. (2011) **Um caso de inovação acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas**. *Rev. direito GV* [online]. 2011, vol.7, n.1, pp. 299-330. ISSN 1808-2432. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322011000100015>>. Acesso em: 03/01/2012.

PRATES FRAGA, F. (2006) **Quod non est in actis, non est in mundo? Hermetismo, abertura e os usos da lei na justiça penal**. Dissertação (Mestrado). Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro: RJ.

_____. (2008) **Le jugement comme pratique sociale. Papier synthèse dirigé par Françoise Vanhamme**. Montreal (texto não publicado).

PRIORI, C. (2011). **Mulheres Detentas: o exemplo da Penitenciária Feminina do Paraná (1970-1995)**. Anais. Textos Completos do V Congresso Internacional de História, v. 1, p. 2723-2730.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. (2008)

QUINNEY, R. (1977). **Class, state, and crime**. New York: David McKay.

RATTON, J. L.; *et al.* (2011) **Crime e gênero: controvérsias teóricas e empíricas sobre a agência feminina.** XV Congresso Brasileiro de Sociologia. Curitiba, PR: 2011.

RIBEIRO, C. A. C. (1999) **As práticas judiciais e o significado do processo de julgamento.** *Dados* [online]. 1999, vol. 42, n.4, pp. 691-727. ISSN 0011-5258. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581999000400003>>. Acesso em: 02/08/2011.

RIBEIRO, L. (2010) **A produção decisória do Sistema de Justiça Criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do Estado de São Paulo entre 1991 e 1998.** *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 53, n. 1, 2010, pp. 159 a 193.

RIBEIRO, L. M. L. (2003) **Análise da política penitenciária feminina no estado de Minas Gerais: o caso da Penitenciária Industrial Estevão Pinto.** Dissertação (Mestrado) - Escola de Governo João Pinheiro. Belo Horizonte, MG.

RIBEIRO, L.; SILVA, K. (2010) **Fluxo do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro: um balanço da literatura.** *Cadernos de Segurança Pública*, Ano II, n. 1. Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/revista/download/Rev20100102.pdf>>. Acesso em: 07/08/2011. p. 14-27.

RIBEIRO, M. L. L. (2009) **A administração da justiça criminal na cidade do Rio de Janeiro: uma análise dos casos de homicídio.** Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: IUPERJ.

RICOEUR, P. (2008) **O justo, vol. 1 - A justiça como regra moral e como instituição.** São Paulo: WMF Martins Fontes.

RITA, R. P. S. (2006). **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana.** Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, GO.

ROBERT, Ph. (2007) **Sociologia do Crime.** Trad. Luiz Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Editora Vozes. RJ.

ROBERT, Ph., *et al.* (1972) **Les attitudes des juges à propos des prises de décision: pré-recherche exploratoire.** Ministère de La Justice: direction des affaires criminelles et des grâces. Service d'Estudes Penales et Criminologiques.

SABOURIN, P. (2006). L'analyse de contenu. *In:* GAUTHIER, B. (Dir.) **Recherche sociale : de la problématique à la collecte dès donnés.** Québec: Presses de l'Université Du Québec, 2006, p. 357-385.

SADEK, M. T. (1998) **Corpo e alma da magistratura brasileira.** (Resenha) *Revista brasileira de Ciências Sociais* [online], 1998, vol.13, n.38. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091998000300011>>. Acesso em: 20/09/2011.

SADEK, M. T.; *et al.* (2006) **Magistrados: uma imagem em movimento.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV.

SAMHSA (2004) **Overview of Findings from the 2003 National Survey on Drug Use and Health.** US Department of Health and Human Services: Rockville.

SÁNCHEZ, M. N. (2004) **La mujer en la teoría criminológica.** *Revista La Ventana*, n. 20, p. 240-266.

SANTOS, J. C. (1997) Anatomia de uma criminologia crítica. *In:* BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Revan, p. 9-28.

_____. (1985) **Direito Penal: a nova parte geral.** Rio de Janeiro, Forense.

SANTOS, J. C. (2005) **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Júris.

SANTOUCY, L. B.; *et al.* (2010). **A compreensão dos operadores de direito do Distrito Federal sobre o usuário de drogas na vigência da nova lei**. *Psicol. Reflex. Crit.* [online]. 2010, vol.23, n.1, pp. 176-185. ISSN 0102-7972. Disponível em:<<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-79722010000100021>>. Acesso em: 28/02/2012.

SCHWARTZ, J; STEFFENSMEIER, D. (2004) **Contemporary Explanations of Women's Crime**. *In: The Criminal Justice System and Women: offenders, prisoners, and workers*. New York: McGraw-Hill, 3ed, 2004.

SEWELL JR., W. H. (1992) **A Theory of Structure: duality, agency, and transformation**. *American Journal of Sociology*, vol. 98, n.º. 1 (Jul., 1992), pp. 1-29. The University of Chicago Press. Disponível em:<<http://www.jstor.org/stable/2781191>>. Acesso em: 01/03/2012.

SILVA, E. V. (2010) **A lei nº. 11.343/2006: procedimento penal e policial acerca do usuário de drogas ilícitas**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-lei-11-343-06-e-o-procedimento-penal/35400/>>. Acesso em: 13/02/2012.

SMART, C. (2008) **Criminological theory: its ideology and implications concerning women**. *In: EVANS, K.; JAMIESON, J. (Org.). Gender and Crime: a reader*. Open Universit Press: 2008 (p. 5-15).

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I. (2002) **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond.

SOARES, B. M. (2002) **Retrato das Mulheres Presas no Estado do Rio de Janeiro, 1999/2000**. *Boletim Segurança e Cidadania*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-8.

SOIHET, Rachel. (1989) **Condição feminina e formas de violência: mulheres pobres e ordem urbana, 1890-1920**. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

SOUZA, K. O. J. (2009) **A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas**. *Revista Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 14, n. 4, p. 649-657 (out./dez.).

SOUZA SANTOS, B. *et al.* (1996) **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. 2ª Ed. Porto: Edições Afrontamento.

SOUTO, C. (1989) **Magistratura Brasileira e ideologia formalista**. *Revista Sequência* n.º 19, UFSC, dez/89, p. 09-36.

SPOHN, C. (2000). **Thirty years of sentencing reform: the quest for a racially neutral sentencing process**. *In: National Institute of Justice (Ed.), Criminal justice 2000 (Vol. 3, pp. 427–501)*. Washington, DC: National Institute of Justice.

SPOHN, C.; BEICHER, D. **Is Preferential Treatment of Female Offenders a Thing of the Past? A Multisite Study of Gender, Race, and Imprisonment**. *Criminal Justice Policy Review*, Jun. 1, 2000, p. 149-184.

SPOHN, C. C.; HOLLERAN, D. (2000). **The imprisonment penalty paid by young, unemployed Black and Hispanic male offenders**. *Criminology*, 38, 281–306.

SPOSATO, K. B. (2007) **Mulher e Cárcere: uma perspectiva criminológica**. *In: A mulher e o Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense.

STEFFENSMEIER, D. J. (1980) **Sex Differences in Patterns of Adult Crime, 1965-1977**. *Social Forces* 58, no. 4 (June 1980): 1080-1109.

- STEFFENSMEIER, D.; ALLAN, E. (1996) **Gender and Crime: toward a gendered theory of female offending.** *In: Annual Review of Sociology*, Vol. 22, pp.459-487.
- STEFFENSMEIER, D.; ULMER, J.; KRAMER, J. (1998). **The interaction of race, gender, and age in criminal sentencing: the punishment cost of being young, black and male.** *Criminology*, 36, 763–798.
- STRECK, L. (2000) **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica de construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- TARUFFO, M. (2005) La motivazione della sentenza. *In: MARINONI, L. G. (Org). Estudos de direito processual civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 166-174.
- THOMAS, W. I. (1897) On a Difference in the Metabolism of the Sexes. *In: American Journal of Sociology*, vol. 3, p. 31-63, 1897. Disponível em: <http://www.brocksu.ca/MeadProject/Thomas/Thomas_1897.html>. Acesso em: 21/12/2011.
- THOMPSON, A. (1998) **Quem são os criminosos.** Rio de Janeiro: Lumen Júris.
- THRASHER, F. (1927) **The Gang.** Chicago: University of Chicago Press.
- TOURINHO FILHO, F. C. (2001) **Processo penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, v.1 a v.4.
- VANHAMME, F. (2005) **La rationalité de la peine. Une approche sociocognitive des tribunaux correctionnels.** [Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en criminology] Bruxelles, U.L.B., Faculté de droit, Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil.
- _____. (2006) **La rationalité de la peine. Une approche sociocognitive des tribunaux correctionnels.** *Revue de droit pénal et de criminologie*, Toronto: 154-167.
- VANHAMME, F.; BEYENS, K. (2007) **La recherche em sentencing: um survol contextualisé.** *Deviance et Societé*, 31: 199 – 228.
- VARGAS, J. D. (2000) **Crimes sexuais e sistema de justiça.** São Paulo: IBCCrim.
- _____. (2007) **Análise comparada do fluxo do sistema de justiça para o crime de estupro.** *Dados – Revista de Ciências Sociais.* Rio de Janeiro, v. 50, p. 671-97. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000400002> Acesso em: 30/07/2011.
- VELHO, G. (2008) **Individualismo e Cultura: notas para uma Antropologia da Sociedade Contemporânea.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Ed.
- VIANNA, L. J. W.; *et al.* (1997) **Corpo e alma da magistratura brasileira.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan.
- VOEGELI, C. M. P. H. (2003) **Criminalidade e violência no mundo feminino.** Curitiba: Juruá Editora.
- WACQUANT, L. (2003) **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Coleção Pensamento Criminológico, nº. 6, Instituto Carioca de Criminologia 2ª edição. São Paulo: Revan.
- WARAT, L. A. (1987) **As vozes incógnitas das verdades jurídicas.** *Revista Sequência*, nº 14, UFSC, 1987, p. 57-61.
- _____. (1998) O sentido comum teórico dos juristas. *In: FARIA, José Eduardo (Org). A crise do direito numa sociedade em mudança.* BRASÍLIA: UNB.

WACQUANT, L. **The Militarization of Urban Marginality:** lessons from the brazilian metropolis. *International Political Sociology* (2008) 2, 56–74.

WILSON, J. Q.; HERRENSTEIN, R. J. (1985) **Crime and Human Nature:** the definitive study of the causes of crime. Touchstone Book. Simon & Schuster, Inc. New York.

YOUNG, J. (2002) **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan.

YOUNG, V. D. (1986). **Gender expectations and their impact on Black female offenders and victims.** *Justice Quarterly*, 3, 305–327.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. (2003) **Direito penal brasileiro.** Vol.1 - Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan.

ZALUAR, A. (1994) **Condomínio do diabo.** Rio de Janeiro: Revan: UFRJ.

_____. (org.) (1999). **Drogas e cidadania:** repressão ou redução de riscos. São Paulo: Brasiliense.

ANEXO - FORMULÁRIO PARA ANÁLISE DE SENTENÇAS

Pesquisa: Mulheres no tráfico de drogas.
Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da UFJF.

1. Órgão julgador

- () 1ª Vara criminal.
() 2ª Vara criminal.
() 3ª Vara criminal.
() 4ª Vara criminal.

Magistrado: _____

2. N°. do processo:

3. Data da Sentença: ___/___/_____.

4. Primeiro nome da ré:

_____.

5. Outros(as) acusados(as):

- (1) sim, quantos? _____
(2) não
(3) sem informação

6. Defesa (no momento da sentença)

- (1) defensor público
(2) advogado particular
(3) sem informação

7. Tipo de droga

- (1) maconha
(2) cocaína
(3) crack
(4) ecstasy
(5) haxixe
(6) heroína
(7) merla
(8) outros _____
(9) sem informação

8. Quantidade

- (1) _____ Kg; ___ g ou _____ outros (indicar)
(2) sem informação

9. Situação processual do réu

- (1) preso em flagrante
(2) liberdade provisória com fiança
(3) liberdade provisória sem fiança
(4) decretada a prisão no curso do processo
(5) foragido
(6) sem informação

10. Tipificação na denúncia (Lei nº 11.343/06)

- (1) art. 28
(2) art. 33, *caput*
(3) art. 33, § 1º, inciso I
(4) art. 33, § 1º, inciso II
(5) art. 33, § 1º, inciso III
(6) art. 33, § 2º
(7) art. 33, § 3º
(8) art. 34
(9) art. 35
(10) art. 36

11. Concurso material

- (1) art. 35 (associação)
(2) art. 36 (financiamento)
(3) outro crime – qual? _____
(4) Não há

12. Sentença

- (1) absolutória, *prejudica respostas adiante*
(2) condenatória
(3) desclassificatória
(4) prescrição
(5) outros – qual? _____

13. Tipificação na sentença (Lei nº 11.343/06)

- (1) art. 28
(2) art. 33, *caput*
(3) art. 33, § 1º, inciso I
(4) art. 33, § 1º, inciso II
(5) art. 33, § 1º, inciso III
(6) art. 33, § 2º
(7) art. 33, § 3º
(8) art. 34
(9) art. 35
(10) art. 36

14. Concurso material

- (1) art. 35 (associação)
(2) art. 36 (financiamento)
(3) outro crime – qual? _____
(4) não há

15. Antecedentes da acusada

- (1) primária
(2) primária e de bons antecedentes
(3) reincidente
(4) maus antecedentes
(5) sem informação

16. Aumento da pena (art. 40, Lei 11.343/06)

- (1) não houve – *prejudica o item 17*
- (2) natureza da substância ou produto
- (3) procedência da substância ou produto
- (4) transnacionalidade do delito
- (5) função pública do agente
- (6) abuso de poder familiar de guarda/vigilância
- (7) estabelecimento prisional
- (8) escola ou hospital
- (9) estádio de esportes
- (10) missão educacional
- (11) shows ou local de diversões
- (12) setor de tratamento de dependência ou reinserção social
- (13) estabelecimentos militares ou policiais
- (14) transporte público
- (15) violência/ grave ameaça/arma de fogo
- (16) tráfico interestadual
- (17) envolvimento de criança ou adolescente
- (18) financiamento do tráfico
- (19) outro – qual? _____

17. Quantidade de aumento

- (1) um sexto
- (2) um terço
- (3) metade
- (4) dois terços
- (5) outra _____

18. Redução da pena

- (1) não houve redução – *prejudica o item 19*
- (2) parágrafo 4º, art. 33
- (3) delação premiada
- (4) tentativa
- (5) outros – qual? _____

19. Quantidade da redução

- (1) um sexto
- (2) um terço
- (3) metade
- (4) dois terços

20. Razão para a denegação da redução

- (1) não é primária
- (2) não possui bons antecedentes
- (3) integra organização criminosa com base em condenação anterior definitiva por quadrilha
- (4) integra organização criminosa com base em condenação anterior sem trânsito em julgado
- (5) integra organização criminosa por meras suspeitas (inquéritos)
- (6) se dedica a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas
- (7) sem justificativa
- (8) foi concedida a redução

21. Quantidade de pena de prisão

- _____ anos _____ meses _____ dias
- (1) mínima de 5 anos
 - (2) abaixo do mínimo
 - (3) acima do mínimo

22. Tipo de pena aplicada

- (1) privativa de liberdade sem substituição
- (2) substituição por restritiva de direitos
- (3) sursis
- (4) multa substitutiva

23. Quantidade de dias-multa

25. Valor do dia-multa _____**26. Regime inicial**

- (1) regime fechado
- (2) regime semi-aberto
- (3) regime aberto

26. Pena substitutiva

- (1) prestação pecuniária
- (2) perda de bens e valores
- (3) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas
- (4) interdição temporária de direitos
- (5) limitação de fim de semana
- (6) não há

27. Condições do sursis (arts. 78 e 79, CPB)

- (1) serviços à comunidade, no primeiro ano
- (2) limitação de fim de semana, no primeiro ano
- (3) proibição de freqüentar determinados lugares
- (4) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz
- (5) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades
- (6) outras condições – especificar _____
- (7) não há

28. Nacionalidade da ré

- (1) brasileira
- (2) estrangeira. Qual? _____
- (3) sem informação

29. Situação recursal

- (1) Recurso em liberdade
- (2) Recurso na prisão
- (3) Sem informação