

**A PUNIÇÃO DE MULHERES TRAFICANTES: ANÁLISE CRÍTICA DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NÃO SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS**

Débora Moreno de Moura Oliveira<sup>1</sup>  
Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado<sup>2</sup>

**RESUMO**

Trata-se de um estudo crítico de decisões que resultam no encarceramento de mulheres pela prática do crime de tráfico de drogas, que se justifica em razão da contradição existente entre a política repressora de combate às drogas e as alternativas à privação da liberdade, que a própria legislação penal adota para afastar os efeitos deletérios do aprisionamento em massa. Dessa forma, o presente trabalho tem por escopo analisar as situações em que seria cabível a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito em sentenças de mulheres condenadas por tráfico de drogas, cujo cumprimento da pena privativa de liberdade é acompanhado pelo Conjunto Penal Feminino de Salvador/BA, através de uma análise crítica das sentenças relacionadas a tais casos. A análise foi feita sob a ótica da criminologia crítica, dos princípios constitucionais penais, considerando o funcionamento do sistema punitivo atual concernente ao crime de tráfico e à aplicação das respectivas penas.

**Palavras-Chave:** pena, tráfico de drogas, mulheres.

**ABSTRACT**

This is a critical study of decisions convicting woman for drug trafficking to custodial penalty, justified by the contradictions existent between drugs fighting repressive politics and alternatives to freedom privation, adopted by the criminal legislation in order to keep away deleterious massive incarceration effects. In this way, the present work had for scope the analysis of situations in which would be appropriate the conversion of custodial sentences into rights restricting penalties in sentences of drug trafficking convicted women who are serving sentences in Salvador, through a critical analysis of the reasons presented by the magistrates for not converting them. The analysis was made from the perspective of critical criminology, criminal constitutional principles, considering how the current punitive system works when it comes to drug traffic and the application of their penalties.

**Key-words:** penalty, drugs trafficking, women.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, UFBA/BA (Autora).

<sup>2</sup> Mestre e Doutora em Direito, PUC/SP; Professora de Direito Penal da UCSal e da UFBA. (Coautora)

## 1 INTRODUÇÃO

O encarceramento em massa, a superlotação das prisões, o alto número de reincidentes e o retrato dos que compõem, em sua maioria, a população carcerária, são dados que evidenciam cada vez mais a necessidade de ser rever a política criminal que se utiliza do encarceramento como regra e instrumento principal de controle social, em desrespeito aos princípios constitucionais penais e a direitos fundamentais.

Dentro dessa realidade, chama a atenção a situação das mulheres, para as quais historicamente foram direcionados os piores tratamentos. Em uma sociedade de classes, as mulheres são submetidas a níveis ainda maiores de vulnerabilidade e exploração. O patriarcado, o machismo e o racismo são elementos estruturantes da forma de organização e exploração da sociedade brasileira. A organização dessa sociedade tendo o homem como centro e a mulher colocada como ser inferior legitima o desrespeito a diversos direitos das mulheres das formas mais variadas.

Nos últimos períodos, a grande responsável pelo encarceramento em massa, principalmente no caso das mulheres, foi a “Guerra às Drogas”, travada contra aqueles que comercializam drogas consideradas ilícitas, através do crescente endurecimento das políticas criminais utilizadas a esse respeito. Essa guerra está diretamente ligada aos interesses do capital e é direcionada a grupos específicos, dos já marginalizados, como mecanismo de controle e higienização sociais e criminalização da pobreza.

Por outro lado, verifica-se a introdução no sistema penal brasileiro, desde 1984, de novas formas de punição, que favoreçam o desencarceramento, em razão dos vários problemas que o sistema penitenciário apresenta desde sua criação.

Nesse sentido, as penas restritivas de direitos passam a ser previstas no artigo 43, do Código Penal brasileiro em substituição, em determinados casos, às penas privativas de liberdade, para afastar as terríveis consequências do encarceramento dos condenados; como sanções penais que visam garantir ao Estado o exercício do *jus puniendi* de forma proporcional, possibilitando serem atendidas as exigências da justiça social, com o respeito a direitos e à diminuição das vulnerabilidades dos condenados.

Ainda assim, atualmente, a pena mais aplicada é a pena privativa de liberdade. Em alguns casos por ser a única pena possível em virtude das circunstâncias previstas em lei como requisito para aplicação de outras penas. Há situações, contudo, em que seria possível ao magistrado estabelecer outras penas e esse escolhe a privativa de liberdade.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo geral verificar qual o tratamento que a Justiça confere às mulheres condenadas por tráfico de drogas ilícitas. São objetivos específicos analisar o perfil das mulheres presas em razão do crime de tráfico de drogas, analisar a aplicação da pena para as condenadas por tráfico de drogas, analisar criticamente as motivações para a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em relação às mulheres cujo cumprimento da pena privativa de liberdade é acompanhado pelo Conjunto Penal Feminino de Salvador.

A metodologia adotada foi a do materialismo dialético histórico, em que todo fato não poderá ser analisado fora de seu contexto social, através de uma análise a partir das contradições, da forma como a sociedade se estrutura. Os procedimentos adotados foram os de análise de sentenças condenatórias constantes nos prontuários das mulheres do Conjunto Penal Feminino de Salvador, leitura de bibliografia sobre o assunto, especialmente a nacional, e leitura de artigos e publicações em periódicos sobre o tema. A análise foi feita sob a ótica da criminologia crítica, dos princípios constitucionais penais, considerando o funcionamento do sistema punitivo atual concernente ao crime de tráfico e à aplicação das respectivas penas.

Inicialmente foi feito um breve estudo crítico sobre o tratamento jurídico-penal conferido ao tráfico de drogas e a realidade das mulheres nesse contexto, bem como do perfil daquelas que são condenadas por tal prática. Em seguida foi realizada uma análise crítica sobre a aplicação das penas no caso de condenações de mulheres pela prática do crime de tráfico de drogas, com foco principalmente nas penas restritivas de direitos. Por fim, apresenta-se uma análise crítica de casos de não substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito, relativos a oito mulheres condenadas por tráfico, em cumprimento de pena no Conjunto Penal Feminino de Salvador.

## **2 GUERRA AO TRÁFICO DE DROGAS: O PERFIL DAS MULHERES PRESAS**

Nos últimos anos, o número de mulheres encarceradas deu um salto expressivo. Entre 2007 e 2012 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014), o número de mulheres encarceradas teve um aumento de 42%, aumentando de 24.052 mil para 34 159 mil presas. Sendo que a maioria das mulheres está cumprindo pena em virtude de condenações por tráfico de drogas.

### **2.1 Política de Drogas no Brasil**

São inúmeros os fatores que levaram à proibição do uso de substâncias entorpecentes ao longo da história. Não há linearidade nesse processo de criminalização. As motivações para cada período são complexas e não podem ser captadas, apreendidas por uma análise histórico-linear. É possível, contudo, observar alguns aspectos de como se deu tal processo no Brasil.

O primeiro registro de proibição da posse e comércio de substância psicoativa, no Brasil, está nas Ordenações Filipinas, em seu livro 5, título 88, ao estabelecer “que ninguém tenha em cazarosalgar [SIC], nem o venda, nem outro material venenoso”. Com o advento do Código Penal de 1890, a restrição, considerada agora como um crime contra a saúde pública, passou a ser “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, cuja pena era de multa. Em 1932, o artigo 159 é alterado, ganhando 12 parágrafos, intensificando-se a criminalização; introduzindo a cominação da pena de prisão celular.

É a partir de 1940, contudo, que se conforma a “política proibicionista sistematizada” (CARVALHO, 2010, p. 12), com sistemas punitivos autônomos dos outros delitos. Surgem leis criminalizadoras (Decretos n. 780/36 e n.2.953/38) e o Brasil conforma sua legislação à Convenção de Genebra de 1936, aumentando a quantidade de substâncias consideradas entorpecentes.

No período da Ditadura Militar, o Brasil intensifica um processo de alinhamento de sua política interna de combate às drogas à política internacional, especialmente dos EUA, com um tratamento mais duro ao tráfico. Em um processo de transnacionalização do controle das drogas, surgiu a Convenção Única sobre Estupefacientes, em Nova Iorque, 1961, que

apresenta as questões relacionadas às drogas como um problema da humanidade, que demanda uma “ação conjunta e universal”.

Nesse momento, impera o modelo médico-sanitário-jurídico, cujo caráter principal é o da diferenciação entre consumidores e traficantes. A diferenciação foi suprimida, entretanto, com o advento do Decreto-Lei n. 385/68, equiparando a pena do usuário à do traficante, sob a justificativa de que a diferenciação causava problemas no âmbito da repressão. Em 1971, com a Lei n.5.726, o uso de drogas não só permaneceu tipificado como crime, como a pena mínima aumentou de um para seis anos (a pena máxima anterior era de cinco anos).

A Ditadura Militar fez o Brasil instituir um “modelo repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos” (CARVALHO, 2010, p. 21). Existiam nesse momento os inimigos políticos, inimigos do regime, e os inimigos criminosos, os traficantes. Na década de 80 se conforma, então, o modelo repressivo brasileiro, com a junção da ideia da Defesa Nacional ao modelo de Segurança Nacional e a política de Lei e Ordem importada dos EUA. Baseado nessas duas ideologias se forma um Estado punitivista rigoroso, de guerra contra o crime.

Nessa formatação, e acompanhando as políticas criminais de outros Estados, em 1976 é promulgada a Lei n. 6.368/76, cujos dispositivos revelam um endurecimento da política-criminal das drogas no Brasil. A figura do traficante passa a ser a do inimigo nacional. O tipo penal do tráfico passa conter outros verbos, não se restringindo mais à importação, exportação e venda (art. 12, Lei n. 6.368/76). A remessa, o preparo, a produção, o fornecimento e o transporte são passíveis da mesma pena. Não se diferencia o produtor para consumo próprio, os “aviãozinhos”<sup>3</sup> ou os pequenos vendedores dos grandes produtores, traficantes de grandes quantidades. A “associação para o tráfico” (art. 14), as causas especiais de aumento (art. 18) são outros elementos desse endurecimento. A não diferenciação entre grandes e pequenos vendedores de drogas criou espaço para discricionariedade dos magistrados, dando margem a punições severas e desproporcionais.

---

<sup>3</sup> “Aviãozinho” é o termo utilizado para descrever aqueles responsáveis por transportar a droga das mãos do traficante para as do consumidor final.

Finda a Ditadura, havia a expectativa de que a política de drogas fosse reformulada e ocorresse um abrandamento. Essa expectativa foi frustrada. O que se conformou foi um Estado ainda mais repressivo, que manteve bases da ideologia da ditadura e conformou uma política dura de repressão. Foi a Constituição Federal de 1988, denominada de cidadã, que equiparou o tráfico de drogas aos crimes hediondos, legitimando um tratamento mais rigoroso para tais crimes, nos limites do seu texto.

Seguindo o endurecimento das políticas de drogas, em 1996 foi lançado o *Programa de Ação Nacional Antidrogas* (PANAD), visando suprir a suposta defasagem punitiva da legislação de 1976. Em 1998, na segunda Cúpula das Américas, a direção que a política de drogas tomava restou evidenciada “na responsabilidade pelo ‘combate sem tréguas ao mal’” (CARVALHO, 2010, p. 54) que os países do continente deveriam ter. A ideia do bem e do mal ainda presente nas instâncias oficiais mostra o quanto a ideia de Guerra às Drogas estava distante de uma solução real para o problema, permanecendo na visão rasa da demonização das drogas e dos traficantes.

Desde o início dos anos 90, com a implementação do PANAD e o Brasil subscrevendo Tratados, Convenções e outros ajustamentos com outros países, cresceu no país o debate sobre a necessidade de reformulação da Lei de Drogas. Nesse momento já havia posicionamentos antiproibicionistas, despenalizadores, contrários à criminalização. Entretanto, os posicionamentos punitivistas, que apontavam para o endurecimento das políticas criminais e da Guerra às Drogas, ainda tinham muita força.

Nesse sentido, a Lei n. 11.343/06 foi aprovada apresentando alguns poucos aspectos supostamente de caráter antiproibicionista, como a cominação, no preceito secundário, de penas restritivas para o crime de porte de drogas para uso próprio. Mas revela um maior endurecimento no tratamento do tráfico de drogas, com o aumento dos limites da pena, por exemplo.

O insucesso da Guerra às Drogas, contudo, é notório e evidente. O plano das Nações Unidas, “Um Mundo Livre das Drogas”, por exemplo, não atingiu os objetivos a que se propunha e, em 2009, os representantes dos países se reuniram em Viena para avaliar os resultados de sua implementação. A conclusão, conforme apresenta Carvalho, foi de que a criminalização e a Guerra às Drogas:

- a) não logrou os efeitos anunciados (idealistas) de eliminação do comércio ou de diminuição do consumo, b) provocou a densificação no ciclo de violência com a produção de criminalidade subsidiária (comércio de armas, corrupção de agentes estatais, conflitos entre grupos p. ex) e c) gerou a vitimização de grupos vulneráveis (custo social da criminalização), dentre eles consumidores, dependentes e moradores de áreas de risco. (2010, p. 56)

Enfrenta-se hoje um encarceramento em massa da juventude pobre das periferias, o perfil dos traficantes evidencia este aspecto, uma vez que é conformado essencialmente por “jovens entre 18 e 28 anos, [...] afrodescendentes, com baixa escolaridade, sem antecedentes criminais, presos em flagrante na via pública com pequena quantidade de droga, sem prévio trabalho de inteligência policial” (MARONNA, 2014, p. 50).

## **2.2 Perfil das Mulheres Condenadas por Tráfico em Salvador**

O tráfico de drogas é o principal responsável por mulheres em cumprimento de pena no Brasil, representando 65% das prisões de mulheres. O retrato das mulheres encarceradas no país no final do ano de 2011 demonstra quem são as selecionadas do sistema. De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2012), 61% das presas seriam negras ou pardas, 67% de idade entre 18 e 34 anos, 71% não chegou sequer ao ensino médio.

No tocante às mulheres cujo cumprimento de pena está sob responsabilidade do Conjunto Penal Feminino de Salvador, localizado no Complexo Penitenciário da Mata Escura, em Salvador, foi feito um recorte das mulheres condenadas a penas privativas de liberdade por tráfico de drogas, resultando em 139 casos. Desse total, 117 mulheres estão em cumprimento de regime aberto e semiaberto e outras 14 estão em regime fechado. Independentemente do regime, 16 tiveram condenações inferiores a quatro anos e não tiveram suas penas privativas de liberdade substituídas por restritivas de direito. Seis delas são estrangeiras, condenadas por tráfico internacional de drogas<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>Foram desprezados para os cálculos os dados das estrangeiras uma vez que o que se busca é a compreensão de como o sistema penal brasileiro trata as brasileiras, qual o retrato das pré-selecionadas no Brasil, quem são as representantes dos grupos marginalizados.

Nessa primeira etapa de análise dos dados, a seguir exposta, foram consideradas as sentenças de todas as brasileiras condenadas por tráfico, cujo cumprimento de pena é acompanhado pelo Conjunto Penal Feminino de Salvador.

Em relação à cor da pele, a maioria das condenadas por tráfico se declara negra ou parda (91,6%).

Pode-se aferir que a maioria das mulheres se encontra em situação de vulnerabilidade econômica. Isso porque todas que declararam sua situação econômica são pobres, representando 42,8% do total. As demais, embora não tenham declarado sua situação econômica ou renda, majoritariamente, tinham profissões que usualmente são mal remuneradas e tem relações trabalhistas precárias.

No que diz respeito à escolaridade, 74,5% delas é analfabeta ou não chegou a concluir o primeiro grau escolar. 11,9% fizeram o primeiro grau, mas não concluíram o segundo grau. Apenas 11,2% o finalizaram. Dentre as mulheres condenadas que informaram sua escolaridade (apenas três não informaram), nenhuma possui o terceiro grau completo ou incompleto.

Os dados socioeconômicos encontrados podem ser indicadores de aspectos apresentados no início do trabalho no que diz respeito à seletividade do sistema penal, à criminalização da pobreza e a quem são as pré-selecionadas das políticas criminais no Brasil. Mas para tal assertiva se confirmar, teriam que ser cruzados com outros dados, a exemplo de inquéritos instaurados que não tiveram prosseguimento ou a desclassificação do crime no caso de pessoas pertencentes a outras classes sociais.

A maior parte delas (55,5 %) é de jovens de até 35 anos. Acima desta idade, 30% tem até 50 anos e 14,2% tem idade superior a esta.

Pouco mais da metade das condenadas (53,4%) morava no interior do Estado da Bahia. Algumas delas (3,7%) vieram de outros estados do Brasil. Uma não declarou seu endereço e as demais (39,8%) são oriundas de bairros periféricos, considerados mais pobres, da cidade de Salvador.

As mulheres condenadas por tráfico em cumprimento de pena no Conjunto Penal Feminino de Salvador são um “retrato” do sistema penal e da política criminal de drogas adotada pelo Brasil. Elas são majoritariamente jovens negras e pardas, pobres, da periferia e baixa escolaridade.

### **3 SOBRE A NÃO APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO CASO DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO POR MULHERES**

Como avanço, na política criminal brasileira, foram adotadas as penas restritivas de direito, alternativas às penas privativas de liberdade, para evitar que em determinadas situações o condenado seja submetido às consequências negativas do cárcere. De acordo com o Código Penal, atualmente, as penas privativas de liberdade podem ser substituídas por penas restritivas de direito quando atendidos alguns requisitos, objetivo e subjetivos, elencados no artigo 44.

O endurecimento da repressão ao tráfico de drogas revela-se não apenas no aumento dos limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime de tráfico de drogas, como também no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao prever a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Entretanto, considerando a violação ao princípio da individualização da pena revelada nessa proibição, o Supremo Tribunal Federal (2010) declarou sua inconstitucionalidade no julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS. Em 2012, esta vedação foi suspensa pelo Senado Federal, em sua Resolução n. 05. A partir daí, presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, voltou a ser possível substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direito em condenações por tráfico de drogas.

Mas há que se destacar que, em regra, a Lei n. 11.343/06 afasta a possibilidade em tese dessa substituição ao prever como limite mínimo da pena cominada em abstrato de 5 anos. Entretanto, em razão da causa de diminuição da pena prevista em seu artigo 33, tal substituição torna-se viável, desde que cumpridos os requisitos subjetivos.

Dessa forma, para verificação da aplicação, pelo magistrado, da pena menos gravosa, proporcional ao delito cometido, foi realizada pesquisa documental referente às mulheres que cumpriam pena por condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, no Conjunto Penal de Salvador no mês de novembro de 2014.

#### **3.1 Das condenações por “atividades deletérias à sociedade”, praticadas por mulheres de “personalidades malformadas”: “atitude rigorosa e radical” da Justiça**

Foram analisadas nove sentenças, referentes a oito apenadas, que tiveram condenações cujas penas finais a serem cumpridas não são superiores a quatro anos. Foram desconsideradas as 6 estrangeiras, pelas razões já expostas, bem como duas apenadas brasileiras, todas com condenações inferiores a 4 anos, uma vez que as sentenças destas últimas não estavam disponíveis. Em 50% dos casos as mulheres foram condenadas por portarem quantidades inferiores a 65g de droga ilícita (nos casos maconha, cocaína e/ou crack). Este número vai para 62,5% se considerarmos quantidades de droga inferiores a 415g.

Em 3 dos casos, verifica-se a condenação pelo crime de tráfico em que foram encontradas quantidades muito pequenas de drogas que, consideradas as demais circunstâncias, poderiam ensejar a desclassificação do crime de tráfico para o porte de uso pessoal, nos termos dos artigos 28, caput e §2º, da Lei de Drogas. No mínimo, não sendo a desclassificação possível, a pequena quantidade das substâncias indicaria que essas mulheres não seriam grandes traficantes.

Chama a atenção o caso em que um casal estava na rua e, embora a droga fosse encontrada no chão, tendo apenas o companheiro da apenada assumido perante as autoridades policiais que portava as drogas encontradas na abordagem (5,0g de maconha e 8,3g de crack/cocaína), a mulher também foi condenada, e a pena foi de 3 anos e 4 meses de reclusão.

Em relação as três mulheres que não estavam com baixa quantidade de droga, pode-se questionar a posição que ao menos duas delas ocupavam no tráfico. Isso porque, embora tenham sido flagradas com 35kg e 31,7kg de maconha cada, estavam fazendo o transporte da droga, o conhecido trabalho das “mulas”, posição subalterna no tráfico.

A maior parte delas, 87,5%, foi autuada em flagrante, todas desarmadas no momento da abordagem policial. Ao menos 75% delas são primárias e apenas uma delas foi considerada como tendo maus antecedentes, por constar contra ela outros processos criminais em curso – o que viola o princípio da presunção de inocência. Seis delas foram condenadas ao cumprimento em regime fechado, quatro estiveram presas ao longo do processo, não havendo esta informação nas sentenças das outras duas. Houve, ainda, uma condenação ao regime semiaberto, em que a ré passou o processo presa, e uma condenação ao regime aberto, em que outra ré passou um período presa (a sentença não precisa se isto durou todo o curso do processo).

Nas sentenças constam análises de cunho moralista, servindo como embasamento para as decisões. Em mais de uma sentença há descrições da maconha como “erva maldita” e do tráfico como “negócio nefasto”.

Há análises em que os magistrados afirmam ser necessária uma atitude “rigorosa e radical diante do tráfico”. O aumento do rigor no tratamento dado ao tráfico, contudo, não solucionou a questão. Em verdade, o endurecimento da criminalização do tráfico de drogas ilícitas, acompanhado da Guerra às Drogas, trouxe diversos problemas para o Brasil, como o encarceramento em massa, extermínio da juventude negra, violência urbana, dentre outras coisas.

A questão central a ser analisada diz respeito à verificação da motivação dos magistrados para não substituição da pena. Segue, então, análise mais detalhada em relação a cada um dos oito casos pesquisados.

Caso 1. A primeira sentença analisada foi a de E.S.A.<sup>5</sup>, proferida em 22.04.2013, condenando-a a 4 anos de reclusão. A justificativa para não substituição apresentada foi a da vedação do quarto parágrafo, artigo 33 da Lei de Drogas. Ocorre que a sentença é de abril de 2013, momento em que a Resolução n. 05/2012, do Senado Federal, já havia sido publicada. Esta Resolução, como já mencionado, suspendeu a vedação do supracitado parágrafo. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal já era claro sobre a inconstitucionalidade da vedação, tanto quando da decisão definitiva do HC 97.256/RS, de 01.09.2010, como quando do Recurso Extraordinário com Agravo n. 663261 (STF, 2012), em que foi reconhecida a repercussão geral da questão. Desse modo, a justificativa para não substituição apresentada pela magistrada não se aplica. Isso porque ela foi posterior tanto ao posicionamento do STF como do Senado Federal quanto à inconstitucionalidade da vedação e sua suspensão.

Caso 2. J.S.E. foi condenada a três anos e oito meses de reclusão. O magistrado não foi claro quanto à motivação para a não substituição da pena, entretanto, a sentença é de maio de 2010, período no qual a vedação a substituição ainda estava presente na Lei de Drogas, o STF e o Senado ainda não haviam se posicionado. Assim, poderia ter justificado a não substituição com base no disposto na Lei n. 11.343/06.

---

<sup>5</sup> Serão utilizadas apenas as iniciais dos nomes das condenadas para preservar-lhes a privacidade.

Caso 3. L.J.C foi condenada a um ano e seis meses de reclusão, em uma sentença proferida em abril de 2012. A juíza não mencionou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito. Os elementos objetivos estavam presentes no caso e possibilitariam a substituição. Não há elementos na sentença que tornem possível inferir as razões para a magistrada ter ignorado tal possibilidade.

Caso 4. L.M.J. teve uma primeira condenação a quatro anos, na qual não foi justificada a não substituição. Esta condenação foi de fevereiro de 2005, período em que estava vigendo a Lei 6.368/76 e o entendimento era controverso quanto à possibilidade de substituição da pena. A divergência estaria no fato da pena nos crimes hediondos ter de ser cumprida em regime integralmente fechado (o STF ainda não havia se posicionado a respeito da inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos). Alguns juízes entendiam que esse dispositivo tornava incompatível a possibilidade de substituição da pena.

Caso 5. A condenação em primeiro grau de M.F., por sua vez, foi a seis anos de reclusão, tendo sido convertida posteriormente a três anos. O acórdão que reduziu a pena não estava disponível na pasta da apenada, razão pela qual não foi possível analisar as razões para a não substituição da pena. De qualquer sorte, a sentença foi proferida em junho de 2007, período em que a vedação à substituição ainda estava em vigor. É possível que o acórdão tenha sido de data anterior ao posicionamento do STF e do Senado a respeito da inconstitucionalidade da vedação, o que neste caso poderia ser a razão para não substituição da pena.

Caso 6. R.S.R foi condenada a 3 anos e 4 meses de reclusão. O juiz não apresentou justificativa para a não substituição. A sentença foi proferida em junho de 2007, momento em que a vedação à substituição, prevista do quarto parágrafo do artigo 33 da Lei de Drogas, ainda era vigente, de modo que esta poderia ter sido utilizada como justificativa pelo magistrado.

Caso 7. S.A.A. foi condenada a dois anos e seis meses e a justificativa para não substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito foi a vedação prevista no quarto parágrafo do artigo 33 da Lei de Drogas. A sentença foi proferida em agosto de 2009, momento em que o STF e o Senado não haviam se posicionado invalidando tal vedação, de sorte que esta justificativa era possível àquele tempo.

Caso 8. V.R.S., condenada a quatro anos e o juiz não apresentou a justificativa para não substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito. A sentença foi proferida em junho de 2007, período em que, como falado em situações semelhantes descritas acima, a vedação à substituição do quarto parágrafo do artigo 33 da Lei de Drogas ainda estava vigente, razão pela qual esta poderia ter sido utilizada como justificativa pelo magistrado.

Dessa forma, quanto às justificativas para não substituição, em 50% dos casos, cujas sentenças são dos anos de 2012, 2007 (duas) e 2005, não há qualquer manifestação dos magistrados sobre a não substituição.

A vedação à substituição que era prevista no parágrafo quarto do artigo 33, da Lei n. 11.343/06 foi utilizada como justificativa para não substituição em uma das sentenças. A vedação do artigo 44, desse mesmo diploma legal, foi a justificativa utilizada para não substituição em outra sentença.

Houve ainda a utilização da justificativa de que, por se tratar de crime equiparável aos crimes hediondos, não caberia a substituição. Por fim, em uma das sentenças não houve substituição em razão da condenação ter sido de seis anos, violando um dos critérios objetivos para substituição, condenação esta que foi reduzida após recurso (que não estava disponível no prontuário da apenada), para três anos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito penal, reiteradas vezes, é apontado, e acaba sendo utilizado como instrumento principal de controle social. Um processo de higienização e criminalização da pobreza é instaurado. Os excluídos, os maus consumidores, os mais vulneráveis sócio-economicamente são selecionados pelo sistema penal e retirados do convívio social. O encarceramento é apresentado como a opção mais apropriada a esses indivíduos, que devem ser extirpados dos grupos sociais, neutralizados e invisibilizados.

Em conformidade com essas necessidades é que a política de drogas se fortaleceu, com a importação para o Brasil do modelo de “Guerra às Drogas”, difundido pelos Estados Unidos e reforçado pelas normas Internacionais.

Esse processo de endurecimento das políticas de drogas no Brasil e no mundo foi responsável pelo grande aumento do número de presos. A população carcerária do país passou a ser a terceira maior do mundo; por outro lado, não se seguiu a redução dos índices de crimes praticados. Essa opção por uma política de criminalização e encarceramento, portanto, não se mostrou eficiente enquanto solução dos problemas sociais, tampouco aqueles ligados às drogas.

Como restou evidenciado, a realidade das mulheres não é diferente, chegando a ser alarmante. A população carcerária feminina dobrou entre os anos 2000 e 2010, e a principal responsável por isso é a “Guerra às Drogas”. Como na estatística geral, entre as mulheres também há um público específico selecionado, de sorte que a população carcerária feminina também é composta, majoritariamente, de negras e pardas, de baixa escolaridade e que habitam as periferias das cidades.

O estudo das mulheres condenadas por tráfico reforçou o quanto o cárcere e a política de drogas são vias inadequadas para a complexidade da realidade enfrentada por elas. Historicamente invisibilizadas, sofrendo opressões diversas, o público feminino encontra no sistema penal, incluindo o cárcere, uma continuação perversa destas opressões.

A análise dos dados evidenciou o quanto a política de “Guerra às Drogas” permeia as sentenças condenatórias. Os magistrados, em sua maioria, se posicionaram dentro da lógica que aponta o traficante enquanto inimigo a ser combatido de maneira dura pelo Estado, e o usuário como vítima, necessitando de cuidados e proteção.

Essa lógica da contraposição do bem e do mal é repleta de conotação moral, alheia às complexidades das relações. Fazendo com que uma questão com tantas variáveis seja reduzida a esta diferenciação simplista entre o “vilão” e suas vítimas.

Não fosse isso grave o suficiente, há ainda a carência por elementos objetivos para diferenciação entre aqueles que seriam os usuários e os traficantes. Desse modo, fica à discricionariedade do magistrado apontar qual o crime caracterizado, o que, por vezes, resvala para a arbitrariedade dessa definição. Muitas das mulheres condenadas em Salvador portavam pequenas quantidades de droga, e suas sentenças não apresentavam elementos que indicassem de forma clara que se tratava de um caso de tráfico e não de droga para consumo próprio ou até de falta de provas para qualquer incriminação. Em muitas situações há indícios de que a não desclassificação para usuária foi uma escolha do magistrado pautada em questões não

jurídicas, ligadas à moral e a convicções ideológicas destes, sob forte influência da política criminal de drogas adotada no país.

Nesse mesmo sentido, foi detectado que, em algumas situações que apresentavam os requisitos necessários à substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direito, a substituição não foi feita.

Desse modo, imersos nas ideias da falida “Guerra às Drogas”, mas ainda convictos dela enquanto solução para as questões ligadas às drogas, os juízes parecem acreditar no cárcere como solução adequada para tais questões. Tais decisões revelam, por vezes, fundamentações baseadas em um moralismo, em generalizações – e não na individualização da análise das condutas - e no senso comum.

Verifica-se a partir de uma primeira análise crítica de como foram avaliados os critérios para a determinação da pena e para a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, a necessidade de revisão dos mesmos pelo legislador, para que se tornem mais objetivos, reduzindo a discricionariedade dos juízes na formulação de suas decisões.

Registra-se que, a partir do que as decisões revelaram, será necessário realizar um outro estudo acerca dos elementos que levam os magistrados a não desclassificarem as condutas das mulheres, em determinadas situações, do crime de tráfico para o crime de porte para uso próprio.

Em uma análise mais ampla, cabe atentar para a necessidade de uma revisão da política criminal atualmente adotada em relação ao crime de tráfico de drogas, que permite a escolha da pena privativa de liberdade como opção prioritária dos magistrados, o que implica clara violação de direitos e garantias fundamentais.

A política criminal e o sistema penal precisam ser repensados dentro de uma ótica crítica, atenta à realidade e à forma de organização da sociedade e dos princípios penais constitucionais. O modelo vigente deve ser questionado e problematizado em busca de alternativas que não segreguem, marginalizem, excluam e invisibilizem setores sociais através da perpetuação de opressões históricas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6 ed, 2011, 1ª reimpressão. Rio de Janeiro, Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **População carcerária feminina aumenta 42% nos últimos cinco anos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25998-populacao-carceraria-feminina-aumenta-42-nos-ultimos-cinco-anos#ad-image-0>>. Acesso em 08 nov 2014

BRASIL. Ministério da Justiça. **Mulheres Presas / Projeto Mulheres/Depen**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D&Team=&params=itemID=%7B0892E0A1-29D4-4E56-AF95-6B4B6EC869A2%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 01 dez 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 97.256 Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 29 de Nov 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo* 663.261 São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3383707>>. Acesso em 29 de Nov 2014

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo, Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no Brasil** (Estudo Criminológico e Dogmático da lei 11.343/06). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

GOMES, Geder Luis da Rocha. **A Substituição da prisão**: alternativas penais: legitimidade e adequação. Salvador, Juspodivm, 2008.

HOWARD, Caroline (org). **Direitos Humanos e Mulheres Encarceradas**. São Paulo, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006.

JACINTO, Gabriela, MANGRICH, Cláudia e BARBOSA, Mario Davi. **Esse é meu serviço, eu sei que é proibido: Mulheres aprisionadas por tráfico de drogas**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 27 out 2013.

MARONA, Cristiano Avila. **Os Novos Rumos da Política de Drogas**: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. *In Drogas: uma nova perspectiva*.

NUNES, Adeildo. **A mulher e a prisão**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/>> Acesso em: 3 nov 2013.



## Direitos Humanos, Ética e Dignidade

18 a 24 de outubro de 2015

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Regras de Tóquio e as penas restritivas de direitos:** histórico e retratos do Brasil. In: *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*.

MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos (org.). Ijuí: Unijuí, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes.** Mito E Realidade. São Paulo, Editora Expressão Popular, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). São Paulo, IBCCRIM, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas.** A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1991.