

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓSGRADUAÇÃO EM
DIREITOS E GRANTIAS FUNDAMENTAIS
MESTRADO EM DIREITO

SERGIO ALVES PEREIRA

**A MULHER EM CONFLITO COM A LEI:
UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA SOB A PERSPECTIVA DA DESIGUALDADE
DE GÊNERO**

..

VITÓRIA
2022

SERGIO ALVES PEREIRA

**A MULHER EM CONFLITO COM A LEI:
UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA SOB A PERSPECTIVA DA DESIGUALDADE
DE GÊNERO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Cássius Guimarães Chai

VITÓRIA

2022

**A MULHER EM CONFLITO COM A LEI:
UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA SOB A PERSPECTIVA DA DESIGUALDADE
DE GÊNERO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em 15 de junho de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Thiago Allison Cardoso de Jesus
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória

A Deus, pelo teu infinito olhar de misericórdia, que dividiu o mar, e nos fez passar por ele, fez com que as águas parassem como num montão.

AGRADECIMENTOS

Ao querido, amado Professor e orientador que, com sua imensa dedicação ao ensino e postura comprometida com a temática, ajudou-me a perceber os novos rumos dos direitos fundamentais.

Aos membros da banca, que prontamente aceitaram o convite para participar de minha defesa, enriquecendo meu trabalho e contribuindo imensamente com o meu crescimento.

Aos meus queridos colegas de turma, que sempre manifestaram espírito de colaboração nos momentos mais difíceis desta caminhada.

À FDV, pelo seu comprometimento como instituição de ensino, pelo modelo de envolvimento com as causas sociais e com a justiça, pelo ensino de excelência, que nos deu a oportunidade de realizar o sonho de tornar-me mestre em Direito.

À minha preciosa e amada esposa Adriana que, como sempre, com muita paciência, trouxe equilíbrio, amor e espiritualidade para ultrapassar os desafios na certeza de se alcançar um porto seguro.

Aos meus amados filhos, Filipe e Gabriela, pela compreensão nos momentos de ausência, pelo socorro sempre presente, com os meios tecnológicos e línguas estrangeiras, além do amor e carinho, perfumes concedidos por Deus que exalam de vocês.

Aos nossos amados *pets* Simba (Tchoco) e Teco, pelas companhias inseparáveis no transcorrer das aulas e estudos.

Então Abimeleque foi-se a Tebez, e sitiou a Tebez, e a tomou.

Havia, porém, no meio da cidade uma torre forte; e todos os homens e mulheres, e todos os cidadãos da cidade se acolheram a ela, e fecharam após de si as portas, e subiram ao telhado da torre.

E Abimeleque veio à torre, e a combateu, e chegou-se até à porta da torre, para queimar a fogo.

Porém uma mulher lançou um pedaço duma nó sobre a cabeça de Abimeleque, e quebrou-lhe o crânio.

Então chamou logo ao moço, que levava as armas, e disse-lhes: Desembainha a tua espada, e mata-me, para que não se diga de mim: Uma mulher o matou. E seu moço o atravessou, e ele morreu. (JUÍZES, 10:50-54).

RESUMO

A presente pesquisa foi desenvolvida junto ao PPGD/FDV, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa Sistema de Justiça e Concretização dos Direitos Fundamentais. O problema da pesquisa foi identificar causas determinantes da prática de condutas delitivas por mulheres e verificar se há distinção, no fenômeno crime, de sua prática por mulheres e por homens, considerando que, até dezembro de 2020, 95,71% da população carcerária no Brasil é masculina, sendo que apenas 4,29% é formada por mulheres. No recorte, objetiva compreender a problemática do papel da criminologia no estudo do comportamento criminoso, a partir da análise do discurso criminológico sobre a mulher; identificar se os critérios de diferenciação sexual, ou seja, a separação dos indivíduos no binário masculino e feminino e o papel que cada um recebeu na sociedade em decorrência da formação cultural representam fatores significativos que possam gerar subjetividades que inibam a prática delitiva. Para tanto, vai-se averiguar a juridicidade, a constitucionalidade e a legalidade da estrutura social e relações de poder; perquirir se a questão de gênero, masculino e feminino, pautada na dicotomia biológica exerce influência na produção das subjetividades, de reconhecimento de si mesmo e de percepção do outro; investigar quanto à influência da estrutura social marcada pela dominação masculina e submissão feminina e, ao final, sugerir novos rumos a serem aplicados que possam representar boas práticas culturais, de forma a favorecer subjetividades para uma melhor percepção do outro e possam contribuir para relações sociais. Foram duas as hipóteses para o problema de pesquisa, acentuando-se, inicialmente, que o modelo de educação aplicado à mulher representou fator determinante na produção de subjetividades, as quais aumentaram a sua percepção do outro e das consequências pela prática de um ato delitivo; a especificidade da mulher, diante da sua natureza feminina, na concepção de Aristóteles, a qual tem o homem por pilar de sobrevivência, moldou o comportamento da mulher em sociedade, colocando-a em posição hierárquica abaixo, de modo a ser formado sentimento de inferioridade, o que acaba por tolher iniciativas por parte da mulher que possam ameaçar o “equilíbrio” conquistado, tal qual a prática de crimes. A pesquisa foi desenvolvida pelo procedimento de revisão bibliográfica e documental, com análise de conteúdo. A linha de pesquisa é a crítico-metodológica, na vertente teórico-

sociológica e dogmática por redução dedutiva. Na condução de coleta de dados e saberes, foi adotada como marco teórico a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, no intuito de desvelar a juridicidade, a constitucionalidade e a legalidade de estruturas e relações de poder nas relações sociais e na aplicação do Direito pelo sistema de justiça criminal, identificando os critérios racionais a serem utilizados pelo órgão julgador, com vistas a alcançar a legítima expectativa de pacificação social ansiada pela comunidade. Nesse diapasão, utilizou-se o referencial teórico do professor emérito da Universidade da Carolina do Norte, Frank Schmallegger; do filósofo e jurista italiano Alessandro Baratta; do Professor Doutor Cássius Guimarães Chai e dos transformadores ensinamentos da Professora Doutora Soraia da Rosa Mendes.

Palavras-chave: direito; justiça; mulher; poder; social.

ABSTRACT

The present research was developed in partnership with the PPGD/FDV in the area of Fundamental Rights and Guarantees concentration, in the line of research “System of Justice and Implementation of Fundamental Rights”. The research’s problem is to identify determinant causes of the practice of criminal conduct by women and to verify if there is a distinction, in the crime phenomenon, of its practice by women and men, considering that, until December 2020, 95,71% of the prison population in Brazil is male, and only 4.29% is formed by women. It aims to understand the problem of the role of criminology in the study of criminal behavior, from the analysis of the criminological discourse on women; to identify whether the criteria of sexual differentiation – that is, the separation of individuals in the male and female binary and the role that each one received in society as a result of cultural formation – represent significant factors that can generate subjectivities that inhibit criminal practice. In order to do so, the legality, constitutionality and legality of the social structure and power relations will be investigated; to inquire whether the issue of gender, male and female, based on the biological dichotomy, influences the production of subjectivities, self-recognition and perception of the other; investigate the influence of the social structure marked by male domination and female submission and, in the end, suggest new directions to be applied that may represent good cultural practices, in order to favor subjectivities for a better perception of the other and can contribute to social relationships. There were two hypotheses for the research problem, initially emphasizing that: the education model applied to women represented a determining factor in the production of subjectivities that increased their perception of the other and the consequences of the practice of a criminal act; the specificity of women, given their feminine nature, in Aristotle's conception, which has man as a pillar of survival, came to shape the behavior of women in society, placing them in a hierarchical position below, in order to form feelings of inferiority, which ends up hampering initiatives on the part of women, which may threaten the “balance” achieved, such as the practice of crimes. The research was developed by the bibliographic and documental review procedure, with content analysis. The line of research is critical-methodological, theoretical-sociological and dogmatic by deductive reduction. In conducting data and knowledge collection, Ronald Dworkin's theory of law as integrity was adopted as a theoretical framework, in order to unveil the juridically, constitutionality and legality of

structures and power relations in social relations and in the application of Law by the criminal justice system, identifying the rational criteria to be used by the judging body, with a view to achieving the legitimate expectation of social pacification desired by the community. In this vein, the theoretical framework of the professor emeritus of the University of North Carolina, Frank Schmallegger, of the Italian philosopher and jurist Alessandro Baratta, was used; of Professor Cássius Guimarães Chai and of the transforming teachings of Professor Doctor Soraia da Rosa Mendes.

Keywords: right; justice; woman; power; social.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	SURGIMENTO DA CRIMINOLOGIA, A FINALIDADE DA PENA E UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE DEFESA SOCIAL SOB O PARADIGMA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	22
2.1	DA CRIMINOLOGIA	23
2.2	O COMPORTAMENTO CRIMINOSO.....	31
2.3	UM NOVO CONCEITO DE CRIME	34
2.4	UM NOVO CONCEITO DE DELINQUENTE	40
2.5	FONTES FORMAIS DA CRIMINALIZAÇÃO.....	46
3	ASPECTOS FUNDAMENTAIS QUANTO À FINALIDADE DA PENA E SEUS EFEITOS	52
3.1	A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	54
3.2	REDEFINIÇÃO DE PENA	61
3.3	ENCARCERAMENTO E PUNIBILIDADE DA MULHER NO BRASIL.....	66
3.4	A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AO CÁRCERE	74
4	A DESIGUALDADE DE GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONVÍVIO SOCIAL FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	83
4.1	AS DESIGUALDADES DO GÊNERO E OS CONFLITOS DELAS DECORRENTES.....	86
4.2	UMA CONSCIÊNCIA DA IMPORTÂNCIA DO PODER NA FORMAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS.....	92
4.3	A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	99
4.4	AÇÕES POSITIVAS DECORRENTES DA PROTEÇÃO NORMATIVA ÀS DIFERENÇAS.....	106
5	O COTIDIANO NO ENCARCERAMENTO DE MULHERES	115
5.1	OS RELACIONAMENTOS INTERPESSOAIS NO CÁRCERE FEMININO	117

5.2	INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS ORIENTADORES DO TRATAMENTO PENAL FEMININO	124
5.3	O TRATAMENTO PENAL APLICADO À MULHER ENCARCERADA COM ESPECIAL ATENÇÃO À ROTINA PRISIONAL DO CENTRO PRISIONAL FEMININO EM CARIACICA (BUBU) ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E O PROJETO (RE)INTEGRA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (DEPEN)	129
6	ANÁLISE DOS REGISTROS DE JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO QUANTO À PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA ATIVIDADE CRIMINOSA, SOB O ENFOQUE DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.....	139
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	163
	REFERÊNCIAS.....	174

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi desenvolvida junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (PPGE/FDV), na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa Sistema de Justiça e Concretização dos Direitos Fundamentais.

Tem por objetivo compreender, a partir dos estudos da criminologia e da análise de dados e referências presentes em decisões judiciais, como se dá o envolvimento da mulher em ações criminosas, bem como as consequências, no meio social, quando ela é condenada e afastada de seu núcleo familiar, em razão de uma sentença criminal, em face da ausência de instrumentos jurídico-políticos efetivos de acolhimento de mães.

O marco teórico para a condução da pesquisa é a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, no intuito de desvelar a juridicidade, a constitucionalidade e a legalidade de estruturas e relações de poder nas relações sociais e na aplicação do Direito, identificando os critérios racionais a serem utilizados pelo órgão julgador, com vistas a alcançar a legítima expectativa de pacificação social ansiada pela comunidade.

Dessa forma, a Teoria da Integridade, de Ronald Dworkin, abandona a tradicional concepção positivista da teoria das fontes do Direito e assume o Direito como um empreendimento coletivo e uma prática social interpretativa. Assim, o Direito se apresenta como algo muito mais complexo do que um conjunto de regras estabelecidas em algum momento do passado (COURA; OMMATI, 2020).

Nesse contexto, à luz do Direito como integridade dworkiniano, a pesquisa se propõe, ainda, a compreender e identificar se as decisões proferidas pelo sistema de justiça criminal, em particular o do Estado do Espírito Santo, vêm sendo construídas na perspectiva da teoria da integridade do Direito. Ou seja, se coadunam como elemento concretizador do Direito, de modo a levar em consideração as especificidades da mulher nas diretrizes preconizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (Regras de Bangkok) ou se amoldam dentro de uma política criminal tradicional voltada para o encarceramento em massa como resposta do Estado aos conflitos sociais.

A pesquisa recorre à ciência da criminologia, considerando o objeto de investigação diante da interseccionalidade entre o desenho institucional do Sistema Penal, a Política Penal e de Segurança Social e aspectos fenomenológicos do crime. Esse recorte teórico se impõe, uma vez que a criminologia, como ciência que estuda o crime e o comportamento criminoso, possibilita traçar um diagnóstico do resultado de “fraturas” e “rupturas” capazes de gerar o conhecimento das crises sociais que o Direito, com suas normas e textos de lei, foi capaz de solucionar. Para tanto será utilizado o referencial teórico do professor emérito da Universidade da Carolina do Norte, Frank Schmallegger, e do sociólogo, filósofo e jurista italiano Alessandro Baratta, além de outros doutrinadores e juristas, como o Professor Doutor Cássius Guimarães Chai.

A importância do estudo se mostra em razão da imensa desproporção quantitativa que ocorre no sistema prisional brasileiro entre mulheres e homens que se envolvem em práticas criminosas e a participação crescente de crianças e adolescentes em atos delitivos.

No atual contexto social, impera a convicção de que a defesa social não pode prescindir de um sistema criminal altamente punitivo, em cujo núcleo está o direito penal, sendo este visto como o instrumento, quase exclusivo, a ser utilizado como “mecanismo de preservação da ordem social”. Essa visão utilitarista do Direito Penal acaba por se esquecer de que a essência de todo e qualquer sistema criminal é reativa, ou seja, atua tão somente após a ocorrência do fato tido como delituoso.

A pesquisa efetuará uma análise interdisciplinar e, portanto, abordará a influência que esse modelo utilitarista de atuação vem repercutindo na conjuntura social, bem como identificar a transformação e a colaboração da criminologia quanto aos novos paradigmas que envolvem o fenômeno criminal.

O ponto de partida se dará através da compreensão verificada por Foucault (1984) de que o reconhecimento do gênero é aspecto basilar da formação da identidade do sujeito, ou seja, a sua referência como masculino e feminino.

É pelo sexo efetivamente, ponto imaginário fixado pelo dispositivo de sexualidade, que todos devem passar para ter acesso a sua própria inteligibilidade (já que ele é, ao mesmo tempo, o elemento oculto e o princípio produtor de sentido), à totalidade de seu corpo (pois ele é uma parte real e

ameaçada deste corpo do qual constitui simbolicamente o todo), à sua identidade e (já que ele alia a força de uma pulsão à singularidade de uma história. (FOUCAULT, 1984, p.145-146).

Outro aspecto a ser abordado para melhor compreender a desproporção de condenações criminais existentes entre homens e mulheres é quanto às relações hierarquizadas nas atividades criminosas, ou seja, se o aspecto gênero – feminino – tem influência no tipo de prática delitiva em que a mulher mais se envolve e qual sua participação em grupos que se organizam para a prática de condutas criminalizadas.

Nesse sentido, registra Judith Butler (2022, p. 35):

Na tradição filosófica que se inicia em Platão e continua em Descartes, Husserl e Sartre, a distinção ontológica entre corpo e alma (consciência, mente) sustenta, invariavelmente, relações de subordinação e hierarquia políticas e psíquicas.

Importante ressaltar que o aspecto gênero tem muito a ver com aquilo que se manifesta no ambiente de convivência quanto às características sexuais, nas palavras de Guacira Lopes Louro (1997, p.21):

É necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas é a forma como essas características são representadas ou valorizadas, aquilo que se diz ou se pensa sobre elas que vai constituir, efetivamente, o que é feminino ou masculino em uma dada sociedade e em um dado momento histórico. Para que se compreenda o lugar e as relações de homens e mulheres numa sociedade importa observar não exatamente seus sexos, mas sim tudo o que socialmente se construiu sobre os sexos. O debate vai se constituir, então, através de uma nova linguagem, na qual gênero será um conceito fundamental.

A compreensão de gênero na perspectiva da filósofa norte-americana Judith Butler, em sua obra “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade” (2022, p. 244), assim se manifesta:

O fato de a realidade do gênero ser criada mediante *performances* sociais contínuas significa que as próprias noções de sexo essencial e de masculinidade ou feminilidade verdadeiras ou permanentes também são constituídas, como parte da estratégia que oculta o caráter performativo do gênero e as possibilidades *performativas* de proliferação das configurações de gênero fora das estruturas restritivas da dominação masculina e da heterossexualidade compulsória.

Inobstante toda construção quanto ao que vem a ser o gênero e suas interseções políticas e culturais no atual contexto histórico/social, a presente pesquisa será orientada pelo sistema biológico binário homem e mulher, que é o modelo considerado e aplicado pelo sistema de justiça criminal.

Dessa forma, será analisado se o comportamento criminoso da mulher (critério biológico/binário) e seu consequente afastamento do núcleo familiar, em razão de uma condenação criminal, tem influência na fragilização dos valores na formação da personalidade dos filhos e se esse fator é parte do problema da alta taxa de adolescentes em conflito com a lei no país.

A presente pesquisa apresenta duas hipóteses para o problema a ser investigado, acentuando, inicialmente, que:

3.3.1 O modelo de educação aplicado à mulher representa fator determinante na produção de subjetividades que aumentam a sua percepção do outro e das consequências pela prática de um ato delitivo.

Nossa sociedade optou por adotar critérios e valores diversos para criação, educação, de homens e mulheres. Como assinala Maria Luísa Ribeiro Ferreira (2007, p.139):

Na aparente neutralidade do binômio masculino feminino, fruto da observação dos fenômenos da vida, paulatinamente se foram estabelecendo valorações, afirmando-se um elemento forte e um elemento fraco, um polo que domina e outro que obedece, algo que representa a norma e algo que personifica a divergência.

Diante de tal “programação social”, o surgimento da hierarquia foi inevitável. O uso do termo “homem” para designar a totalidade dos humanos não perturbou a maior parte das pessoas, o homem se tornou a “totalidade do ser humano” (FERREIRA, 2007, p.139).

Esse modelo de estruturação social, do *status quo* feminino, acabou por estereotipar o papel da mulher na sociedade, atribuindo-lhe uma carga cultural muito forte, que lhe impôs funções e valores de forma a se criar uma série de preconceitos e estereótipos. Porém, com o passar do tempo, forjou subjetividades, o que fez com que a tornasse mais sensível às consequências de suas ações, ou seja, aumentou a sua percepção do “outro”.

Essas subjetividades, de certa forma, influenciaram para que a mulher apurasse, melhor que o homem, sua capacidade de entender o mundo de uma forma original e peculiar, ou seja, como protetora de sua prole, relação maternal e “guardiã da cidade”. Dessa forma, detentora do poder de domínio de sua casa e de tudo o que diz respeito ao seu governo.

Daí a constatação de que a forma de a mulher enxergar o mundo, decorrente das condicionantes sociais impostas, assegurou a ela instrumentos de “freios e contrapesos” mais fortes do que os homens conseguiram desenvolver, tornando-as mais tolerantes, de forma a lhes reduzir as chances de práticas delitivas.

Assim, torna-se perfeitamente possível introduzir na sociedade as subjetividades adquiridas pela mulher, de forma a volver o mundo mais feminino, alterando as condicionantes que lhes foram impostas, sem que qualquer pessoa seja anulada e inferiorizada, mas de modo a preservar e garantir direitos fundamentais e gerar um mundo mais humano de viver.

3.3.2 A especificidade da mulher, diante de sua natureza feminina, compreendendo a mulher na concepção de Aristóteles e de Platão, a qual tem o homem por pilar de sobrevivência, moldou o comportamento dela em sociedade, colocando-a em posição hierárquica abaixo. Esses aspectos contribuíram para a formação de sentimento de inferioridade, o que acaba por tolher iniciativas por parte da mulher que possam ameaçar o “equilíbrio” conquistado, tal qual a prática de crimes.

Nessa perspectiva, o modelo de dominação masculina que submeteu a mulher a uma condição de submissão, posicionada em uma estrutura social em que o homem representa a “totalidade do ser humano”, contribuiu para forjar suas subjetividades. Isso trouxe equilíbrio social, sendo que o comportamento desviante só ocorre quando se lança para fora dessa estrutura.

Na concepção Aristotélica, a especificidade da mulher como papel de pilar da sociedade e preservação da família, na economia doméstica e nos assuntos da casa, bem como na visão de Platão, em que a mulher só teria possibilidade de sobreviver ao ter um homem por pilar, foram condicionantes que perduraram por séculos no pensamento europeu e foram repassados para o mundo ocidental de forma que moldaram fortemente nossa cultura (FERREIRA, 2007, p. 144).

Nessas perspectivas, a relação de domínio do homem sobre a mulher contribuiria para o equilíbrio social, pois consolida a vida familiar, fazendo da mulher a responsável pelos filhos, pelos doentes da família, pelos idosos, pela casa, pelos animais domésticos, etc. Tais fatos, por representarem condicionantes sustentáveis de

cuidado, contribuem para que impulsos de decisões drásticas sejam menos constantes na mulher, reduzindo iniciativas desviantes, tais como as práticas delitivas, as quais poderiam romper com esse modelo e trazer desequilíbrio social.

Por essa orientação, o pensamento e o agir maternal da mulher, mantidos sob o controle e dominação, nos moldes tradicionais, são totalmente contrários ao belicismo e confrontos marginais, de maneira a garantir a presença de uma força pacificadora, que vem a conter e inibir práticas delitivas.

Assim, a manutenção de uma estrutura social marcada pela dominação masculina e pela submissão feminina é aspecto a ser preservado e difundido, pois contribui para que sejam criadas subjetividades inibidoras de ações delitivas.

A justificativa do tema decorre do fato de que, no ano de 2020, o número de homicídios dolosos no Brasil alcançou a marca de 38.564 (trinta e oito mil, quinhentos e sessenta e quatro) vítimas. Uma taxa de 18,21 homicídios para cada cem mil habitantes¹. Grande parte desses homicídios decorre dos constantes conflitos armados entre facções criminosas que atuam no tráfico de drogas. O domínio territorial sobre regiões com grande densidade demográfica e vulneráveis das grandes cidades significa maior poder econômico, por conseguinte, maior potencial bélico e recrutamento de pessoas.

O Estado² tem se empenhado com ações repressivas por parte de suas forças policiais no enfrentamento diário da criminalidade. Porém, a estratégia adotada não tem apresentado bons resultados. O crescimento de crimes no Brasil é notório, basta acompanhar os noticiários, que visualizaremos esse avanço exponencial da criminalidade.

As autoridades especializadas no assunto explicam essa explosão criminosa no Brasil pelo viés de falta de investimentos na estrutura de repressão, ou seja, nas forças policiais, e pela fragilidade do sistema punitivo estatal. Mas o que temos experimentado na prática não confirma por completo tais fundamentos.

A população carcerária no Brasil, até dezembro de 2020, estava em 668.135 (seiscentos e sessenta e oito mil, cento e trinta e cinco) pessoas presas, sendo que

¹ Fonte: Governo Federal - Ministério da Justiça e Segurança Pública.

² Estado aqui identificado como o “Poder Público”.

639.447 (seiscentos e trinta e nove mil, quatrocentos e quarenta e sete) representam a população carcerária masculina (95,71%) e 28.688 (vinte e oito mil, seiscentos e oitenta e oito), a população feminina (4,29%).

Os números praticamente são os mesmos quando nos referimos à população indígena, de um total de 1.085 (mil e oitenta e cinco) presos, 1.035 (mil e trinta e cinco) são homens (95,39%) e 50 (cinquenta) são mulheres (4,61%).³

Inobstante a tal diferença quantitativa, conforme dados do Infopen/Ministério da Justiça e Segurança Pública, as mulheres constituem a população cuja taxa de crescimento foi mais acelerada nos últimos anos. Em dezembro de 2014 havia cerca de 34 mil mulheres no sistema penitenciário brasileiro, o que representa um aumento de 503% em relação ao ano de 2000. Nesse mesmo período, a população carcerária masculina cresceu 220%.

A gravidade desse quadro nos remete à relevância de um novo posicionamento do sistema de justiça criminal, de modo que se possa adotar medidas de desencarceramento e políticas de alternativas penais, nas orientações de tratados e normativas internacionais, principalmente as Regras de Bangkok, aprovadas pela Assembleia Geral da Nações Unidas no ano de 2010.

A vulneração de direitos fundamentais e uma tradicional visão positivista têm viabilizado uma política criminal voltada para o encarceramento em massa. Nesse sentido, é importante o registro feito por Soraia da Rosa Mendes (2021, p.195):

Na maioria dos casos, primeiro vem a vulneração, depois a vulnerabilidade. Por isso, precisamos identificar as vulnerações de direitos e denunciá-las, pois os efeitos da vulneração dos direitos é a vulneração das pessoas. Se perdemos de vista, como diz Madrid, a correlação existente entre vulneração e vulnerabilidade, em seu significado e significante, os termos “vulnerável” e “vulnerabilidade” contribuirão para a compreensão difundida pelo discurso neoliberal de que cada pessoa é responsável, e só ela mesma pela sorte ou azar em sua vida.

Tantos homens e mulheres submetidos às mesmas políticas públicas, vivendo nos mesmos ambientes, possuem comportamentos sociais bem diversos, conforme testificam os números acima. Urge, portanto, um aprofundamento científico de forma a melhor compreender tal fenômeno para que, ao final, se possa colaborar, de maneira

³ Fonte Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

concreta, com informações que venham a contribuir na construção de políticas públicas que possam aprimorar o processo de defesa social, nos moldes de um legítimo Estado Democrático de Direito.

A legitimação do Estado Democrático de Direito se dá com o atendimento aos preceitos constitucionais. Para tanto, a unidade de argumentação no exercício da atividade jurídica torna-se fundamental. Nessa perspectiva, os princípios passam a ocupar papel de destaque, por conferirem uma maior amplitude interpretativa.

Dessa forma, o modelo tradicional de justiça, extremamente ligado ao positivismo jurídico, perde seu sentido de ser, pois, descontextualizado com o momento histórico, abandonam-se de vez as diretrizes do Decreto Lei 4.657/1942⁴, em particular o seu art. 4º. Com propriedade, confere Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 54) que a principalização da Constituição agregada ao seu entendimento como elemento unificador da ordem jurídica acarretou a constitucionalização do direito e conclui: “[...] todo direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito”.

Assim, ao longo dos tempos, passou-se a ter no modelo constitucional brasileiro a recepção de diversos institutos estrangeiros. Nesse sentido, é importante trazer à cola o posicionamento do Professor Zaneti Júnior (2007, p. 24):

[...] nesse mesmo contexto, é importante frisar que as recepções se dão e se desenvolvem no tempo. Trata-se de perceber o complexo conjunto de situações que resulta na ‘cultura constitucional’ decorrente das opções filosóficas, da experiência histórica e das próprias premissas sociais específicas da nação receptora, em seu contexto social próprio.

Viver sob as diretrizes de um Estado Democrático de Direito é usufruir de direitos e garantias fundamentais, de forma que os cidadãos sejam compreendidos como livres e iguais, pois o processo democrático os instrumentalizou, através de normas jurídicas construídas a partir da Constituição e dos direitos fundamentais, de modo racional, impulsionando as parcas políticas sociais de forma a se garantir a identidade do sujeito constitucional. Esse sujeito só alcançará essa identidade através de seu envolvimento e participação social do poder comunicativo entre os cidadãos e seus representantes constituídos (Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo). Nas palavras do

⁴ Decreto Lei 4657/1942 – “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Professor Cássius Guimarães Chai (2004, p. 162): “E essa comunicação por meio da análise da ação comunicativa, é importante para a construção da identidade constitucional”.

A pesquisa ainda visa identificar aspectos que influenciam na formação da personalidade da mulher em sociedade que possam explicar ela estar muito menos envolvida em práticas criminosas do que o homem.

É também proposta da presente pesquisa trazer os reflexos do estigma, da rotulagem negativa, em decorrência de uma condenação criminal, no processo de (re)construção social daquele que apresenta um comportamento desviante.

Nessa perspectiva, assim relata Erving Goffman (1999, p. 263):

O estigma pode ser definido como as marcas e os atributos pelos quais alguém é criticado e marginalizado pela sociedade. Uma marca construída como negativa e que caracteriza a identidade do “outro” e da qual este não consegue libertar-se. É como se a sociedade ficasse cega para os outros atributos que determinada pessoa tem, vendo apenas seu traço estigmatizado. Caracteriza assim, categorias de indivíduos e as especificidades esperadas por essas categorias, por meio de seus estereótipos negativos.

O reconhecimento de direitos fundamentais é uma exigência da dignidade humana que se impõe ao Estado democrático de Direito. Mais do que um discurso formal, é imperiosa a adoção de ações, dentre as quais está o dever de proteção que outorga ao indivíduo o correspondente direito de exigir do Estado que este o proteja (ALEXY, 2015, p. 541).

Dessa forma, como resultados esperados, apontam-se procedimentos que possam auxiliar na construção de políticas públicas que reforcem estratégias de uma defesa social conectada com o momento histórico, de modo que se possa enfrentar os obstáculos que se impõem à redução do encarceramento feminino e de forma a contribuir com argumentos jurídicos, políticos e científicos para a redução do comportamento criminoso, por consequência, redução da criminalidade.

CAPÍTULO 1 - SURGIMENTO DA CRIMINOLOGIA, A FINALIDADE DA PENA E UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE DEFESA SOCIAL SOB O PARADIGMA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O presente capítulo objetiva compreender a problemática da reprodução das desigualdades de gênero pelo sistema de justiça criminal, a partir da análise do discurso criminológico sobre a mulher. Entender como os conflitos de atitude da sociedade moderna em relação às condutas delituosas etiquetadas pelo Estado, ente responsável em transformar seus valores em lei, faz com que o efeito intimidativo da pena, especialmente a privativa de liberdade, seja extremamente variável.

Nesse sentido, ao comentar sobre o Direito e a atividade do jurista através do tempo, assim registra Ferrajoli (2008, p.112-113):

Não existe, com efeito, uma epistemologia da ciência jurídica válida para qualquer ordenamento, para qualquer tempo e qualquer lugar [...] Dado que o direito não é um fenômeno natural, mas um produto social, cuja natureza e estrutura varia em função do tempo, a epistemologia da ciência do direito depende de forma estreita da natureza do direito, é dizer, da linguagem em que este consiste, e tem variado de acordo com as mudanças de paradigma que o direito tem sofrido em sua história.

Dessa forma, serão analisados os fatores que favorecem o comportamento criminoso, aqui entendido não apenas como um comportamento individual, mas sim decorrente de uma vida em sociedade e de seus conflitos gerados, ou seja, o crime como um fenômeno social.

Nessa mesma compreensão, ensina-nos Soraia da Rosa Mendes (2021, p. 42), em sua obra “Processo Penal Feminista”:

Como propõe a teoria feminista, não é suficiente que o sujeito deixe de ser tomado como um ponto de partida, mas que seja considerado dinamicamente como efeito das determinações culturais, uma vez que está inserido em um campo de complexa relações sociais, sexuais e étnicas.

Com efeito, surge a importância do Direito na aplicação da justiça, para uma compreensão não só do conteúdo da norma, mas também deve estar amparado nos princípios, principalmente, os constitucionais estabelecidos, de forma que a interpretação não seja um momento isolado e desconexo com a realidade, e sim que venha a repercutir na prática social, num processo constante de visão e revisão da

prática com a justificativa para essa prática, em um modelo de integridade, tal qual desenvolvido por Ronald Dworkin.

No atual contexto de sociedade, em que a proteção aos mais vulneráveis se encerra em promessas vazias, promessas não cumpridas, muitas vezes com textos normativos natimortos, que a nada servem, o texto constitucional, com seus preceitos fundamentais, ergue-se como o principal instrumento de proteção a permitir ações afirmativas que possam concretizar direitos e garantias fundamentais.

Quanto ao que vem a ser preceito fundamental, vale a pena trazer à cola a manifestação do Professor Cássius Guimarães Chai, em seu trabalho “Descumprimento de Preceito Fundamental: Identidade Constitucional e vetos à Democracia” (2004, p.117):

[...] é toda norma constituída validamente ante a concorrência de todos os interesses individuais, difusos e coletivos, em um processo discursivo democraticamente instituído. É mais do que princípio fundamental e garantia constitucional. É a soma de ambos com os direitos humanos (...) e no âmbito institucional relaciona-se com o dever, na perspectiva da moralidade política, e a possibilidade do cidadão em resistir aos abusos e às indiferenças decorrentes do exercício ou do exercente das funções do poder (autoridade/decisão) da administração pública. Certamente que seu conteúdo se dá apenas no caso concreto.

Nessa enorme cratera entre a existência do direito e o não exercício pleno dele é que está sendo forjada nossa sociedade. O contexto nos revela o ambiente propício àquilo que se convencionou chamar na criminologia de “comportamento desviante”, ou seja, aquele que vem a violar as regras traçadas pelo detentor do poder para o convívio social.

A compreensão do crime como fenômeno social tem diferentes significados para aquele que possui o comportamento desviante (o infrator); para o criminologista que estuda; para o policial que o investiga; para a vítima que o vivencia. É o que se pretende trazer na presente pesquisa, a partir deste capítulo.

1.6 DA CRIMINOLOGIA

A complexidade dos estudos criminológicos faz com que se limite o foco de atenção do presente capítulo, primordialmente, no que diz respeito à criminologia e suas

diversas teorias. Diante dessa limitação, serão abordados tão somente aspectos da criminologia e o ponto de contato existente entre o crime como fenômeno social e a atuação das agências de controle social formal.

Etimologicamente, a expressão criminologia é de origem híbrida, ou seja, deriva do latim “*crimen*” (delito/crime) e da língua grega “*logo*” (tratado). No que se refere ao latim, significa crime, delito; enquanto no grego, significa discurso, reflexão coerente. Assim, a palavra representa o estudo do crime, que se desenvolveu desde a escola Clássica, como será visto mais adiante.

O século XVIII e princípios do século XIX foram épocas em que se desenvolveram muitas teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena nos diversos países europeus. Ganham destaque a obra de Jeremy Bentham, na Inglaterra; de Anselm von Feuerbach e Franz von Liszt, na Alemanha; de Cesare Beccaria e da Escola Italiana de direito penal por Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, a qual tanto influenciou a construção do direito, principalmente no Brasil.

O comportamento desviante sempre esteve presente no comportamento humano, vinculado a todos os estágios de evolução dos povos. À vista disso, a criminologia é a ciência que estuda o crime de forma bem peculiar, pois se intersecciona com a sociologia criminal, a antropologia criminal, a psicologia e a medicina forense, a psiquiatria criminal, ou seja, envolve uma vasta gama das ciências autônomas relacionadas ao crime.

Sobre a criminologia, destaca o professor português, Cândido da Agra (*apud* SHECAIRA, 2021, fls. 59):

Criminologia é o resultado de uma série de fraturas e rupturas, de autonomizações de revoluções, que conduziram à constituição dos grandes continentes do conhecimento: o continente das ciências dos fatos, exatas e naturais, e o continente dos saberes das normas e valores com as suas diferentes regiões, como são as normas jurídicas e o direito; as normas de comportamento e a moral; os valores e a ética.

No final da Idade Média e início da Moderna é que se volta para a importância dos conceitos de crime e criminoso, de forma a separar o delito da prática do pecado, dada a estreita ligação entre Estado, Direito e Igreja.

Há referências de que a expressão criminologia tenha sido utilizada pela primeira vez por Topinard, no ano de 1879, e, mais tarde, em 1885, pelo positivista Garófalo, como título de uma de suas obras⁵.

Para a doutrina majoritária, a criminologia é ciência autônoma, empírica e interdisciplinar, que tem por objeto o estudo do crime, do delinquente, da vítima e do controle social do comportamento delitivo.

No propósito de individualizar os fatores determinantes do comportamento criminoso é que surge, ainda na fase pré-científica, a Escola Clássica da criminologia, cujas teorias foram conduzidas sob o paradigma de que o direito penal e a pena eram considerados não como meio para intervir sobre o sujeito delinquente, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime.

Nas palavras de Alessandro Baratta (2011, p. 31): “Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade”.

A aplicação dos paradigmas quanto ao comportamento criminoso defendido pela Escola Clássica resultou numa formulação pragmática dos pressupostos a serem aplicados na teoria jurídica do delito e da pena, bem como para o processo, assentada no princípio utilitarista e sobre as ideias do contrato social e da divisão de poderes, de forma que a atuação do julgador deve estar obediente não ao executivo, mas à lei. A obra que bem representa esse período foi escrita por Cesare Beccaria em 1764, *Dei delitti e delle pene*.

A Escola Clássica não reconhecia a influência de fatores endógenos ou exógenos na prática delitiva. Não se falava, assim, em causas determinantes do comportamento proibido. O cometimento de um crime, pois, decorria de uma decisão livre e racional do infrator, permitida pelo livre-arbítrio que o guiava (NICODEMOS, 1999).

Nesse período, a responsabilidade penal do criminoso se funda em sua responsabilidade moral, a qual está baseada no livre-arbítrio, assim, tem especial

⁵ Introdução à Criminologia (2020, fl.6).

significância a diferenciação entre imputáveis e imputáveis. Nessa orientação, “[...] o criminoso é penalmente responsável, porque tem a responsabilidade moral e é moralmente responsável porque possui o livre arbítrio” (ARAGÃO, 1977, p. 59).

Foucault (1978) analisa o verdadeiro objetivo da Escola Clássica, qual seja, estabelecer uma nova economia do poder e, assim, distribuí-lo de forma melhor, de modo que ele alcance todo o corpo social burguês.

Nesse sentido:

[...] fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas punir com universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir. (FOUCAULT, 1978, p. 70).

A Escola Clássica, assim, trata-se de uma teoria do controle social, ou seja, fixa os parâmetros com os quais o Estado deve reagir frente ao delinquente, de forma a estruturar a base social para as normas penais.

Forma-se, então, uma nova organização social fortemente influenciada pela teoria do contrato social dos filósofos Hobbes, Montesquieu e Rousseau. Nesse contexto, temos uma visão rigorosamente jurídica do delito, que Carrara (*apud* BARATTA, 2011, p. 36) descreve da seguinte forma: “[...] o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico. O delito é um ente jurídico porque sua essência deve consistir, indeclinavelmente, na violação de um direito”.

Desse pensamento, resulta a fase semicientífica, a Escola Positiva, a escola antropológica italiana, em que o delito encontra sua expressão como ente jurídico, formando-se um sistema penal baseado na “objetividade” do delito. Os expoentes dessa fase são: Césare Lombroso (*L'uomo delinquente* - 1876), Enrico Ferri (*Sociologia criminale* - 1900) e Raffaele Garófalo (*Criminologia* - 1905).

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade (2003a, p. 71),

[...] a emergência da Escola Positiva – e da criminologia – responde, pois, a uma redefinição interna da estratégia do poder punitivo, somente admissível na ultrapassagem do Estado de direito liberal para o estado de direito social ou intervencionista.

A Escola Positiva passava a explicar a criminalidade na “diversidade” ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados. A pena como meio de defesa social não tem o condão apenas repressivo de forma a isolar o criminoso do convívio social, mas caráter curativo e reeducativo. Sobre esse período, assim registra Alessandro Baratta (2011, p. 38):

A responsabilidade moral é substituída, no sistema de Ferri, pela responsabilidade “social”. Se não é possível o delito ao ato livre e não condicionado de uma vontade, contudo é possível referi-lo ao comportamento de um sujeito: isto explica a necessidade de reação da sociedade em face de quem cometeu um delito.

Assim, tanto na Escola Clássica da Criminologia quanto na escola Positiva, apesar das concepções diferentes quanto ao homem e a sociedade, encontramos, salvo exceções, a afirmação de uma ideologia da defesa social, conforme registra Alessandro Baratta (2011, p. 41).

Dessa forma, a Escola Antropológica italiana, como uma nova abordagem de controle, busca resgatar o social antes esquecido, elevando o fim de defesa da sociedade contra os criminosos. Desenvolve-se uma concepção patológica do crime e exalta-se o caráter diferencial de seu autor. Os criminosos, “[...] pelas suas anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, constituem uma classe especial, uma variedade da espécie humana” (ARAGÃO, 1977, p. 138).

Com especial destaque, Cesare Lombroso, com a sua obra *L’ Uomo Delinquente* (1876), supervalorizava aspectos estéticos e da fala dos indivíduos, elevando-os à categoria de representação do criminoso. Claramente, suas ideias culminaram numa estereotipificação do delinquente. Nesse sentido, relata Zaffaroni (1993, p. 165):

[...] hoje sabemos que os estereótipos operam como reitores do processo seletivo dos sistemas penais, mas também sabemos que nem sempre o fazem de forma perfeita, senão que são um ‘reitor geral’, o que, naturalmente, também ocorria na época lombrosiana.

Apesar de defender as causas individuais como determinantes do delito, Lombroso não afastou a influência do meio social no comportamento criminoso e até mesmo atribuiu importância à educação como meio de prevenção geral. Porém, quem passou a defender textualmente a influência social no comportamento criminoso foi Enrico Ferri, em sua obra “Os novos horizontes do Direito e do Processo Penal”, em que defendeu como determinantes do crime os fatores individuais, físicos e sociais.

Raffaele Garofalo, outro expoente da criminologia antropológica italiana, defendia que o comportamento criminoso estava condicionado pela sua teoria do delito natural e os criminosos poderiam ser enquadrados nas categorias de assassinos, violentos, ímprobos e cínicos.

A esse respeito, assim explanou Garcia-Pablos de Molina (1992, p. 125):

[...] trata-se de um déficit na esfera moral da personalidade do indivíduo, de base orgânica, endógena, de uma mutação psíquica (porém não de uma enfermidade mental) transmissível por via hereditária e com conotações atávicas e degenerativas.

As penas impostas nesse período tinham por finalidade uma ação preventiva especial, por representar o tratamento penal adequado a ser dispensado à pessoa presa, de forma que era necessário o seu isolamento como forma de proteção da sociedade.

Por conseguinte, a Escola Positivista legitimava o sistema como defesa social através de um discurso intervencionista em relação às pessoas de comportamento desviantes (seres maus), para proteção aos de comportamento considerado normal (seres bons).

Sobre esse período, assim se posicionou Garcia-Pablos de Molina (1992, p. 614), “[...] nem sequer cabe falar neste modelo criminológico e político criminal de ‘prevenção’ do delito, *stricto sensu*, de prevenção ‘social’, senão de ‘dissuasão penal’”.

É facilmente constatável que as classificações das ciências representam ideologias instrumentalizadas a serviço de interesses diferentes e estruturas de poder. Diante disso, a escola positiva da criminologia possibilita a estruturação e o surgimento da forma contemporânea da Criminologia, a qual também passa a defender os interesses dominantes naquele dado momento, a burguesia europeia (ZAFFARONI, 1993, p. 132).

Juan Bustos Ramirez (1983, p. 32) afirma sobre essa fase:

[...] apesar, pois de que o espírito positivista pretende deslindar a ciência de ideologia, relegando esta a um estado inferior do pensamento e indicando a ciência como o pilar da ordem social (da racionalidade) e a ideologia como a desordem (a irracionalidade), o pensamento positivista é pura ideologia, pois para ele a ordem social existente é um absoluto, não sujeito a discussão. Em suma, o positivismo é a ideologia da nascente sociedade burguesa industrial.

Observa-se que, nessa fase, a criminologia ainda é vista como uma ciência auxiliar ao Direito Penal. Somente no início do século XX, encontraremos as condições

favoráveis para a confirmação de uma nova abordagem, um novo paradigma, um novo pensar criminológico, principalmente influenciado pela situação de pobreza que se via na Europa após as grandes guerras.

Nesse contexto, a sociologia criminal ganha o seu espaço ao tratar o crime como fenômeno social e torna o estudo das relações como objeto principal. Sobre essa fase assevera Roxin (1998, p. 86-87):

[...] deixam o pobre fazer-se culpado, e então entregam-no ao castigo: esta é a política criminal da neutralização que combate o delinquente eliminando-o como inimigo da sociedade. Mas, a partir do momento em que se reconhece a responsabilidade da sociedade por aquilo em que se tornaram os seus membros – e isto não é entusiasmo filantrópico, mas uma perspectiva científico-social muito sóbria -, a sociedade tem de aceitar também o seu dever de reparar o delinquente aquilo que nele se perdeu, ou seja, não deve ‘combatê-lo’ nem marginalizá-lo, mas aceita-lo como sua parte integrante e ajuda-lo a converter-se naquilo que estaria ao seu alcance em condições mais favoráveis.

A partir dos anos 30, instalou-se uma “crise” nas teorias que orientavam a criminologia, ou seja, não fazia mais sentido as pesquisas científicas serem realizadas baseadas nas características biológicas e psicológicas que distinguem os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”. Ocorre, assim, o encontro da criminologia com a teoria social da criminalidade, em que o conceito de defesa social ganha nova compreensão.

Em decorrência dos movimentos migratórios provocados pelas grandes guerras, pensadores de diversas partes do mundo migram para a América do Norte, abrindo um novo campo de conhecimento. Além disso, os Estados Unidos já contavam com uma base filosófica que possibilitaria a recepção de novas ideias e pensamentos (ANITUA, 2008, p. 17).

Dessa maneira, o crime passa a ser considerado uma forma de comportamento aprendido. As perspectivas biológicas em que se acreditava que o delito surgia da livre vontade do indivíduo foram prontamente abandonadas, prevalecendo as teorias do processo social e algumas outras de concepção patológica da criminalidade, nas quais são consideradas as condições subjetivas da pessoa de forma a se levar em consideração a personalidade, a sua história biológica e psicológica, além da totalidade natural e social em que se insere sua existência.

Referindo-se ao comportamento criminoso, Baratta (2011, p. 30) destaca que “A consideração do crime como um comportamento definido pelo direito, e o repúdio do determinismo e da consideração do delinquente como um indivíduo *diferente*, são aspectos essenciais da nova criminologia.”

Assim, o ambiente social no qual as pessoas estão inseridas durante todo seu período de formação ganha destaque como influenciador do comportamento criminoso. Assim, pode-se entender o contexto social como elemento formador de um novo paradigma. Com os avanços dos estudos científicos, verificou-se que o comportamento de qualquer tipo é resultado de uma interação entre características genéticas, hormonais e outras características biológicas de um indivíduo com o meio social. O que torna quase impossível identificar característica biológica que seja apenas compartilhada por criminosos.

Consequentemente, a criminologia tem o propósito de identificar dados e demonstrações fáticas sobre o crime, o criminoso e a criminalidade em geral, diferente, assim, do direito penal, que tipifica o comportamento desviante em uma concepção dos interesses daqueles que estão no poder (ALMEIDA, D., 2020, p. 14).

Segundo o Professor Cássius Guimarães Chai (2019, p. 4),

A aplicação de uma metodologia analítica de fertilização cruzada de diferentes sistemas jurídicos e fontes legais de julgamento justo está sempre ligada ao devido processo legal e desempenha, como deveria, em cada regime legal um princípio de salvaguarda contra a privação de liberdade, vida ou propriedade. Assim, o julgamento justo como um direito humano merece que todos os esforços institucionais possíveis sejam observados, garantidos e protegidos pelas sociedades democráticas.

Daí a importância de a criminologia ter sido elevada à categoria de ciência autônoma e do uso de suas bases para o estudo do comportamento criminoso. Dessa forma, teremos uma análise evolutiva que permita a compreensão do comportamento desviante e dados necessários para intervenções que objetivem a redução da criminalidade através de um viés preventivo-criminal com políticas públicas voltadas para ações extrapenais.

1.7 O COMPORTAMENTO CRIMINOSO

As teorias do processo social da criminologia são estruturadas sob o aspecto de que o comportamento criminoso é aprendido em um processo de interação com o grupo a que determinada pessoa pertence. Daí a grande importância das instituições sociais, tais como a família, a espiritualidade, o casamento, a escola, o trabalho, pois transmitem valores e normas a seus membros e comunicam suas visões de mundo, além de padrões de comportamentos aceitáveis.

Nesse entendimento, sob as perspectivas das teorias sociológicas da criminalidade, os elementos que influenciam para ensejar o comportamento criminoso são permanentemente ativos, abertos e contínuos ao longo da vida de uma pessoa, e as escolhas criminosas tendem a persistir, porque são reforçadas pela reação da sociedade àqueles que ela identificou – rotulou – como criminosos.

Por mais que o Estado atue no sentido de aprimorar o tratamento penal a ser dispensado à pessoa presa, o processo de reinserção na sociedade é bastante complexo e demanda tempo e valores culturais. Torna-se fundamental um novo olhar para o ser humano, com o envolvimento da sociedade e instituições, diante dessa mudança de paradigma quanto ao que vem a ser defesa social.

Da mesma forma, o Estado, como órgão representativo de valores daqueles que estão no poder, através do Direito Penal, passa a normatizar aquilo que se designa como um conjunto de normas jurídicas que tem por objetivo a determinação de infrações de natureza penal e suas respectivas sanções, na proteção de determinado bem jurídico, de forma a estabelecer limites para a incidência da intervenção penal, só podendo se efetivar se cumpridos os critérios de afetação a um bem jurídico (ALMEIDA, D., 2020, p. 14).

Sob esses parâmetros, o dominador (Estado) pretende a manutenção de uma estrutura social que lhe proporcione o controle, que lhe confira a autoridade de forma a construir as normas de comportamento que julga adequadas a esse sistema.

O conflito surge quando, então, os integrantes de um grupo social creem em valores distintos do Estado, resultando nas teorias do conflito, as quais fornecem os dados

necessários para entendimento do comportamento criminoso em determinado grupo social.

As teorias do conflito “[...] localizam as verdadeiras variáveis do processo de definição e seleção nas relações de poder dos grupos sociais, partindo do dado da estratificação social e dos conflitos de interesses.” (MOLINA, 1986, p. 343).

Importante o esclarecimento trazido por Frank Schmalleger (2017, p. 31, tradução livre):

Em última análise, o objetivo da pesquisa em criminologia é a construção de teorias ou modelos que permitam uma melhor compreensão do comportamento criminoso e que permitam o desenvolvimento de estratégias destinadas a enfrentar o problema do crime. Simplificando, uma teoria consiste em um conjunto de proposições inter-relacionadas que fornecem uma forma relativamente completa de compreensão.

Há pessoas que preferem seguir as regras de seus grupos, mesmo que estejam elas em desacordo com a lei penal e independentemente das sanções previstas pelo Estado em caso de violação. Elas se preocupam e sofrem mais com a possibilidade de uma punição imposta pelo seu próprio grupo, caso descumpram suas regras, do que com a determinada pela lei penal, restando comprometido o seu poder de intimidação (SELLIN, 1960, p. 579-593).

É o que acontece com o recrutamento de jovens, adolescentes e crianças, realizado pelas facções criminosas instaladas em regiões em que há ausência de políticas públicas voltadas a atender condições mínimas de sobrevivência. As facções passam a repassar para seus integrantes “valores” próprios. Traçam os comportamentos que julgam adequados e chegam até a estabelecer regras de convivência na comunidade onde têm seu domínio.

Assim, os conflitos de atitude da sociedade moderna em relação às condutas delituosas etiquetadas pelo Estado, ente responsável em transformar seus valores em lei, faz com que o efeito intimidativo da pena, especialmente a privativa de liberdade⁶, seja extremamente variável.

⁶ Esclarecemos melhor esse ponto no capítulo 2 - Aspectos fundamentais quanto à finalidade da pena e seus efeitos.

Foucault, inspirado em Platão, ensina-nos que o indivíduo que possui as qualidades de refutar e mover o espírito do outro conseguirá transformar a atitude daquele que estava enganado. Segundo ele, a alma é como uma balança, inclina-se para um ou outro lado (FOUCAULT, 2006, p. 172):

Queiramos ou não, inclina-se conforme a verdade que é levada a reconhecer. E, quando sabemos assim [manobrar] o combate (a *mákhé*) que se desdobra no espírito do outro, quando, por uma suficiente arte do discurso, somos capazes de conduzir a ação que consiste em refutar a verdade em que ele crê e mover seu espírito para o bom lado, neste momento então somos verdadeiramente um filósofo conseguiremos dirigir o outro como convém.

Em uma sociedade plural, como as modernas ocidentais, certamente normas de condutas tendem a gerar conflitos quanto a sua legitimidade, haja vista valores e características distintos, muitas vezes opostos. Isso demonstra, ainda mais, a necessidade de políticas públicas que favoreçam as instituições sociais para que tenham as condições necessárias para influir, positivamente, na formação da pessoa humana, o que importa, em especial, atenção à infância.

Ganha importância, ainda, o comportamento que a sociedade entende por desviante e como reage a ele. Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os autores que se inspiram na teoria social, chamados “interacionistas”, perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre dessa definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?”, enfim, “quem define quem?” (BARATTA, 2011, p. 89).

Segundo Vera Regina P. de Andrade (2003c, p. 280):

[...] a criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante a um duplo processo: a ‘definição’ legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a ‘seleção’ legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a ‘seleção’ que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tal conduta.

Constata-se, então, que a criminologia, que antes se concentrava apenas no delito e no delinquente, passa a se interessar pelo controle social, de forma que, no processo da criminalização, será importante identificar o interesse social, o delito natural, quem

é o criminoso e o que é crime. Torna-se, portanto, uma criminologia crítica, que adota o paradigma da reação social.

Nesse sentido, é impossível sustentar a continuidade da subordinação da Criminologia ao Direito Penal, tal qual pregava o modelo integrado da ciência penal (BARATTA, 1993, p. 501).

A criminologia passa a se constituir numa atividade política que se evidencia na interpretação das condutas contrárias à ordem social, bem como na denúncia das instituições que não realizam democraticamente esse controle (BERGALLI, 1987, p. 107).

Assim, os estudos passam a ser conduzidos de forma a se buscar a “identidade” desviante, o que se define como “desvio secundário”, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de “criminoso” (ou também de doente mental) sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta.

Edwin Lemert, em sua obra *Human Deviance, Social Problems and Social Control* (apud BARATTA, 2011, p. 90) sustenta que

[...] os principais problemas de uma teoria da criminalidade: o primeiro é “como surge o comportamento desviante”; o segundo, “como os atos desviantes são ligados simbolicamente, e as consequências efetivas desta ligação para os desvios sucessivos por parte da pessoa”.

Dessa forma, o comportamento criminoso é aquele que viola as regras sociais. Os eventos sociais são interpretados de maneira diferente, ou seja, de acordo com as experiências culturais e os interesses de quem está no poder.

O crime, como fenômeno social, tem diferentes significados para aquele que possui o comportamento desviante, o infrator; para o criminologista que estuda; para o policial que o investiga; para a vítima que o vivencia. Essas nuances serão aprofundadas no próximo item de nosso estudo.

1.3 UM NOVO CONCEITO DE CRIME

A forma como o Direito foi tratado ao longo dos anos passou por constantes transformações, de modo a se compreender e regular os fenômenos jurídicos e sociais capazes de melhor responder à necessidade social, com uma proposta

harmonizadora dos conflitos sociais existentes e levados para a prática jurídica na qual é imperiosa a aplicação do Direito.

O Direito busca promover a sua aplicação sobre o fato, no caso prático, existente, limitando o papel do intérprete ao de um aplicador do Direito, de forma meramente descritiva e lógica, incapaz de corroborar significativamente o conteúdo normativo. Ao se propor uma reflexão sobre um novo conceito de crime, recai-se justamente neste ponto, qual seja, a compreensão do que venha a ser esse fenômeno social.

A esse respeito afirmam Alexandre de Castro Coura e José Emílio Medauar Ommati (2020, p. 320):

[...] a parte normativa deve envolver não apenas o que as normas jurídicas postas significam, mas uma teoria moral, uma teoria filosófica, uma teoria da legitimidade das atuações dos poderes políticos, ou seja, a parte normativa da teoria jurídica está mesclada de pressupostos políticos, morais e filosóficos.

Em sua obra *Criminology Today. An Integrative Introduction* (2017, p. 23), o professor Frank Schmalleger propõe que, por uma análise legalista, o crime é a conduta humana que viola as leis criminais de um estado, do governo federal ou de uma jurisdição local que tem o poder de fazer leis.

Como exposto no tópico anterior, as leis são produtos sociais, assim, o crime é socialmente relativo, no sentido de que é criado pela atividade legislativa. O criminologista Jeffrey H. Reiman (*apud* SCHMALLEGER, 2017, p. 24, tradução livre), em sua análise sobre o crime na América, registra: “É principalmente reservado para as ações perigosas dos pobres”. Escrevendo sobre locais de trabalho insalubres e inseguros, Reiman (*apud* SCHMALLEGER, 2017, p. 24, tradução livre) perguntou: “Um crime com qualquer outro nome ainda causa miséria e sofrimento? O que há em um nome?”

Sobre o comportamento criminoso, não se trata apenas de um comportamento individual. Da mesma forma é o crime, diante da natureza complexa e coletiva, determinada em decorrência de uma vida em sociedade e de seus conflitos gerados.

Nesse diapasão, preleciona Elena Larrauri (2000, p. 65): “[...] é nada mais do que um ponto de vista sobre o antissocial que logrou impor-se sobre outros pontos de vista, em dado momento e lugar”.

Logo, por ser um comportamento humano, não se deve considerar o crime como algo fechado em si mesmo, e sim aberto à interpretação, negociação e interação. Mesmo porque os atos considerados como crime, muitas vezes recebem diferentes significados dentro dos diversos contextos sociais (CHRISTIE *apud* BAIGÚN *et al.*, 2005, p. 555).

Observa-se que o crime está diretamente ligado a uma perspectiva coletiva, já que se torna produto da colaboração tácita ou expressa de muitas pessoas ou grupos de pessoas e, dessa forma, as reações sociais não necessariamente atuam contemporaneamente, mas sim em degraus, devendo ser consideradas de forma isolada, pois o comportamento final, o delito, perpassa a explicação de cada uma delas (BECKER, 1997, p. 199).

O crime passa, então, por uma redefinição, ou seja, compreendido não mais como um fenômeno individual, conforme preceituava a criminologia tradicional, e sim um fenômeno de natureza complexa e coletiva, o qual é determinado pelas interações do indivíduo com seus pares e também com as instâncias de controle (polícia, Ministério Público, sistema penitenciário, poder judiciário).

Ao ser considerado assim, o delito torna-se parte da atividade humana e sua tipificação como atividade criminalizada ou não está sujeita a modificações conforme o contexto social, o qual será capaz de influenciá-lo e transformá-lo.

Sobre o crime e seus efeitos perversos na geração de medo na sociedade, assim se manifestou Thiago Allison Cardoso de Jesus e Viviane Freitas Perdigão Lima (2020, 125):

Nessa senda, o crime passa a ser, na sociedade moderna, um dos maiores riscos de desagregação social atraindo, de logo, as razões para seu imediato enfrentamento. Para isso, há reforço pela mídia dos medos e um papel importante dela para um alarme social.

O conceito de crime surge como uma ideologia de defesa social, nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal (BARATTA, 2011, p. 41).

Nesse sentido, “[...] a estrutura social não permite, pois, na mesma medida, a todos os membros da sociedade, um comportamento ao mesmo tempo, conforme aos valores e às normas” (BARATTA, 2011, p. 63).

Compreendido assim, conforme a posição que o indivíduo ocupa na sociedade, estará sujeito a influências que poderão redundar na geração de tensão, conflito, entre a estrutura social e os valores culturais dominantes.

Diante desse novo contexto de encarar a criminalidade, Alessandro Baratta sugere a construção de uma política criminal alternativa, que se basearia na diferenciação da criminalidade pela posição social do autor: ações criminosas subalternas (crimes patrimoniais) e ações criminosas superiores.

Às primeiras se utilizariam critérios de despenalização, através da substituição de sanções penais por controles sociais não estigmatizantes; para as superiores (saúde, ecologia, segurança do trabalho, interesses individuais e comunitários), uma ampliação do sistema punitivo (BARATTA, 2011, p. 29-30).

Compreender o crime como um fator social nos conduz ao raciocínio de que o envolvimento da sociedade para a solução da criminalidade torna-se indispensável. O direito, como ramo da moralidade política, na visão Dworkiana, auxilia nesse processo para que se desenvolva como um corpo integrado e articulado de forma a se ter parâmetros na busca de práticas socialmente convergentes do que vem a ser crime, ou seja, uma redefinição de seu conceito socialmente compartilhado.

Nesse sentido, ao comentar sobre a obra *Justice for Hedgehogs*, de Ronald Dworkin, assim registram Francisco José Motta Borges e Claudio Mello (2017, p. 727): “Agora, Dworkin situa o direito como parte do todo representado pelo mundo do valor. Nesse sentido muito amplo, o mundo do valor é a instância que define como nós humanos podemos viver uma vida boa, individual e coletivamente.”

Devemos recolher das regras socialmente compartilhadas os conceitos que a partir delas extraímos e procurarmos a concepção que mais coerente e adequadamente os descreve de forma a se buscar a melhor justificação.

Ao aplicador do direito caberá agir semelhante a um exercício literário de escrita como “romance em cadeia”, no qual diversos autores escrevem, em sequência, um texto literário, porém de forma a respeitar o sentido e a intencionalidade fixadas nas práticas sociais.

Dworkin afirma que muitas controvérsias interpretativas giram em torno de divergências teóricas ancoradas em concepções concorrentes de uma mesma prática. O critério para melhor concepção não é convencional por si mesmo, mas antes argumentativo, muito embora se apoie em regras sociais em algum momento.

Na visão dworkiana, uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional. Na construção dessa redefinição do conceito de crime, deve-se estar apoiado em método e premissas, de forma a não se estar ancorado por completo no positivismo jurídico, ou seja, em um conceito jusnaturalista tradicional, e sim em um consenso social.

O ponto de vista consensual sustenta que as leis devem ser promulgadas para criminalizar determinadas formas de comportamentos, quando os membros da sociedade geralmente concordam que tais leis são necessárias (SCHMALLEGER, 2017, p. 28).

Considerando que a necessidade de atribuição de significação de um comportamento está intimamente relacionada ao que a sociedade convencionou como desviante, esse processo nos exige uma análise ética e moral que esteja livre de valores pessoais, estritamente subjetivos.

Conforme apontam Thiago Allison Cardoso de Jesus e Viviane Freitas Perdigão Lima (2020, p. 131),

O direito acaba por se redefinir, e nesse amplo aspecto de redefinição ante suposto anseio social por ordem, surge sua faceta mais dinâmica e repressora, enxertada em normas penais. O direito penal, anteriormente visto como *ultima ratio*, passa a ser a *prima ratio* da política estatal, num populismo punitivo de que, por meio de instrumentos repressivos e pela neutralização do outro será obtida a tão sonhada epifania de paz social, como meio de assegurar uma sobrevivência à sociedade.

À vista disso, a construção e a redefinição de um novo conceito de crime estão intimamente ligadas à interpretação do direito, que deve estar ancorada em uma filosofia política que incorpora e depende não apenas de uma teoria da justiça nos moldes tradicionais, mas também uma teoria moral política, aqui entendida como reciprocidade e no trato às pessoas com igualdade, respeito, consideração, ética, liberdade com responsabilidade.

Por esse ponto de vista, preleciona Ronald Dworkin (2003, p. 211-212):

[...] a comunidade pode ser personificada como um “agente moral”, querendo dizer com isto que “a comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com os seus membros, e que as autoridades se comportam como agentes da comunidade ao exercerem esta responsabilidade.”

Ao Poder Judiciário, na figura do juiz, vai caber essa importante e fundamental ação proativa, no sentido de se afastar dos anseios vingativos da sociedade, refém do medo, e aplicar o direito com justiça social, de forma a se efetivarem direitos e garantias constitucionais, e não a exclusão daquele eleito por inimigo.

Diante dessa perspectiva da criminologia crítica e os poucos avanços que se constata quanto ao enfrentamento da criminalidade ancorada em um modelo tradicional, exige-se um redirecionamento do que vem a ser o sistema penal, de modo a se tornarem mais abertas e não tão restritas as balizas da lei, o que acaba por afastar o sistema de justiça da realidade de nosso contexto social – uma sociedade de risco e de exclusão social, para a qual o Estado não se mostra eficiente em políticas públicas geradoras de justiça social.

Assim, ao analisar o comportamento criminoso, que a reação social seja buscada no sentido de se alcançar um novo conceito para o que venha a ser crime, afastado do populismo punitivo, consciente dos efeitos que moradores de regiões em vulnerabilidade são alvos constantes do contato diário com a violência, seja por parte de criminosos, seja das contantes operações policiais, e tenha a melhor justificação ou argumentação racional sobre o exercício do poder penal sobre a vida.

Acerca desse momento de forte destaque do Poder Judiciário e da atividade judicial, afirmam Thiago Allison Cardoso de Jesus e Viviane Freitas Perdigão Lima (2020, p. 138):

Apesar de tal dicotomia, um ativismo judicial moderado, mesmo na área criminal, é importante para dialogar com o vazio entre as promessas do constitucionalismo nacional e a vida da população, mesmo que surjam discursos numa perda do referencial clássico de separação dos Poderes da República.

Um Judiciário comprometido com os valores constitucionais é salutar, legítimo e recomendável no atual contexto político e social. Não é transformá-lo em um Poder herói sempre apto a corrigir as necessidades emergentes da sociedade, mesmo porque por detrás de tal pensamento existem jogos estratégicos de ação e reação encabeçados pelo medo da criminalidade.

Daí a importância de se considerar, nas decisões judiciais, o impacto da exposição à violência sobre a comunidade onde as pessoas habitam, diante das atitudes e valores que orbitam no cotidiano e que podem gerar o comportamento criminoso em um verdadeiro processo de vitimização. Se não há a possibilidade de se fecharem os olhos ao fato típico, antijurídico, que se atribua maior peso à culpabilidade e ao histórico social daquele que vem a ter uma atitude criminalizada.

Em pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violação de direitos humanos e violência, realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, registrou-se (CARDIA, 2012, p. 52):

O uso de “palavras de baixo calão” continua a ser a forma de agressão mais frequente, principalmente entre os jovens. Enquanto entre os de maior idade 1,6 pessoas em cada 100 relatam ter sido vítimas deste tipo de agressão, entre os mais jovens a proporção é de 1 pessoa em cada 3. Outras diferenças observadas referem-se ao contato com autoridades. Entre 1999 e 2010, na média, caíram os relatos de agressão e extorsão por policiais, porém, entre os jovens, a frequência de resposta positiva a esta questão aumentou de 2,5% para 4,3%. Além disso, os relatos de agressão por policiais permaneceram praticamente estáveis para esta faixa etária de até 19 anos, 6,8% (2010) contra 6,5 (1999), enquanto, na amostra como um todo, estas ocorrências caíram de 3, 1% (1999) para 2,1% (2010). Apesar da redução da diferença entre os grupos mais jovens e os de mais idade, o contato com drogas (“alguém lhe oferecer drogas” ou “pedir informações sobre comprar drogas”) é duas vezes mais frequente entre os mais jovens do que os respondentes acima de 40 anos.

Definitivamente, urge uma nova postura na aplicação do Direito.

1.4 UM NOVO CONCEITO DE DELINQUENTE

Ronald Dworkin (2010, p. 59) nos traz que o Direito é um sistema composto de regras e de princípios, de modo que o juiz não deverá estar atrelado somente ao conteúdo

das regras para a tomada de suas decisões, embora também não seja todo o princípio que pode ser invocado para a resolução de uma demanda concreta, mas sim de acordo com o seu grau de relevância.

Dessa forma, a aplicação do Direito, num primeiro momento, trata-se de uma atuação complementar e conjugada, não se falando em substituição de um método por outro, mas de uma complementação do sistema jurídico. Nessa compreensão, o contexto social, político, cultural exerce influências sobre o intérprete, haja vista que oferece ao juiz elementos circunstanciais a serem utilizados por ele.

Neste sentido, ensina Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p.121):

Uma das tendências mais marcantes do pensamento jurídico contemporâneo reside na convicção de que o fundamento do sistema jurídico não deve ser procurado na esfera metafísica do cosmo, da revelação religiosa ou da estrutura de uma razão humana universal. Tais argumentos jusnaturalistas, baseados na existência de supostos direitos naturais, revelam-se inadequados em face da constatação de que a ordem jurídica deve ser compreendida em sua dimensão empírica e, portanto, vinculada ao plano histórico-cultural da convivência humana. De outro lado, consolida-se o entendimento de que o fenômeno jurídico não pode ser justificado pela manutenção de um conjunto meramente formal de regras jurídicas, apartadas do mundo dos fatos e valores, como sugere o idealismo típico das diversas doutrinas positivistas que promovem o distanciamento social e o esvaziamento ético o Direito.

Diante dos limites do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, a ciência jurídica atual vem buscando formular novas propostas de fundamentação e legitimação do Direito, de modo a permitir a compreensão de suas múltiplas dimensões – normativa, fática e valorativa – e a realização ordenada da justiça no âmbito das relações concretas. Esse novo momento de reflexão do conhecimento jurídico, intitulado de pós-positivismo jurídico, vem procurando reconstruir os laços privilegiados entre o Direito e a Moral, aproximando o fenômeno jurídico das exigências da realidade social.

Esse novo momento do Direito, da ciência do contexto social pelo qual passamos, direciona-nos para redefinições de métodos de avaliação do comportamento humano em sociedade, em especial da questão da criminalidade e do que vem a ser considerado crime.

Um dos esforços recentes mais importantes na compreensão da natureza humana é o Projeto Genoma Humano (HGP), um programa de pesquisa internacional projetado para construir mapas detalhados do genoma humano. O HGP começou nos Estados Unidos, em 1990, por meio de um esforço conjunto do Departamento de Energia e do Instituto Nacional de Saúde (SCHMALLEGER, 2017, p. 100).

O projeto teve por objetivo determinar a sequência química completa do DNA humano. Pesquisadores participantes do projeto trabalharam juntos para localizar os quase 100.000 genes dentro do genoma humano e para determinar as sequências dos 3 bilhões de pares de bases químicas que constituem o DNA humano (SCHMALLEGER, 2017, p. 100).

O HGP foi oficialmente concluído em 14 de abril de 2003 e marcou o início de uma nova era da pesquisa em humanos e compreensões reformuladas da natureza humana, doença, cognição e comportamento (SCHMALLEGER, 2017, p. 100).

Na década de 1990, pesquisadores do Centro de Ciências da Saúde da Universidade do Texas, em San Antonio, anunciaram a descoberta de um gene de busca de prazer que eles suspeitavam desempenhar um papel no comportamento desviante, vícios e talvez até assassinato e violência.

Em 2002, Avshalom Caspi e Terrie E. Moffit e seus colegas ofereceram um modelo de interação gene-ambiente que reconhecia que os maus-tratos ocorridos na infância parecem ser um “fator de risco universal para comportamento antissocial” na idade adulta (SCHMALLEGER, 2017, p. 102, tradução livre).

Usando dados do *Dunedin Multidisciplinary Health and Development Study* – um estudo que envolveu 1.037 crianças nascidas na maternidade em Dunedin, Nova Zelândia, entre 1º de abril de 1972 e 31 de março de 1973 –, Caspi e Moffit observaram que nem todas as crianças maltratadas crescem até se tornar criminais, mas eles levantaram a hipótese de que o desenvolvimento do comportamento antissocial é mediado por uma interação entre um gene responsável pela produção da enzima MAO-A e uma variável de ambiente (maus-tratos).

Os pesquisadores demonstraram uma interação biossocial significativa entre a MAO-A e o abuso infantil precoce, levando à violência mais tarde, na vida. Os pesquisadores concluíram que “[...] maus-tratos na infância predispõem mais fortemente à violência adulta entre crianças cuja MAO-A é insuficiente para restringir as alterações induzidas por maus-tratos nos sistemas de neurotransmissores” (SCHMALLEGER, 2017, p. 102, tradução livre).

O foco contínuo no gene relacionado à produção de MAO-A levou à descoberta anunciada de um “gene guerreiro” e, em 2010, a *National Geographic Television* produziu um programa intitulado “*Inside The Warrior Gene*”, que apresentava homens que sentiam que suas vidas eram controladas por uma raiva profunda e constante que pode ser atribuída a tal condição biológica (SCHMALLEGER, 2017, p. 102).

Os chamados genes criminosos podem ser nada mais do que predisposições genéticas para responder de certas maneiras a um ambiente criminógeno, ou seja, o contexto social em que o delinquente está inserido. Nesse sentido, registra Lola Aniyar de Castro (1983, p. 134): “[...] os desviantes não são seres monstruosos, mas pessoas totalmente normais que se comprometeram com um modo de conduta em razão de processos sociais normais”.

Consequentemente, o comportamento desviante resulta de uma relação conflitiva em que certos indivíduos fazem uma leitura própria do sistema e das regras sociais, ou seja, desviam-se do padrão das regras de convivência, traçadas pela sociedade em geral. Assim, não necessariamente são os tipos de condutas praticadas que diferenciam os delinquentes dos que não o são, mas sim as respostas dos membros que compõem a sociedade.

Todos, de alguma forma, estão sujeitos a impulsos criminosos, porém apenas alguns os efetivam, agindo na dependência do processo de comprometimento que estabelece com as instituições e com as normas comportamentais. Ou seja, aquele que está mais comprometido com o ambiente social em que está inserido e sabe que irá perder ao se direcionar para a delinquência tende a não seguir o caminho do crime. Da mesma forma age, no sentido contrário, aquele que não tem nada a perder.

De acordo com Ayush Morad Amar (1982, p. 72):

[...] o estereótipo delinquente ou desviante está solidamente relacionado às reações do grupo contra os atos de perpetração do antissocial. O comportamento de um indivíduo é, na realidade, fator predisponente para sua consideração como delinquente ou desviante. A decisão crucial, contudo, repousa sobre o grupo e seus órgãos de controle social que podem, ou não, classifica-lo como desviante. Isso significa que o comportamento atribuído fora do contexto social é insuficiente para constituir ‘deviance’ social. Além disso, muitas vezes, pessoas que não foram absolutamente desviantes no seu comportamento tornam-se rotuladas como tal pelos órgãos de controle social”.

Outro fator examinado como determinante do comportamento desviante são os hormônios. O hormônio sexual masculino, a testosterona, por exemplo, tem sido associada à agressão e parece desempenhar um papel importante no aumento da propensão à violência e agressão entre homens.

No que pode ser o trabalho definitivo até o momento sobre a influência dos hormônios, assim concluíram Alan Booth e D. Wayne Osgood (*apud* SCHMALLEGER, 2017, p. 113, tradução livre): “[...] relação moderadamente forte entre a testosterona e o desvio adulto e sugeriram que a relação é amplamente mediada pela influência da testosterona em integração social e envolvimento anterior na delinquência juvenil.”

Pesquisas semelhantes feitas por neuropsiquiatras suecos, em 2003, descobriram que uma “desregulação da serotonina “no cérebro e no sistema nervoso central pode levar ao aumento da impulsividade, irresponsabilidade, agressão e necessidade de estimulação” (SCHMALLEGER, 2017, p. 114, tradução livre).

Em uma entrevista, Rogers D. Masters, Professor Pesquisador do Dartmouth College, observou (*apud* SCHMALLEGER, 2017, p. 110-111, tradução livre) que

A presença de poluição é um fator tão grande (na causa do crime) quanto a pobreza. É a quebra do mecanismo de inibição que é a chave para o comportamento violento. Quando a química do cérebro é alterada pela exposição a metais pesados e outras toxinas, as pessoas perdem a contenção natural que mantém suas tendências violentas sob controle.

Disso resulta a constatação de que as teorias modernas da criminalidade enfatizam a interação das teorias biológicas com os ambientes sociais e físicos circundantes. Assim, ao contrário das teorias biológicas tradicionais, as perspectivas biossociais modernas reconhecem o papel do meio ambiente em moldar os processos biológicos e as propensões comportamentais relacionadas a esses processos.

No percorrer de sua formação, o indivíduo ultrapassa suas fases da infância até a idade adulta desempenhando diferentes papéis, aos quais correspondem direitos e obrigações. Nesse modelo de sociedade, as pessoas acabam recebendo classificações conforme seus padrões de comportamento frente aos demais.

As teorias do processo social são estruturadas sob o aspecto de que o comportamento criminoso é aprendido em um processo de interação com o grupo a que determinada pessoa pertence. Daí a grande importância das instituições sociais, tais como a

família, a espiritualidade, o casamento, a escola, o trabalho, pois transmitem valores e normas a seus membros e comunicam suas visões de mundo, além de padrões de comportamentos aceitáveis.

Sob as perspectivas das teorias sociológicas da criminalidade, os elementos que influenciam para ensejar o comportamento criminoso são permanentemente ativos, abertos e contínuos ao longo da vida de uma pessoa e as escolhas criminosas tendem a persistir, porque são reforçadas pela reação da sociedade àqueles que ela identificou – rotulou – como criminosos.

Por mais que o Estado atue no sentido de aprimorar o tratamento penal a ser dispensado à pessoa presa, o processo de reinserção na sociedade é bastante complexo e demanda tempo e valores culturais. Torna-se fundamental um novo olhar para o ser humano, com o envolvimento da sociedade e instituições, diante dessa mudança de paradigma quanto ao que vem a ser defesa social.

Conforme se extrai dos ensinamentos do professor Frank Schmalleger (2017, p. 195), as teorias do processo social da causação do crime – a Teoria da Rotulagem é uma delas – assumem que todos têm o potencial de violar a lei e a criminalidade não é uma característica humana inata. Muito pelo contrário, o comportamento criminoso é aprendido na interação com os outros, e o processo de socialização é a principal rota por onde pode ocorrer a aprendizagem e permanece ativa, aberta ao longo da vida de uma pessoa.

Assim, a teoria da rotulagem, também chamada *teoria da reação social*, refere-se ao comportamento da sociedade ao criminoso que retorna ao seu convívio, após o tratamento penal. Observa-se nas respostas negativas e na limitação de oportunidades fatores que fazem emergir o comportamento criminoso, sendo obstáculos a um novo curso em suas vidas, ou seja, a sociedade parece nunca esquecer.

A redefinição do conceito de delinquente passa obrigatoriamente por esse novo olhar que a sociedade deve desenvolver, de forma a se ter mecanismos mais dinâmicos e que se adaptem mais rapidamente ao social, a ponto de atender ao fato que deu origem ao conflito e o apresentando ao Direito.

Daí a importância de compreender melhor as fontes de criminalização e entregar ao Direito, ao intérprete, para que, munido desse novo contexto social e da criminologia, utilize uma metodologia que produza uma solução justa ao caso concreto, que alie a disposição abstrata com a realidade fática existente, de forma justa e atual, o que, contrariamente, muitas vezes não se consegue fazer abstratamente.

1.5 FONTES FORMAIS DA CRIMINALIZAÇÃO

A interpretação do Direito na atualidade pós-positivista propõe uma forma integrativa dos direitos fundamentais, de maneira que se constituem em pressupostos do Estado Democrático de Direito. Esse neoconstitucionalismo impõe um controle jurisdicional sobre os preceitos constitucionais, a fim de garantir a aplicação dos direitos fundamentais nas relações sociais.

Nesse diapasão, Dworkin (2005, p. 239) reafirma a integração da ciência jurídica com elementos sociais, de forma a alcançar uma proposta de Direito aliada à justiça e que venha a resolver as disputas sociais:

[...] Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (Essa caracterização é, el própria, uma interpretação, é claro, mas permissível agora por ser relativamente neutra.) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve.

Com efeito, a aplicação da justiça importa numa compreensão não só do conteúdo da norma, mas também deve estar amparada nos princípios, principalmente, os constitucionais estabelecidos, de forma que a interpretação não seja um momento isolado e desconexo com a realidade, e sim que venha a repercutir na prática social, num processo constante de visão e revisão da prática, com a justificativa para tal prática.

Para tanto, o aplicador do direito precisa conhecer o momento histórico que se passa, o contexto social, político e cultural, para que tenha clareza na identificação da origem

do conflito social. Diante do fenômeno da criminalidade que assola a sociedade de nosso tempo, torna-se essencial conhecer as fontes que dão origem à criminalização.

O crime está diretamente ligado a uma perspectiva coletiva, já que se torna produto da colaboração tácita ou expressa de muitas pessoas ou grupos de pessoas. O crime representa uma ameaça, por ser uma conduta típica, culpável e antijurídica. Ao descrever sobre os riscos e ameaças no Brasil e o processo discursivo da jurisdição constitucional brasileira, assim registra o Professor Cássius Guimarães Chai (2006, p. 242):

A própria Constituição traz no bojo do art. 5º XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a direito*. Por direito, a revisão do ato de violência (*gewalt*) pode perdurar uma eternidade judicial. Contudo, um ponto crucial a ser tematizado aqui é se há critérios legítimos para a seleção dos riscos, ou das situações de risco e, sobretudo quem ou qual órgão e sob quais condições discursivas assume o *lôcus* discursivo para determinar quais riscos ou situações-de-riscos podem ser objeto da tutela judicial. Noutros termos, objeto do processo discursivo de controle normativo.

Os processos formais de criminalização decorrem da seleção, pelos mecanismos de controle social formados pelas agências do sistema penal (polícia, judiciário, sistema penitenciário), de pessoas e condutas a serem punidas. Trata-se de instâncias de regulação dos corpos, desde uma situação de poder, ou em concordância com ele, em benefício da ordem instituída (VISCARDI, 1999, p. 168-199).

As espécies de controle social são, em geral, efetuadas através do controle social informal e formal. O primeiro relaciona-se com a sociedade civil e instituições, através de seus atos de fiscalização; já o segundo é desempenhado pelas agências de controle ligadas ao poder do Estado de punir, ao sistema de justiça penal, os quais, em razão disso, conduzem a criminalização ou convergem na sua produção.

Dos ensinamentos de Zaffaroni (1988, p. 51-55) extraímos que toda intervenção do sistema penal é inevitavelmente violenta, seletiva e estigmatizante e, quanto mais conflitos se lhe derivem, mais forte é a concentração verticalista de poder e as relações horizontais estão diluídas, ou seja, a comunidade mais desintegrada.

Nesse contexto, a Teoria da Reação Social, proveniente da Criminologia Crítica, vem questionar quanto aos efeitos preventivos e (re)socializadores da pena privativa de liberdade, ou seja, vem no sentido de ser aplicado o paradigma criminológico *Labeling*

Approach, no qual “[...] o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência [...]” (BARATTA, 2011, p. 86).

Nesse sentido assim se posiciona Esther Giménes-Salinas Colomer (1981, p. 16):

[...] a convicção errônea de que o Direito Penal pode solucionar os problemas da sociedade está muito arraigada, especialmente no pensamento mais conservador. Esta crença absoluta é própria de uma sociedade que diante dos problemas não é capaz de analisar sua origem. É mais própria de uma sociedade infantil, que desejaria que o mundo estivesse dividido como nos filmes do velho oeste: os bons e os maus.

Assim, na tentativa de dar uma resposta ao sentimento de vingança que permeia a sociedade diante do aumento da criminalidade, o Estado passa a se munir de instrumento de repressão, impulsionando o controle social através de suas agências do sistema penal, o que acaba por gerar um efeito contrário, tratando de ser fonte formal de criminalização.

Nessa perspectiva, afirma Vera Regina Pereira de Andrade (2003b, p. 218):

[...] é quando o enfoque macrosociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele, em especial para o processo de criminalização, que o momento crítico atinge sua maturação na Criminologia, e ela tende a transformar-se de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal. De modo que, deixando de lado possíveis diferenciações no seu anterior, ela se ocupa hoje em dia, fundamentalmente, da análise dos sistemas vigentes.

Observa-se que é principalmente na esfera do controle social formal que identificamos os processos responsáveis pela definição do crime e do criminoso, sendo seu foco de estudo a perquirição das condições que determinam o grau de probabilidade de que certos comportamentos e certos indivíduos sejam definidos como criminosos pelo sistema penal, bem como as consequências dessa definição (BARATTA, 2011, p. 112).

A rotulagem do indivíduo como criminoso acaba por gerar reações contrárias por parte da sociedade, o que dificulta e até mesmo impede o processo de ressocialização, influenciando no comportamento desviante e levando para a prática de uma conduta delituosa. Nessa acepção, quanto mais o indivíduo adentra nos processos, mais difícil ocorre a interrupção do ciclo criminalizante.

Conforme aponta Foucault (1984, p. 133),

Foi absolutamente necessário construir o povo como um sujeito moral, portanto separando-o da delinquência, portanto separando nitidamente o grupo de delinquentes, mostrando-os como perigosos não apenas para os ricos, mas também para os pobres, mostrando-os carregados de todos os vícios e responsáveis pelos maiores perigos. [...] A partir do momento que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinquente.

O processo de criminalização formal inicia-se através da construção do processo legislativo incriminador, ou seja, as normas penais, que consistem na criminalização primária. Nesse momento é que se faz a previsão da qualidade e a quantidade das penas e a distribuição do poder para operar o sistema.

Nessa compreensão, a definição legal de certas condutas como crimes é parte de um processo maior que se desenvolve na sociedade, cujos membros definem quais são os maus e quais são os bons. Isso pode gerar contrariedade, pois nem sempre a maioria está efetivamente com a razão, principalmente quando falamos tanto em *fake news*, que vêm provocando uma verdadeira avalanche nos critérios éticos que devem permear um bom convívio social.

Ou até mesmo a criminalização de condutas pode decorrer dos interesses de determinado grupo com influência no poder de criminalização. Em toda essa engrenagem formal de criminalização, a maioria das condutas criminosas é dirigida às classes menos favorecidas. Tal circunstância gera verdadeiras zonas urbanas com alta concentração de pessoas rotuladas como criminosas.

Nessas regiões, a principal presença do Estado é com seus mecanismos de repressão, o que gera estigmatização não só de pessoas envolvidas com atividades criminosas, mas com os próprios moradores da região.

As normas jurídicas podem ser denominadas de genéricas, uma vez que representam regramentos sociais gerais. Todavia, existem ao lado delas normas ou práticas interpretativas – *second codes* - as quais, estando na base da interação social, determinam o sentido da estrutura social. Sack as nomeia, respectivamente, de regras e metarreglas do Direito Penal e explica que são regramentos do sistema social que direcionam toda a filtragem feita pelos sistemas de controle (BARATTA, 2011, p. 120).

Posteriormente à prisão daquele que infringe as normas de conduta, inicia-se o processo de criminalização secundária com a persecução penal, em que o indivíduo

custodiado convive dentro das regras de convivência existentes nas unidades prisionais. Nesse processo, acaba por se afastar do padrão daqueles classificados como “normais” ou do “bem”.

Após todo esse caminhar, ocorre o momento de retorno à convivência com a sociedade, agora com o rótulo de “ex-condenado”, de criminoso. Toda essa interação com o processo de persecução penal gera consequências negativas. Segundo Nils Christie (2005, p. 557),

[...] a instituição penal está em uma situação análoga a do rei Midas. Tudo o que ele tocava convertia-se em ouro, e, como todos sabemos, morreu de fome. Muito do que a polícia toca e tudo o que a prisão toca, converte-se em delitos e delinquentes, e desvanecem-se as interpretações alternativas de atos e atores.

Assim, a etiqueta de desviado é colada quase que definitivamente, ou seja, que aquele indivíduo violou a lei, sendo o primeiro passo na estigmatização daquela pessoa, um *status* social negativo, importando em uma criminalização terciária.

O fato de o indivíduo ter sido preso e condenado representa para aqueles que integram grupos criminosos um infrator fracassado, por ter falhado na missão de se proteger do sistema formal, gerando sentimento de desprezo e desconfiança. Em contrapartida, o grupo não criminoso continuará a enxergá-lo como um potencial criminoso.

Sobre essa crise de pertencimento a um grupo social, assim escreve Foucault (2006, p.157):

Em síntese, um fechamento em torno do grupo religioso ou a segregação pela cultura. Estas eram as duas grandes formas a partir das quais se definiam ou se forneciam os instrumentos para que certos indivíduos, e somente eles, pudessem aceder pela prática de si ao *status* pleno e inteiro de sujeito.

Enfim, a rotulação acaba por gerar situações destrutivas para aqueles que pretendem retornar ao convívio, seja do grupo a que pertencia anteriormente, seja da sociedade tida como do bem. Fato é que o delinquente se torna mau porque ele é definido como mau e porque não se acredita que ele é bom.

O processo todo de criminalização se encerra quando o rótulo negativo é definitivamente incorporado pelo estigmatizado. Nesse contexto, é imperioso que se

tenha conhecimento das consequências da reação social negativa e das predominantes políticas públicas utilitaristas direcionadas ao controle social.

As dificuldades do Estado em promover a segurança pública elevam as Ciências Penais à categoria de solucionador de todos os males sociais, o que, por consequência, efetiva um círculo vicioso através do sistema de justiça criminal e suas instituições (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, Administração Prisional), com um frenético “entra e sai” do sistema prisional, de forma a rotular o indivíduo como criminoso.

Nesse sentido se manifestou Hermann (2002.p.271):

O sistema penal vigente proclama garantias que não consegue funcionalmente assegurar. Propõe o combate à criminalidade, mas acaba afinal por produzi-la. Promete igualdade democrática e pratica a seletividade que reprisa os desequilíbrios sociais e as desigualdades de gênero.

O estudo elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) (2017, p. 69-71), no ano de 2017, sobre o tema: “Mulheres em prisão, desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres”, apurou, dentre outros pontos, que o envolvimento da mulher em atividade criminalizada decorre, na maioria das vezes, por ser ela responsável pelo sustento da família; outras, em decorrência da necessidade de empoderamento; outras, por falta de oportunidade de um emprego com renda adequada.

Desse cenário identifica-se que há um perfil específico de mulheres selecionadas pelo sistema penal, o que expõe uma seletividade aplicada pelo sistema de justiça criminal. Para essa parcela, o Estado não se faz presente por meio de serviços públicos assistenciais, tais como acesso à saúde, à escola, ao trabalho e moradia digna. Circunstâncias que acabam por gerar uma espécie de hierarquia social e colocam essas mulheres em posições vulneráveis ao sistema de “Defesa Social”, altamente punitivista.

O ciclo vicioso só se encerrará ao se enxergar diversamente o crime, o comportamento criminoso e os fatores de criminalização formais, de maneira a possibilitar a construção de políticas públicas duradouras, que garantam a todos o pleno exercício de direitos e garantias individuais.

CAPÍTULO 2 - ASPECTOS FUNDAMENTAIS QUANTO À FINALIDADE DA PENA E SEUS EFEITOS

Este capítulo se volta ao estudo em torno da imensa desproporção quantitativa que ocorre no sistema prisional brasileiro entre mulheres e homens que se envolvem em práticas criminosas e a participação crescente de crianças e adolescentes em atos delitivos.

Será proposta uma análise crítica do atual modelo de justiça criminal orientado por um processo penal tradicional, sobre o qual assim se manifesta Soraia da Rosa Mendes (2021, p. 9):

Metaforicamente, o processo penal brasileiro organiza-se em quartos nos quais são homens os personagens que protagonizam o que se pensa e compreende neste campo do saber. Homens que ou habitam o quarto do rei, ou conquistaram um quarto individual. Porém, em ambas as habitações, poucas são as mulheres admitidas a entrar. Se permitido é o acesso, este se dá somente com o cumprimento da condição de que se observe o requisito essencial de não tirar a venda que lhes encobre os olhos e desvelar o sujeito – suposto-saber. Isto é, de, preferencialmente, não trazer consigo a experiência feminina com o processo como fundamento epistemológico do que se compreende por conhecimento processual efetivamente libertário para todos e todas.

No atual contexto social, impera a convicção de que a defesa social não pode prescindir de um sistema criminal altamente punitivo, em cujo núcleo está o direito penal, sendo este visto como o instrumento, quase exclusivo, a ser utilizado como “mecanismo de preservação da ordem social”.

Trata-se de visão utilitarista do Direito Penal que ganha ares de “repressão qualificada” e acaba por se esquecer que a essência de todo e qualquer sistema criminal é reativa, ou seja, atua tão somente após a ocorrência do fato tido como delituoso, o que leva a um modelo muito mais repressivo do que preventivo, um modelo que se mostra extremamente ultrapassado e ineficaz para atingir seus objetivos.

A ausência de políticas públicas eficazes no âmbito social, desassociadas de um paternalismo exacerbado, mas que efetivamente ampliem oportunidades de crescimento e que permitam a construção de uma sociedade justa e solidária, tem se

mostrado a origem de toda turbulência social pela qual passamos. Conforme o professor Cássius Guimarães Chai (2014, p.162),

A sociedade brasileira, até então descrita em Gilberto Freyre como aquela tensionada nas forças aristocráticas com suas resultantes políticas de exclusão e de favores, vê-se confrontada com novas semânticas para ancestrais direitos, dentre estes o da propriedade mitigado pela função social e à vida digna no contexto de uma sociedade de riscos afirmada como democrática nos enfrentamentos cotidianos de concretizar uma sociedade justa e solidária em contraposição às restrições do acesso ao capital e da pálida intenção de uma afirmação de que todos são livres e são iguais.

É necessário assentar que nos últimos quatorze anos a população de extrema pobreza gradativamente migrou para outros níveis mais elevados desempoderamento econômico, mesmo que evidente a distorção causada pelo crescimento demográfico a maior do que a expansão das estruturas de serviços e de oferta de equipamentos públicos.

Sob a égide desse modelo, serão expostas as consequências sociais advindas do encarceramento feminino, de forma a se ressaltar a importância da mulher no convívio social, no equilíbrio das relações interpessoais, principalmente no âmbito do núcleo familiar. A pena privativa de liberdade aplicada à mulher mãe, no atual modelo de execução, acaba por punir, uma vez mais, tanto a sociedade quanto aquela que demonstra o comportamento criminoso.

Inobstante a esses percalços, com a tradução oficial e publicação pelo Conselho Nacional de Justiça das Regras de Bangkok, em 08 de março de 2016, ocorreu uma importante atenção conferida pelo poder público ao encarceramento feminino, sendo um marco de avanço legal no reconhecimento do impacto da prisão da mulher que é mãe para os filhos e dependentes.

A atenção à mulher presa e suas especificidades no cumprimento de medida privativa de liberdade requer especial atenção do sistema de justiça criminal, principalmente diante do contexto social em que a mulher foi inserida em nossa cultura, que perpassa não apenas suas condições socioeconômicas, mas também nacionalidade, raça e gênero.

De acordo com o Infopen Mulheres (2016), 34% das unidades prisionais femininas e 6% das unidades mistas têm espaço adequado para gestantes ou mulheres mães. No que se refere à escolaridade, segundo o Infopen, 72% das mulheres presas sequer chegaram a cursar o ensino médio e apenas 1% possui ensino superior completo. Com relação à idade, 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos.

Quanto à raça, apurou-se que 68% das mulheres presas são negras, o que significa que duas em cada três presas são negras.

Dessa forma, constata-se que uma mulher negra, jovem e com baixa escolaridade está constantemente sob o risco e a ameaça de ser alvo da intervenção penal.

O estudo realizado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2017, p. 52) ao descrever a situação cotidiana de mulheres entrevistadas na pesquisa, assim registrou:

Quando narravam o cotidiano da família ou da residência, ganharam espaço relatos de violência doméstica, ilustrando uma dura realidade vivida por muitas das mulheres brasileiras, e lançando luz sobre políticas alternativas ao encarceramento feminino.

No mesmo estudo feito pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2017, p. 57), verificou-se que, a partir dos dados obtidos, das 287 mulheres indiciadas pela polícia na fase inicial de investigação, ao menos 140 (48,8%) eram mães. Ainda, a média de idade dos filhos era de 09 anos, o que significaria que, segundo recente alteração trazida pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), a prisão preventiva poderia ser substituída por domiciliar.

É nesse contexto que o presente capítulo se desenvolverá, ao trazer parte das nuances da pena privativa de liberdade, bem como a prisão domiciliar como substitutiva à prisão provisória e a ampliação de medidas alternativas ao cárcere para mulheres em conflito com a lei.

2.1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A Teoria da Reação Social, orientada pelos paradigmas da Criminologia Crítica, vem questionar os efeitos preventivos e (re)socializadores da pena privativa de liberdade, ou seja, vem aplicar o paradigma criminológico *Labeling Approach*, no qual “[...] o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência [...]” (BARATTA, 2011, p. 86).

A despeito de toda evolução quanto aos avanços da criminologia na investigação criminológica e nos avanços de suas teorias, não se é possível explicar um fenômeno

social tão complexo como é o da criminalidade, podendo-se afirmar que é ilusória uma perspectiva que tenha esse objetivo.

Conforme registra Ana Luiza Almeida Ferro (2004, p. 99), “[...] nenhuma corrente criminológica é autossuficiente ou pode aspirar a oferecer explicação para todo e qualquer fenômeno da criminalidade.”

A função da pena passa a ser um castigo decorrente do comportamento criminoso ou desviante. Os parâmetros de defesa social são construídos com base em uma política criminal de amigo x inimigo e ganham ares de vingança. A pena passa ser entendida como instrumento retributivo pelo princípio de talião, ou seja, do que se convencionou chamar entre as autoridades em segurança pública de repressão qualificada.

À vista disso, diante da falência do atual sistema punitivo, é que se conduz uma reflexão sobre a legitimidade do sistema penal quanto aos motivos da produção legislativa penal e os critérios para se traçar o comportamento socialmente adequado, além do desempenho dos órgãos administrativos e judiciais encarregados de sua aplicação. Assim, as teorias sociais extraídas do desenvolvimento da sociologia criminal norte-americana nos conduzem a uma análise crítica do pensamento penalístico atual.

A punição nada mais é do que um ato de poder bruto, representação do poder do público. Assim, a pena apresenta-se como uma violência institucional realizada pelo Estado e pelas polícias, bem como instrumento de reprodução da violência estrutural, ou seja, a repressão das necessidades reais dos indivíduos e dos direitos humanos (BARATTA, 1993, p. 44-61).

Diante da importância da aplicação da pena e dos reflexos que dela decorrem, serão analisadas as peculiaridades que a envolvem, bem como a distinção de sua natureza e finalidade.

O ponto de partida será o Brasil colônia. Conforme preleciona Rita Heloisa de Almeida (1977, p. 52), o termo

[...] colonização compreende toda a ação que foi colocada em prática pelos portugueses para assegurar a posse e a expansão das terras do Brasil, desde sua descoberta até a emancipação política e que envolve os aparelhos jurídicos, políticos e administrativos do empreendimento de colonização.

No período colonial brasileiro, a pena de privação de liberdade era adotada seguindo-se o conceito da prisão mediante reclusão em celas monásticas, relacionada à prática penitencial religiosa do direito canônico, sob o elemento da subjetividade humana. Via-se no delito e no pecado a escravidão, e na pena a libertação, adotando, neste caso, o instituto do asilo nos templos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 191).

O que fortemente caracterizou o período colonial brasileiro foi a aproximação cultural, ocasião em que se consolidaram muitas ou inúmeras das instituições, valores, representações e imaginários que ainda hoje permeiam muitas lógicas, pensamentos e contextos naturalizados e que deram e ainda dão sentido e legitimação às nossas organizações e instituições: familiares, sociais, políticas, jurídicas, econômicas e penais (NEDER *apud* KALOUTIAN, 1994. p. 27).

No contexto colonial, controle social e punibilidade estão diretamente ligados à moral religiosa cristã, com grande influência da Igreja Católica, ou seja, o padroado, instrumento pelo qual foi delegado ao rei de Portugal a organização e financiamento de todas as atividades nos domínios e nas terras descobertas por portugueses.

Historicamente, o ato legislativo colonial que tratou das questões referentes à punibilidade do controle do comportamento desviante foi o Livro V das Ordenações. Sobre isso registra Zahidé Machado Neto (1977, p. 31-40):

[...] foi um produto do absolutismo no poder e legislação eminentemente nacional (Português) vivamente influenciada, ainda pelo autoritarismo do direito romano, [...]. Elaboradas em franco período colonial, os dispositivos das ordenações, e no que nos toca em especial, os dispositivos do Livro V – a parte penal – foram estruturadas dentro da realidade imperialístico-colonial do mundo ibérico. Acrescenta-se ainda o rescaldo do passado medieval e das consequências de uma sociedade estamental e ardorosamente beata. [...]

A pena ganhava um sentido expiatório, entendida como retribuição ao comportamento desviante, quase sempre desproporcional ao mal causado, assemelhava-se muito com a punição penal da penitência religiosa. Os delitos são alinhados de acordo com a importância de sua gravidade, a heresia e a apostasia são os maiores dos crimes. A política das Ordenações Filipinas, expurgando a influência do direito canônico, não representou o afastamento do cuidado na observância do comportamento religioso e do trato com as coisas que direta ou indiretamente se ligavam à Igreja e a religião. [...]

O Estado atua, assim, como fiel guardião do sagrado, punindo toda e qualquer conduta que implique em desrespeito à divindade e/ou à santidade, as quais são consideradas portadoras de crenças, da fé e da verdade. [...]

A discriminação, que é mais comum, vai, em muitos casos além da condição social, quando refere diferenças raciais e culturais. [...] A discriminação e mesmo o confinamento são usados como meios de excluir do convívio da população a gente estranha, de costumes exóticos. [...]

Os escravos, por sua vez, pretos ou brancos não podem “viver por si”. Faz-se mister que tenham senhor, e dele dependam.

Constata-se que o período colonial impôs à sociedade um modelo de convívio social escravocrata, hegemônico, estamental, patriarcal, religioso e absolutista, em que a lógica da moral era regida pelas doutrinas, dogmas e sacramentos da Igreja Católica Apostólica Romana, caracterizados pelo forte domínio e controle do comportamento humano.

Ao comentar sobre o período entre o final do século XVIII e o começo do século XIX, assim nos ensina Michel Foucault (1983, p. 14-21):

A festa de punição vai se extinguindo [...], a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício [...]

A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal estar por um enterramento burocrático da pena [...]

Pois, não é mais o corpo, é a alma. A expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, à vontade, as disposições.

Foi no ano de 1830, como resultado da primeira Constituição Brasileira, em 1824, que surgiu o primeiro Código Penal do Brasil, denominado Código Criminal do Império, inspirado no modelo francês datado de 1810, fundamentado na combinação de ideais contratualista e disciplinarista. Através dele é que se introduziu no Brasil a pena privativa de liberdade, no modelo aplicado no continente europeu (MACHADO NETO, 1977, p. 42-45).

Por esse instrumento normativo, a idade de imputabilidade penal era de 14 anos, sendo também instituído um critério biopsicológico para aferir a viabilidade da responsabilização dos infratores que tivessem entre 7 e 14 anos, pautado pela constatação da existência de discernimento (SOARES, J., 2003, p. 260).

Sobre esse período, afirma Miguel Reale Junior (1983, p. 10):

A pena de prisão foi adotada como principal instrumento do Direito Penal, dado a abolição da cominação das penas de morte e corporais, pela maioria das legislações [...] A convicção do caráter humanitário da privação da liberdade, frente aos suplícios aplicados pelo Direito das Ordenações, bastava para apaziguar a consciência dos Técnicos do Direito penal.

Destarte, a privação da liberdade que até os fins do século XVIII era medida de caráter processual, perdura até hoje como a principal forma de sanção penal”.

As regras de condutas social traçadas à época pelos governantes norteava sua aplicação conforme a posição do indivíduo na sociedade. O trabalho era sinônimo de realização social, de liberdade, de autoestima e seu papel enquanto mecanismo social utilizou a punibilidade de outrora (SILVA, R., 2004, p. 290).

Com a Proclamação da República, ocorreu uma importante ruptura com o fim do reconhecimento do padrodado pelo governo republicano que, movido pela ideologia liberal e laica, separou igreja e estado.

Conforme Anna Maria Moog Rodrigues (1981, p. 11), ao falar sobre o período imediatamente posterior à Proclamação da República, “[...] o catolicismo perdeu a situação de religião oficial e se viu ameaçado pelo positivismo dominante, pelo avanço da evangelização protestante e espírita e, sobretudo, pela mentalidade laicizante.”

Diante desse novo momento no país, tivemos o Código Penal de 1890, sobre o qual preleciona Miguel Reale Júnior (1983, p. 09):

A pena de prisão foi adotada como principal instrumento do Direito penal, dado a abolição da cominação das penas de morte e corporais, pela maioria das legislações [...]

A convicção do caráter humanitário da privação da liberdade, frente aos suplícios aplicados pelo Direito das Ordenações, bastava para apaziguar a consciência dos Técnicos do Direito penal.

Destarte, a privação da liberdade que até os fins do século XVIII era medida de caráter processual, perdura até hoje como a principal forma de sanção penal.

O contexto social era de altas taxas de crimes, o que fazia com que a intervenção penal funcionasse como resposta ao clamor social. Nesse sentido, ressalta Shecaira (2008, p. 33):

[...] o período compreendido entre os dois primeiros códigos brasileiros e o início do século XX marca o apogeu do pensamento Iluminista, que contemplava a polêmica entre clássicos e positivistas. Se de um lado encontramos a concepção do livre-arbítrio como pedra de toque da questão do discernimento, de outro a concepção positivista via a periculosidade como atributo de criminoso anormal – era a visão mais aguda da intervenção penal.

Era época de grandes transformações políticas, econômicas e culturais, porém o que se viu foi que, no campo penal, persistiu a exclusão, a estigmatização e a dominação, ainda legitimadas pela moral religiosa e pelo positivismo científico.

No tratamento penal, o trabalho e a educação se tornaram meios de reabilitação, dizia o art. 49 do Código Penal (BRASIL, 1890): “[...] a pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriais e especiais [sic], onde serão recolhidos os menores até a idade de 21 anos”.

Dessa forma, sob a influência do modelo penitenciário que vigia na Europa, inicia-se a consolidação do sistema penitenciário no Brasil que, desde as primeiras décadas do século, já despontava como objeto de interesse das discussões legislativas.

Nesse modelo, a prisão se constitui como a principal forma de punição no Brasil. De acordo com Fernando Afonso Salla (1997, p. 23-24),

A prisão tornou-se a forma principal de punição nas sociedades ocidentais a partir do fim do século XVIII e início do século XIX, pondo em desuso, gradualmente, as várias penas de execução capital e de punição corporal. O açoitamento, a marcação com o ferro, a forca, o esquartejamento, ainda que muitas vezes permanecessem no âmbito da legislação penal, saem da cena principal dos espetáculos punitivos em favor da prisão. Esta, até então vinha desempenhando uma função basicamente de deter indivíduos que aguardavam decisões judiciais ou que ali deveriam permanecer por razões políticas, religiosas ou familiares, [...]

O trunfo da prisão, em relação às demais formas de punição que no final do século XVIII seriam propostas, por exemplo Beccaria, entre outros, deve sobretudo à sintonia que ela mantém com a sociedade em formação naquele período. Ela priva a liberdade considerada um bem nesta sociedade; apresenta-se como um castigo igualitário, quantificando a pena de acordo com a variável do tempo; coloca-se como aparelho de transformação dos indivíduos, utilizando-se de mecanismo que se encontram no corpo social como o quartel, a fábrica, a Escola.

Com a instituição do Código Penal de 1940, recebem grande atenção as questões subjetivas do direito penal, principalmente aquelas relacionadas aos conceitos de periculosidade e sobre prognósticos criminológicos, dissociais e antissociais; sobre as questões relacionadas à imputabilidade jurídica penal, possibilitando a aplicabilidade das medidas de segurança e que, de certa maneira, possibilitam a existência da pena de privação de liberdade por tempo indeterminado, sob o pretexto de “tratamento” ou diagnóstico sobre o potencial ofensivo (REALE JÚNIOR, 1983).

Nas palavras de Roberto da Silva (2004, p. 290), “O código criminal do império [...] e depois o penal brasileiro de 1940, foram concebidos para punir a violação dos direitos previstos no código civil, enunciando, igualmente um protótipo do possível violador de direitos”.

A partir de 1964, com a administração militar do país, os pensamento positivista e higienista se expressam por meio das instituições militares, nas palavras de René Ariel Dotti (1993, p. 73):

As relações entre o indivíduo e o poder e a sociedade e o governo, sofreram nas décadas de 1960 e 1970, os mais graves e trágicos desvios nos países da América Latina, quando os regimes militares – com a cumplicidade de grupos civis – sacrificaram os mais generosos princípios do processo penal.

Tem-se, então, a consolidação das estruturas penais como “instituições totais”, ou seja, assumem o papel de atender não só ao controle social frente à criminalidade, às práticas de furtos e delitos, mas também às necessidades da ideologia da Doutrina de Segurança Nacional (SILVA, R., 2004, p. 294-295).

As marcas deixadas por esse modelo de política criminal foram bem registradas nas palavras de Loïc Wacquant (2001, p.10):

As duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante tanto sobre o funcionamento do estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tenda a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à *bandidagem*. De maneira que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil encontra uma segunda raiz em sua cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo.

O modelo de unidades prisionais como “instituições totais” ainda persiste, conforme se extrai do principal instrumento normativo para a matéria, a Lei de Execução Penal, o que lhes atribui a tarefa de reeducar, ressocializar, reintegrar, revelando uma estratégia de intervenção fadada ao insucesso, e isso tem se comprovado.

Essa forma de pensar a defesa social como justificativa para elevados gastos em “segurança pública”, armamentos, equipamentos sofisticados, construção de unidades de encarceramento em massa mostra-se totalmente ineficaz. É preciso um novo olhar sobre a punibilidade, sobre o conceito de pena, e é a isso que nos propomos no tópico seguinte.

2.2 REDEFINIÇÃO DE PENA

A fim de possibilitar uma reflexão mais profunda sobre o tema, inicia-se esta parte da pesquisa trazendo os ensinamentos de Michel Foucault, extraídos de sua obra “A Hermenêutica do Sujeito” (2006, p. 216). Na passagem transcrita abaixo, o autor nos ensina essa relação tão importante entre o indivíduo e a sociedade, ou seja, o cuidado recíproco – “Quem ocupa se ocupa consigo, torna-se capaz de ocupar-se com os outros” – e menciona as três maneiras de se fazer isso. Vejamos:

Primeiro vínculo: o de finalidade. Segundo, um vínculo de reciprocidade. Se, ao ocupar-me comigo, ao praticar a catártica no sentido neoplatônico, faço, como assim desejo, o bem à cidade que eu governo - se, conseqüentemente, ao ocupar-me comigo asseguro para meus concidadãos a salvação, a prosperidade, a vitória da cidade -, em troca, esta prosperidade de todos, esta salvação da cidade, esta vitória que lhes asseguro, será de meu proveito na medida em que faço parte da própria comunidade da cidade. Na salvação da cidade o cuidado de si encontra pois sua recompensa e garantia. Salva-se a si mesmo na medida em que a cidade se salva e na medida em que, ocupando-se consigo mesmo, permitiu-se à cidade que se salve. Encontramos esta circularidade manifestamente desdobrada ao longo de todo o edifício da *República*.

Por fim, em terceiro lugar, após o da finalidade e, se quisermos, o da reciprocidade, o terceiro vínculo: poderíamos chamá-lo de vínculo de implicação essencial. Ocupando-se consigo mesma, praticando a "catártica de si" (termo não platônico mas neoplatônico), a alma descobre tanto o que ela é quanto o que ela sabe, ou melhor, o que ela sempre soube. Descobre, a um tempo, seu ser e seu saber (FOUCAULT, 2006, p. 216).

A reflexão quanto a uma redefinição do que vem a ser pena se faz extremamente necessária, haja vista o atual contexto social que nos envolve, ou seja, uma lógica econômica totalitária, capitalista, neoliberal, a qual impõe e nos torna dependentes do consumo, com uma valorização de si, exclusivamente alienados em relação ao todo.

Com o surgimento de estabelecimentos prisionais, aquele que demonstra um comportamento desviante passa a integrar o papel de inimigo social e se transforma em sujeito desviado, que carrega consigo a pecha de violador da ordem pública, tal qual se fazia no tratamento da loucura face ao risco social que oferecia.

O modelo de “proteção social” foi construído fora da percepção do coletivo, do olhar para o outro, fazendo alusão à pessoa com o comportamento criminoso como o louco que precisaria estar afastado do convívio social, pois ele supostamente colocava em risco a organização da cidade e a proteção dos cidadãos “normais”.

A lógica de resposta social tanto para o louco quanto para o criminoso não foi simplesmente uma lógica de exclusão da cidade, mas sim de inclusão em uma lógica de punição dentro da *polis*, para servir de exemplo para a sociedade, fazendo um controle dos corpos, conforme registra Foucault (1978, p. 10):

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Frequentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e "cabeças alienadas" assumirão o papel abandonado pelo lazarento, e veremos que salvação se espera dessa exclusão, para eles e para aqueles que os excluem.

Dessa forma, é preciso a compreensão de que o contexto social é extremamente determinante para o aumento da vulnerabilidade social. Vivemos sob uma lógica globalizada que normaliza, banaliza a violência enquanto estrutura de dominação, a qual nos sufoca nas retóricas eletrônicas, virtuais, na mídia e nos discursos permeados pela lógica do “Estado Penal”. O que direciona Foucault é um caminho de reconstrução frente à violência e à criminalidade.

O Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão subordinado ao Ministério da Segurança Pública, responsável por acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo território nacional, em relatório público (BRASIL, 2019a) descreveu o quadro do sistema penitenciário brasileiro:

[...] diante da complexidade dos problemas que marcam o sistema penitenciário brasileiro, não é possível pautar a ação do Estado em soluções simples, as inúmeras mazelas que identificamos em nossas prisões não decorrem, unicamente da ausência de políticas públicas para a construção de estabelecimentos penais, é preciso ampliar os instrumentos que permitam a implementação de projetos e ações que possam representar alternativas à gestão prisional tradicional, onde seja possível conciliar com equilíbrio direitos e deveres fundamentais à nossa sociedade, como segurança, prevenção, dignidade da pessoa humana, punição e ressocialização.

Ao analisar o sistema penitenciário nacional, assim registra o atual Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2019b, p. 82):

Não obstante a sua inovação e sua preocupação com o adequado arranjo do sistema punitivo, constituindo-se, na época, em importante instrumento de avanços e modernidade, os tempos revelam, malgrado a sua incompleta implementação, a necessidade de redesenho dos institutos e das regras para afeiçoar-se ao novo contexto social, político e jurídico.

De acordo com dados fornecidos pelo Depen, o Brasil possuía uma população carcerária, até junho de 2019 (BRASIL, 2019b), de 773.151 pessoas presas.

Conforme levantamento de Custos Prisionais realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da análise de informações obtidas via Lei de Acesso à Informação (LAI), em 22 estados, foi apurado que, em média, o custo mensal é de R\$2,1 mil por pessoa presa, com variações em gastos de até 340% entre unidades da federação. Consta, ainda, no referido estudo que, na análise ponderada, quando se considera o gasto pela população prisional de cada estado, o valor médio é de 1,8mil (BRASIL, 2021).

Os documentos pelos órgãos de gestão do sistema penitenciário brasileiro nos revelam, em síntese, o seguinte cenário: Unidades Prisionais superlotadas; ausência de instrumentos que disponibilizem à pessoa presa informações seguras quanto ao cumprimento de sua pena; relatos de agressões e torturas; assistência à saúde e jurídica deficitárias ou inexistentes.

Diante das equivocadas, ou total ausência, de políticas públicas voltadas para as pessoas, para o social, a prisão passou a ser um ambiente social crescente, com altos índices de reiteração criminosa. A privação de liberdade aplicada pelo Estado como punição passou a ser vista como algo banal, como instrumento de controle social.

A exclusão prisional torna-se, assim, um reflexo da exclusão social em que grande parte da população brasileira se encontra. Nesse contexto, conforme a classe social a que a pessoa pertença, há uma forte interação entre o grupo social em que se enquadra como pessoa “livre” e o ambiente prisional.

Segundo Manuela Ivone P. Pereira da Cunha (2004, p. 5), ao descrever o contexto prisional em Portugal:

Não é, por conseguinte surpreendente que aqui como noutros países os co-reclusos sejam agora com frequência parentes e vizinhos, quer tenham chegado à prisão simultaneamente, quer sucessivamente, um após outro. Estes núcleos pré-formados de reclusos convidam-nos a reconsiderar alguns dos pressupostos mais arraigados sobre a prisão e justificam, pelas implicações que têm, que se preste mais atenção ao que aparentemente é apenas um detalhe sócio ilustração, mesmo que cada vez mais recorrente. Para começar, quando é presa uma pessoa não é mais extirpada do seu mundo social. Importantes segmentos deste mundo são transferidos com ela. E quando a iniciação à vida prisional se faz com parentes, amigos e vizinhos ou parentes, amigos e vizinhos, a identidade pessoal e social encontra outras bases de sustentação num mundo que em princípio a suspende, quando não a corrói. As relações pré-estabelecidas agem aqui como um filtro que se interpõe entre a ordem penitenciária e a pessoa. Mas, na verdade esta subversão do clássico hiato social que até aqui informava de alto a baixo

qualquer estudo prisional não é senão um aspecto de continuidade que estas redes pré-prisionais vieram instaurar entre o mundo interno e externo.

A fronteira simbólica que a prisão representava outrora esbateu-se. O estigma que se associava à reclusão institui-se mais do que nunca a montante da detenção, pela própria pertença a determinados bairros mal conotados. A marginalização que esse estigma assinala é agora mais estrutural do que circunstancial. Por sua vez, a prisão é já uma realidade incrustada na vida destes territórios urbanos, onde se tornou um elemento vulgar de muitas biografias, um destino banal.

Caetano Manenti (2015), ao comentar sobre os dados analisados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em estudo realizado no ano de 2015, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, sobre a reincidência criminal no Brasil, coordenado pelo sociólogo Almir Júnior e assinado por mais cinco técnicos do Instituto, registra: “Estudo do Ipea calcula nova taxa de reincidência criminal e alerta que presos encontram, no sistema penitenciário, a primeira grande barreira para a reintegração social”.

Ainda, ao avaliar o estudo, Caetano Manetti (2015) nos traz a importante distinção entre a reincidência penitenciária e a legal:

A reincidência penitenciária é certamente a mais comum entre as duas, já que se refere a qualquer situação na qual o cidadão tenha duas entradas no sistema penitenciário, seja por sentença já deferida ou ainda – e aí é que está a questão polêmica – por medida cautelar, como nos casos de prisão temporária ou de prisão preventiva. Portanto, não existe sequer a preocupação de averiguar se houve culpa em processo concluído, transitado em julgado.

Já a reincidência legal, a escolhida para o desenvolvimento do estudo, é mais criteriosa, como está descrito em trecho do relatório de pesquisa “reincidência legal é, segundo a legislação, a condenação judicial por novo crime até cinco anos após a extinção da pena anterior.

A reincidência criminal é a consequência direta do não funcionamento da política de ressocialização no Brasil, cuja sociedade é totalmente afastada desse processo. O tratamento penal dispensado pelo Estado se vê distanciado de sua intersecção com as instituições sociais, haja vista o rótulo de criminoso que o egresso do sistema penitenciário recebe.

As informações colhidas do Relatório Ipea sobre reincidência nos revelam que a faixa etária que possui os maiores índices de reincidentes encontra-se nos jovens entre 18 e 24 anos, com percentual de 34,7%. O sexo predominante é o masculino, com 98,5%, contra o feminino, que contabiliza 1,5% que são reincidentes. Comparação realizada também com relação à raça e cor, sendo: branco (53,7%), preta (11,6%) e parda

(34,7%). Quanto ao nível de escolaridade, 58,5% são aqueles que possuem o ensino fundamental incompleto (IPEA, 2015, p. 23-26).

Com relação aos crimes, os tipos penais imputados aos apenados na sentença com maiores índices de reincidência foram para o furto, roubo e tráfico de drogas, ficando assim distribuídos: furto (27,5%); roubo (22,8%) e tráfico de drogas (11,9%) (IPEA, 2015, p. 29).

Facilmente se constata que o contexto de nossas prisões é caracterizado por uma condição de “exclusão simbólica”, pois o sistema prisional se torna parte do cotidiano de muitos que residem em periferias de regiões urbanas, em geral desassistidas com políticas públicas que primam pela dignidade da pessoa humana.

A redefinição de pena deve enfrentar a difícil superação da barreira cultural, fazendo com que o fenômeno da criminalidade seja compreendido como complexo e que exige uma abordagem plural, não cabendo apenas ao Estado, com seu poder punitivo, ter sucesso nessa empreitada. A reinserção do indivíduo no convívio social deve abranger medidas assistenciais da psicologia e da assistência social, e não somente institutos do direito penal.

Com essa compreensão, a dita “ressocialização” não pode ser fundamento ou fim da pena, pois se trata, na verdade, de uma tarefa inerente à natureza social do Estado, e não a qualquer missão preventiva ou repressiva do poder punitivo. Por ser uma tarefa ligada à assistência social, o conjunto de medidas assistenciais deve ser apenas uma *oferta* ao condenado, desvinculada de qualquer natureza impositiva penal (LESCH, 1999, p. 39).

De fato, quando se atribui à pena a finalidade de “socialização”, ou seja, de modificar a forma pela qual o indivíduo relaciona-se com a sociedade (melhora social), transfere-se para a estância punitiva estatal, de forma inoportuna e inconveniente, uma função que não lhe é própria e, conseqüentemente, subtrai-se da estância adequada a tarefa de “socialização” a que estaria obrigada, como esferas educacionais, assistenciais, etc. (URZUA, 1978, p. 693-694).

A partir da década de 1980, os ordenamentos jurídicos passaram por significativas mudanças no âmbito do Direito Penal e Processo Penal. Dentre os fundamentais

princípios afetados encontra-se o princípio da lesividade, que determina a criminalização de condutas que possuam potencial efetivo para causar danos à convivência social; e o princípio da intervenção mínima, o qual, por sua vez, implica o emprego do direito penal tão somente nas hipóteses de comportamentos que causem grave dano aos bens jurídicos e que não possam ser satisfatória e suficientemente resolvidos por outros ramos do Direito.

Como sintetiza Renato de Mello Jorge Silveira (2008, p. 178), “O Direito Penal firma-se como *ultima ratio* da política social, devendo ceder, às outras áreas de controle, as possibilidades de resolução de contendas”.

Nesse mesmo diapasão, a pena deve ser vista como um instituto não só da esfera penal. Os egressos que, via de regra, integram parcelas da sociedade mais necessitadas de assistência, por conta do marcante estigma de “ex-presidiário”, devem contar com assistência posterior à execução, mas sem que isso tenha aspecto punitivo, desvinculado do direito penal, ou seja, um programa de tratamento penal que se desvincule dos vários problemas originados da vida no cárcere.

2.3 ENCARCERAMENTO E PUNIBILIDADE DA MULHER NO BRASIL

O crime não ocorre no vácuo. Cada crime tem um conjunto único de causas, consequências e participantes. O crime afeta algumas pessoas mais do que outras, tendo um impacto especial sobre aqueles que são participantes diretos do próprio ato – infratores, vítimas, policiais, testemunhas, etc. (SCHMALLEGER, 2017, p.18).

A criminologia tem mostrado que as reações ao crime podem influenciar o curso de eventos criminais futuros, principalmente quando a ação delituosa vem a ser cometida por uma mulher. É sempre importante lembrar, como já tivemos oportunidade de falar em tópicos anteriores, que o crime não é um evento isolado, mas sim um evento social.

De acordo com Frank Schmallegger (2017, p. 18, tradução livre),

Dizer que o crime é uma construção social não é diminuir o impacto da experiência de vitimização pelas quais muitas pessoas passam em nossa sociedade todos os dias, nem tal declaração banaliza a importância dos esforços de prevenção do crime ou as atividades de membros do sistema de

justiça criminal. Da mesma forma, não subestima os custos do crime para as vítimas individuais e para a sociedade como um todo. Ele reconhece, no entanto, que embora um determinado caso de comportamento criminoso possa ter muitas causas, ele carrega consigo muitos tipos diferentes de significados – pelo menos um para os infratores, outro (geralmente um significado bastante diferente, é claro) para as vítimas, e ainda outra para agentes do sistema de justiça criminal.

Mesmo porque, continua Schmallegger (2017, p. 20, tradução livre),

Contribuições menos formais da sociedade para o crime surgem de práticas sociais genéricas e condições como pobreza, educação informal e várias formas de discriminação pelas quais os caminhos para o sucesso são bloqueados bem como socialização (processo pelo qual as pessoas adquirem os padrões culturais de sua sociedade).

A partir da década de 1970, ganhou avanço a Teoria Feminista da Criminologia, ou seja, um padrão de pesquisa que redireciona o pensamento dos criminologistas para incluir a consciência de gênero (SCHMALLEGER, 2017, p. 232).

Entretanto, é necessário elaborar uma breve análise histórica sobre o encarceramento de mulheres no Brasil. É importante lembrar que do período colonial até a promulgação do Código do Império, em 1830, o livro V das Ordenações Filipinas era a legislação vigente sobre as questões relacionadas à punibilidade no Brasil. Era vigente uma lógica penal alicerçada na moral religiosa católica apostólica romana, e os tribunais eclesiásticos exerciam importante papel nas atribuições do controle, da organização e punibilidade social da época (PORTO, 2000, p. 495).

Nesse contexto, a vivência da mulher no casamento era condicionada por um discurso repetitivo em favor do matrimônio e contra os “ilícitos tratos”, ou seja, relações extraconjugais. Havia exigência de uma certa compostura, de uma atitude que tinha de vigorar no meio social em um padrão Paulino – caladas e sofridas. Era preciso que nenhuma aparência sensualizada confundisse a mulher normatizada com a outra, luxuriosa, perigosa (DEL PRIORE, 1993 p. 110).

Sobre esse período, registra Marilda Santana da Silva (2001, p. 28):

Os historiadores, há tempos, chamam a atenção para o fato de que a mulher raramente foi registrada na documentação oficial, a não ser quando perturbava a ordem estabelecida, ou quando exercia papéis que a sociedade não lhe atribuía. Outra questão salientada pelos pesquisadores, é a de que, nos arquivos públicos, a documentação que retrata a vivência feminina foi produzida por homens com todo o aparato intelectual de sua época.

Na passagem para o século XIX, os reflexos da moral religiosa refletem uma diretriz higienista, purificadora, da qual também compartilhava o regime imperial.

Se antes o ser-esposa-piedosa-e-santa-mãezinha constituía regra para normatizar populações femininas na colônia, depois o casamento modelo e a exaltação da sexualidade conjugal higienizavam a noção de sexualidade. A prostituta, no lugar de devassa, tornava-se o novo bode expiatório, agora não mais de um projeto de normatização, mas de um projeto de “higienização” da sociedade. (DEL PRIORE, 1993, p. 199).

Para a mulher que porventura fosse condenada a cumprir pena privativa de liberdade, até e durante o período do Código Penal de 1830, não existiam adequações específicas ao seu tratamento. Sobre a questão, assim escreveu Salla (1997, p. 48-50):

Apesar da existência da Constituição de 1824 e das novas diretrizes legais em vigor, com o Código Criminal do Império, de 1830, e com o Código de Processos, de 1832, o país continuou por muito tempo mergulhado em práticas e rotinas de encarceramento que não se distanciavam daquelas realizadas durante o mundo colonial e que frequentemente denunciavam o viés violento e arbitrário da sociedade escravista. E neste sentido, as casas de correção, inauguradas na década de 50, não só foram impotentes para reverter este e impor um novo padrão o encarceramento no país, como na verdade serviam de depósitos, melhor construídos e mais organizados, para um variado leque de indivíduos que para lá eram recolhidos, envolvendo não só os condenados propriamente à pena de prisão com trabalho mas também, vadios, menores, órfãos, escravos, africanos “livres” [...]

O recurso cada vez mais intenso de uso do encarceramento está na base desta situação. Escravos a serem punidos, fugitivos recolhidos, vadios que não encontravam um lugar, uma ocupação, mendigos, menores, loucos, mulheres, criminosos de toda a sorte condenados à prisão simples ou prisão com o trabalho, e as galés – formam um largo espectro de indivíduos punidos com o encarceramento.

No que se refere ao encarceramento e punibilidade da mulher no período colonial no Brasil até a Proclamação da República, o tema é visto como objeto das políticas públicas imperiais, preocupadas com a viabilização estratégica de domínio territorial, e na perspectiva da Igreja, segundo a qual a mulher deveria ser normatizada e disciplinada moralmente, a fim de se viabilizar a perpetuação do poder simbólico da Igreja por meio do modelo de “família-padrão de origem ibérica”, conforme Gizlene (*apud* KALOUSTIAN, 1994, p. 27).

Seguia-se, assim, o modelo de família nos padrões sacramentais da Igreja Católica, que acabou por influenciar no modelo de família burguesa. Nos primeiros anos do século XX, já no período de desenvolvimento urbano e industrial, passa a conviver

com outros modelos de famílias de várias origens, tais como as indígenas ou africanas (matrilineares, patrilineares, poligâmicas/islamizadas, etc.).

Facilmente se conclui que, especificamente naquele momento histórico, as mulheres mais vulneráveis ao encarceramento e à punibilidade eram as mulheres que supostamente não correspondiam aos padrões e modelo comportamental e moral estabelecido pelos dogmas religiosos. Ou seja, continua existindo uma condição disciplinadora e que muito se assemelhava à imagem e padrão da mulher-santa do catolicismo. Tais circunstâncias influenciaram no modelo das políticas públicas de segurança pública e penal e até na medicina.

Vivia-se uma exaltação da psicopatologização e psiquiatralização social e, novamente, a mulher que não se enquadrava no modelo religioso era também a mais vulnerável à punição e ao encarceramento. Assim, a boa mulher era a mulher da religião, enquanto a mulher má, patologizada, mentalmente doente e moralmente comprometida representava o oposto.

Sob o contexto social da época, as unidades prisionais penitenciárias passam a ser estruturadas como “instituições totais”, as quais se orientam por um tratamento penal, no sentido de controlar e eliminar qualquer degeneração da imagem da “mulher-santa”.

A mulher supostamente transgressora e considerada não santa, criminosa, prostituta, promíscua, ou insana, deveria ser recolhida, excluída e reclusa em instituições penais ou manicomiais, a fim de que passassem por um processo correccional que as aproximasse novamente da imagem da mulher-santa (BORIS, 2001, p. 86-87).

Ao analisar essas práticas, afirma Rachel Soihet (*apud* DEL PRIORE, 1993, p. 363):

As imposições de uma nova ordem tinham o respaldo da ciência, o paradigma do momento. A medicina social assegurava como características femininas, por razões biológicas: a fragilidade, o recato, o predomínio das faculdades afetivas sobre as intelectuais, a subordinação da sexualidade à vocação maternal. [...] As características atribuídas às mulheres eram suficientes para justificar que se exigisse delas uma atitude de submissão, um comportamento que não maculasse sua honra. Estavam impedidas do exercício da sexualidade antes de se casarem e, depois, deviam restringi-la ao âmbito desse casamento. Cesare Lombroso, médico italiano e nome conceituado da criminologia no final do século XIX, com base nesses pressupostos, argumentava que as leis contra o adultério só deveriam atingir a mulher não predisposta pela natureza para esse tipo de comportamento. Aquelas

dotadas de erotismo intenso e forte inteligência seriam despidas do sentimento de maternidade, característica inata da mulher normal, e considerada extremamente perigosa. Constituíam-se nas criminosas natas, nas prostitutas e nas loucas que deveriam ser afastadas do convívio social.

O Código Penal, o complexo judiciário e ação policial eram os recursos utilizados pelo sistema vigente a fim de disciplinar, controlar e estabelecer normas para as mulheres dos segmentos populares.

Constata-se que a política criminal nesses dois períodos no Brasil não foi alvo de preocupação quanto ao tratamento específico a ser adotado à mulher encarcerada, só mudando essa realidade por ocasião do projeto do Código Criminal Brasileiro, de 15 de maio de 1938, redigido pelo jurista e professor de medicina legal da Faculdade de Direito de São Paulo, Alcântara Machado, expresso nos seguintes artigos:

Art.33 – As mulheres cumprirão as penas privativas da liberdade em estabelecimentos distintos, ou, onde não os houver, em secções distintas dos estabelecimentos destinados aos homens.

§ único – Só no estabelecimento e suas dependências e em ocupações adequadas ao sexo, as condenadas serão obrigadas ao trabalho.

Art.38 – Não se dará início à execução da pena privativa da liberdade:

I – [...];

II – enquanto perdurar gravidez da condenada ou não decorrerem seis meses sobre a data do parto;

§ 2º - Na segunda, o prazo ficará reduzido a 40 dias, se o filho morrer ou fôr confiado a outra pessoa; poderá ter ampliado até um ano, se não houver como confiar a outrem a criança.

Conforme Soares e Ilgenfritz (2003, p. 54), apenas em 1941 é implantada, no Rio de Janeiro, a primeira penitenciária feminina do Brasil, “Penitenciária de Mulheres de Bangu”. A promulgação do Código Penal de 1940 vem fortemente influenciada pelas ciências médicas psiquiátricas e a criminologia, com temas tais como: “medida de segurança”, “inimputabilidade penal”, estabelecimento prisionais especiais como “manicômio judiciário”, “casa de custódia e tratamento”, sobre o saber e ação jurídica penal e sobre as políticas públicas de segurança e prisionais.

A pena privativa de liberdade para os homens constitui-se, desde sua concepção, como um lugar de execução da pena pelo cometimento de um crime; para as mulheres, diante das condições oferecidas para elas cumprirem suas penas, ganhou o sentido, além da punição, mas de controle social, fortalecendo a sua condição de invisibilidade. Essa preocupação, na maioria das vezes, resultava da crença de que a mulher delinquente era alguém “portador de uma enfermidade diferente” (GRAZIOSI, 1999, p. 84).

Assim, a partir de 1941, ocorre a proliferação, no Brasil, de unidades prisionais especificamente destinadas ao encarceramento de mulheres, atravessando diferentes fases de transformações políticas e institucionais.

O Ministério da Justiça e Segurança Pública, através do Departamento Penitenciário Nacional, realizou o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres (BRASIL, 2018a, p. 10), que registra que a população carcerária feminina é de 42.355 mulheres privadas de liberdade.

O Levantamento de Informações Penitenciárias revela, ainda, a existência de 27.029 vagas para mulheres presas no sistema penitenciário brasileiro, ou seja, temos um déficit de 15.326 vagas, uma taxa de ocupação de 156,7%. A taxa de aprisionamento no Brasil indica que o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres é de 40,6.

Conforme se extrai do mesmo levantamento, no contexto internacional, o Brasil é o quarto em mulheres presas no mundo; o terceiro colocado com relação à taxa de encarceramento, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia.

Em relação à destinação dos estabelecimentos por gênero, observa-se que a maior parte das unidades prisionais foi projetada para o público masculino, ou seja, 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino (BRASIL, 2018a, p. 22).

A separação por gênero dos estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade está prevista na Lei de Execução Penal, sendo incorporada à Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional como forma de visibilizar a situação de encarceramento de mulheres em estabelecimentos cuja arquitetura prisional e serviços penais foram formulados para o público masculino e posteriormente adaptados para custódia de mulheres. Dessa forma, incapazes de observar as especificidades de espaços e serviços destinados às mulheres.

Dentre essas especificidades dos espaços, verifica-se a necessidade de espaços que envolvam o aleitamento materno, espaços para os filhos de mulheres gestantes, berçários, espaços para receber crianças acima de 2 anos, celas para gestantes, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, entre outras.

Conforme registrado na pesquisa, a taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em relação às mulheres, é de 156,7%, o que significa dizer que em um espaço destinado a 10 mulheres, encontram-se custodiadas 16 mulheres no sistema prisional. Ao ser considerado o déficit total de vagas no País, chega a 368 mil vagas. Observa-se que as unidades masculinas respondem por 80% desse déficit, enquanto as unidades femininas somam apenas 2% do déficit total no sistema prisional (BRASIL, 2018a, p. 35).

No que se referente ao perfil da mulher encarcerada, 50% são jovens (até 29 anos); com relação à raça, cor ou etnia, 62% da população prisional feminina é composta por mulheres negras; com referência à escolaridade, 73% da população carcerária feminina ainda não acessou o ensino médio; quanto ao estado civil, 62% são solteiras; com relação a ser portadora de alguma deficiência, 1% da população carcerária feminina; com relação ao tipo penal, 62% estão ligadas ao crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2018a, p. 38-48).

Apesar dos avanços no que se refere ao encarceramento feminino no Brasil, comparando as estruturas do período colonial até o presente, a condição da mulher brasileira deve ser compreendida à luz de uma sociedade de classes, determinada através de um processo histórico singular de consolidação da divisão do trabalho e do desenvolvimento do modelo econômico colonial capitalista (FERNANDES, 1972, p. 9-14).

Ao nos referirmos às consequências sociais advindas do encarceramento feminino, queremos ressaltar a importância da mulher no convívio social, no equilíbrio das relações, principalmente familiares. Levantamento de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2018a, p. 51-52) nos revela que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. As consequências da separação da mãe na vida das crianças e comunidades são catastróficas. A criação de estruturas, fora do ambiente prisional,

que possam de alguma forma compensar essa ausência materna é urgente e fundamental.

Para termos uma ideia desse cenário, no Estado do Espírito Santo, conforme dados divulgados pelo Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo (lases), o número de adolescentes apreendidos por tráfico de drogas – crime (ato infracional) que o adolescente mais está sujeito a praticar, haja vista a desestruturação dos laços familiares – corresponde a 32% do total de adolescentes internados.

De janeiro a março de 2021, 302 adolescentes foram apreendidos, a maioria por crimes relacionados ao tráfico de drogas. Dos 224 adolescentes apreendidos este ano no Estado do Espírito Santo, 59,8% só possuem o ensino fundamental e têm em média 16 anos. Além disso, replicando a tendência com relação aos adultos, 95,4% são meninos e 4,6% são meninas.

Ainda conforme revelado pelo lases (2022), depois de atos infracionais equivalentes ao crime de tráfico de drogas, o segundo crime mais cometido por menores de 18 anos é contra o patrimônio; logo em seguida, os crimes contra a pessoa, em sua maioria o crime de homicídio, na sua forma consumada e tentada.

Segundo a Secretaria de Estado da Justiça do Estado do Espírito Santo (Sejus), em todo ano passado (2021), 1.206 pessoas deram entrada no sistema prisional capixaba pelo crime de tráfico de drogas, sendo 1.111 homens e 95 mulheres. No ano de 2022, somente nos meses de janeiro a março, 1.427 pessoas (homens e mulheres) deram entrada no sistema prisional em decorrência do cometimento do crime de tráfico de drogas.

O aumento do tráfico de drogas é bastante preocupante, pois, segundo registra o painel de homicídios da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Espírito Santo (SESP/ES, 2022), 80% dos homicídios praticados atualmente no estado estão ligados ao tráfico de drogas. A região metropolitana da Grande Vitória registrou, no primeiro trimestre de 2022, 133 casos de homicídio dolosos, enquanto no primeiro trimestre do ano passado foram 134.

Constata-se que a média de crimes de homicídio persiste em terras capixabas, inobstante os esforços de repressão efetivados pelo Estado, tais como o aumento do

efetivo policial, aquisição de novas viaturas, armamentos e equipamentos sofisticados, construção de unidades prisionais, além de investimentos em banco de dados e perícia criminal, ou seja, a segurança pública no estado Espírito Santo vem recebendo altos investimentos (SESP/ES, 2022).

Repensar a pena privativa de liberdade para a mulher é uma questão de um novo paradigma para o que realmente queremos como defesa social, no sentido de proteção ao coletivo e de respeito aos direitos e garantias constitucionais. Repassa ainda pela compreensão de que o crime é um fenômeno social e não uma atitude individual, isolada de seu contexto.

O modelo de funcionamento das unidades prisionais como “instituições totais” deve ser repensado, haja vista a necessidade de outros saberes nessa reorientação ao convívio social e, em particular, com relação à ex-condenada, e da demonstração de sua quase total ineficácia quanto a um tratamento penal adequado ao contexto social atual e historicamente.

De outra forma, as únicas funções que continuarão a existir nas unidades de cumprimento de execução da pena privativa de liberdade serão a punibilidade, a reclusão e a segregação social, de forma que continuarão a se consolidar como fontes formais do comportamento criminoso, retroalimentando à estigmatização e à prática de crimes.

2.4 A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AO CÁRCERE

Conforme dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, através do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o Brasil está em quarto lugar dentre os países que mais encarceram no mundo, o que representa um aumento de mais de 80% da população carcerária nos últimos dez anos (BRASIL, 2014).

O perfil da população carcerária brasileira indica que ela é formada principalmente por jovens de até 29 anos, negros e do sexo masculino. Tais circunstâncias evidenciam uma tendência do sistema penal à seletividade, o que reforça e mascara violências estruturais relacionadas a fatores culturais e ideológicos que cada ano mais expõem

a vulnerabilidade da população desassistida de políticas públicas que sejam efetivas para que proporcionem o pleno exercício da cidadania.

Diante de um modelo penal extremamente punitivista, em que o encarceramento em massa se revela o lado mais cruel, surgem as alternativas penais à prisão. A partir de 1990, quando foi realizado o Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, as Regras das Nações Unidas sobre Medidas Não-Privativas de Liberdade, Regras de Tóquio, são o resultado de um processo histórico de crítica, estudos e discussões.

As Regras de Tóquio recomendam a utilização das penas privativas de liberdade em último caso e somente nas hipóteses de crimes graves e de condenados de intensa periculosidade; para outros delitos e criminosos de menor potencial ofensivo, propõem medidas e penas alternativas. Conforme dados obtidos pelo Depen, por meio do Projeto BRA/14/011 – Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro, no Brasil, somente a partir da promulgação da Lei 6.416, de 1977, foram inseridos no sistema penal institutos como a prisão aberta, a prisão albergue e a ampliação do sursis, ensejando reformas penais que culminaram no sistema de alternativas à prisão, sendo que, a partir de 1980, houve a ampliação das penas alternativas para liberdade vigiada, a reparação do dano, a prestação de serviço à comunidade (2020, p. 20).

Com a promulgação da Constituição Brasileira em 1988, criou-se o ambiente fértil para esse importante redirecionamento da política criminal brasileira, no que tange à aplicação das penas alternativas, sendo criadas as condições para a consolidação de uma sistemática jurídica que possibilitou a sua implementação. No ano de 1990, surgiu a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, estabelecendo a transação penal, a suspensão condicional do processo. A Lei 9.714/98, por sua vez, ampliou o leque de alternativas, como a prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição para frequentar determinados lugares e prestação de outra natureza.

Conforme registra o Manual de Gestão para as Alternativas Penais, elaborado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, através do Depen e Conselho Nacional de Justiça, o início da política de penas e medidas alternativas tem como marco o ano de

2000, com a criação da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (Cenapa). Em 2002, foi criada a Comissão Nacional de Penas e medidas Alternativas (Conapa). Atualmente, a política de alternativas penais estrutura-se através da Coordenação-Geral de Alternativas Penais (CGAP) junto ao Departamento Penitenciário Nacional (2020, p. 28). Cabe o registro de que a Lei 12.403/2011 aumentou o leque de medidas cautelares protetivas de urgência, que são também consideradas alternativas penais.

Apesar do avanço substantivo de atos normativos que possibilitariam a aplicação de medidas alternativas pelo sistema de justiça criminal, esse movimento não foi suficiente para frear a expansão da população carcerária no Brasil. Principalmente no que se refere à mulher.

No estudo realizado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), no ano de 2017, sobre a criminalidade da mulher na cidade de São Paulo/SP – e que vale como referência para os outros Estados para análise do comportamento criminoso –, verificou-se que, dentre os objetos apreendidos no momento da prisão da mulher envolvida em atividade criminalizada, 45,4% diziam respeito a objetos que teriam sido subtraídos; em seguida foram as drogas, com 41,6% das vezes, coerente assim com o fato de os crimes de tráfico de drogas, roubo e furto terem sido os mais frequentes nas prisões em flagrante (ITTC, 2017, p. 77).

O estudo ainda revelou o baixo percentual de armas de fogo encontrado (reais ou réplicas) (9,2%); armas brancas foram apenas 8,0%. Os itens que indicam o cometimento de delitos envolvem a subtração de artigos de necessidade, como vestuário e perfumaria, comida e artigos para bebês e crianças, o que chega a 43% dos casos. Tais circunstâncias demonstram como a maioria dos crimes que levam as mulheres à prisão é cometido sem violência (ITTC, 2017, p. 78-80).

A pesquisa ainda revelou que o perfil de mulher pobre e com baixa escolaridade predomina na atividade criminosa do tráfico de drogas e há três substâncias que estão presentes em todos os casos de prisão provisória de mulheres entre a população pesquisada: maconha, cocaína e crack.

No que se refere à quantidade de droga apreendida, em 88,6% dos casos, a quantidade de crack apreendida foi de até 100g, sendo que em apenas uma única vez ocorreu apreensão superior a 500g. Quanto à maconha, em 79,7% dos casos a apreensão foi de até 500g, com apenas nove casos que envolveram apreensões superiores a 1 Kg. Em relação à cocaína, as apreensões de até 500g correspondem a 73,1% dos casos (ITTC, 2017, p. 81-83).

Ao escrever sobre o crime de tráfico de drogas e sua relação com a mulher, assim preleciona Soraia da Rosa Mendes (2021, p. 117):

[...] ao privilegiar a pena de prisão como medida central, a Lei de drogas brasileira constituiu-se, desde sua promulgação em 2006, em um dos mais eficazes instrumentos do encarceramento em massa promovido em nosso país. Particularmente em relação à população carcerária feminina, alcançamos o alarmante número de mais de 42 mil mulheres presas, o que representa em torno de 65% a mais em relação ao total existente no início dos anos 2000, quando eram aproximadamente 6 mil as mulheres mantidas atrás das grades em nosso país.

Nesse contexto, uma política de alternativas penais que não se torne instrumento ampliador da malha penal torna-se fundamental. Para tanto, uma estratégia é que seja aplicada prioritariamente aos crimes que mais encarceram, ou seja, crime contra o patrimônio (furto/roubo) e tráfico de drogas. A fim de complementar uma política de desencarceramento e se ter estabilidade, é preciso que, junto à estrutura de alternativa penal, funcione suporte ao amparo, apoio e assistência às pessoas, a fim de que possam ter acesso básico aos direitos de exercício da cidadania e impedir um ciclo vicioso, e acabe por se tornar também uma política violadora de direitos.

É indispensável, ainda, que os aspectos relacionados ao gênero possam permear as ações do sistema de justiça criminal, de modo a viabilizar a adoção de medidas alternativas ao cárcere. As especificidades da mulher não podem estar de fora da instrução processual, caso contrário acaba por gerar uma verdadeira vulneração de direitos e garantias individuais.

Ao comentar sobre a vulneração da mulher decorrente da ausência de políticas públicas eficientes e que acaba por levar a mulher à atividade de traficância de drogas, assim registrou Soraia da Rosa Mendes, ao mencionar Salo de Carvalho, sobre o princípio da coculpabilidade (2021, p. 200):

[...] a tradição penal latino-americana é rica no que diz respeito à normatização do princípio da coculpabilidade como circunstância atenuante de pena. O código penal colombiano, em seu art. 64, determina a atenuação da pena em face da indulgência. O mesmo ocorre na Argentina (art.41), quanto à maior ou menor dificuldade do autor para promover seu sustento ou de familiares; na Bolívia (art.38), quando trata da situação econômica e social do réu; no Equador (art.29), no momento em que há indigência, família numerosa e à falta de trabalho do imputado; no México (art. 52) e Peru (art.51) há enumeração das condições econômicas do agente; no Paraguai (art.30) vincula-se a conduta do indivíduo ao seu estado de miserabilidade. Nessas situações, costuma-se dizer que há uma culpabilidade com a qual a própria sociedade deve arcar.

Importa trazer referência à Resolução 254, de 4 de setembro de 2018, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo a qual, precipuamente nos art. 9º e 10º, configura violência institucional contra as mulheres no exercício de funções públicas a ação ou omissão de qualquer órgão ou agente público que fragilize, de qualquer forma, o compromisso de proteção e preservação dos direitos de mulheres, competindo aos órgãos do Poder Judiciário adotar mecanismos institucionais para coibir a prática de ato que configure violência ou que possa atingir os direitos à igualdade de gênero.

A prisão domiciliar se mostra como importante alternativa ao encarceramento de mulheres, porém a medida deve ser aplicada diante das diversas demandas concretas do cotidiano das mulheres, além dos desdobramentos que a permanência ininterrupta na residência pode acarretar. Sempre é bom lembrar que não é para todos que a residência se mostra um refúgio seguro, principalmente para as mulheres.

Para muitas mulheres, a residência é local de maior ocorrência de violência doméstica e familiar. Dessa forma, a aplicação da medida importa em verificar, de maneira antecipada, a história da mulher para que se possa fazer o pedido de liberdade mais adequado ao contexto.

A medida alternativa à prisão deve abranger ainda a possibilidade de trabalho e educação, os quais são partes fundamentais na reestruturação social para acesso à renda e à subsistência. Caso contrário, a medida desencarceradora pode se tornar inviável e se tornar fonte de comportamento criminoso, diante das suas limitações.

Para tanto, o contato com o profissional responsável pela defesa da custodiada torna-se fundamental, de forma que as peculiaridades referentes ao cárcere estejam “no mundo dos autos”, ou seja, nos autos processuais. A defesa deve estar atenta a direitos previstos na execução penal, como a progressão de regime, o indulto e o

livramento condicional, bem como as especificidades do gênero, principalmente a maternidade, além de incorporar as Regras de Bangkok em suas fundamentações.

Nesse sentido, assim registrou o Relatório elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2017, p. 217):

Além disso, considerando a problematização das diversas modalidades de medidas cautelares feita por esse capítulo, fica evidente também que é somente por meio de uma defesa próxima e atuante que a dicotomia prisão provisória x liberdade provisória poderá ser superada, de modo a garantir que a discussão jurídica sobre medidas cautelares não se limite a rotinas burocráticas sobre opções “menos ruins” do que a prisão, e portanto irrefletidas, e atentem para as medidas que de fato se adequam às condições de vida da pessoas assistida e que, sobretudo, não agravem suas vulnerabilidades sociais

Em face das especificidades da mulher e as consequências de seu encarceramento em um processo legítimo de defesa social, é imperioso que juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados estejam compromissados em aplicar as Regras de Bangkok, de forma que se possa reconhecer a existência de excludentes de ilicitude (estado de necessidade e legítima defesa), excludentes da tipicidade, como, por exemplo, o princípio da insignificância e a ocorrência de prova ilícita.

Nessa mesma orientação, que se priorizem outras alternativas, como é o caso da fiança e de outras que a Lei 12.403/11 elencou, trazendo, assim, a possibilidade aos juízes de aplicarem outras medidas cautelares como condições a serem cumpridas para estar em liberdade. Essa ampliação de medidas veio em um importante momento como medida desencarceradora, pois a fiança, na maioria dos casos, devido à vulnerabilidade dos envolvidos, acaba por reforçar um caráter seletivo do sistema penal, haja vista que muitas pessoas continuavam presas apenas por não ter capacidade financeira para pagá-la.

Esse cenário acaba por atingir, ainda mais, os familiares, aos quais vai caber a responsabilidade de arcar com o ônus financeiro da fiança. Uma alternativa viável para que o instituto da fiança seja preservado e aplicado com justiça social, deixando de ser uma ilusão de medida alternativa ao cárcere, seria a possibilidade de parcelamento de seu pagamento, sem que isso se tornasse obstáculo para imediata soltura, impedindo que uma pessoa permanecesse presa pelo único fato de ser pobre.

A monitoração eletrônica foi outro importante instrumento trazido pela Lei 12.403/11, segundo a qual o custodiado é mantido sob vigilância a distância, através de meio remoto via tecnologia de posicionamento global via satélite. Apesar de ser uma medida menos violadora e impactante que a prisão e permitir o convívio com os familiares, sua utilização pode ocasionar algum tipo de estigma e criar obstáculos para atividades laborais e limites geográficos, tornando-se um obstáculo tal qual aquele enfrentado pelos egressos do sistema prisional.

Uma importante contribuição que o sistema de justiça criminal poderia dar nesse processo de desencarceramento da mulher seria o reconhecimento da remição (art. 126 da Lei nº 7.210/84) de pena privativa de liberdade à mulher presa, seja no regime fechado ou semiaberto, que destina seu tempo para os cuidados com o filho recém-nascido, de modo a considerar os dias dispensados aos cuidados com o filho como dias trabalhado. Dessa forma, propõe-se uma aplicação do direito que se desatrele da reprodução automática do contido da lei, através de um apego extremo ao positivismo jurídico, de forma a criar, sempre orientado por princípios constitucionais, alternativas que possam minimizar a política criminal de encarceramento em massa.

Nesse sentido, fixam Thiago Allison Cardoso de Jesus e Viviane Freitas Perdigão Lima (2020, p. 119):

A magistratura compreendeu que a Constituição de 1988 a tornou uma das principais administradoras da crise social brasileira e a colocou, rotineiramente, diante da população carente de direitos e proteção social. Juízes, desembargadores e ministros de Tribunais são protagonistas que ocupam espaços na arena pública, marcando posições e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de discricionariedade ou extrema impessoalidade.

O cenário revela que a punição, a pena a ser aplicada pelo sistema de justiça, destaca-se como um mecanismo de controle, e a finalidade do Estado é a regulação daquilo que é considerado a “pequena criminalidade”, aquela que se faz presente no cotidiano, principalmente nas grandes cidades.

O grande desafio do nosso momento histórico é diagnosticar o comportamento criminoso e prescrever-lhe a pena adequada, de forma que a punição aplicada pelo Estado cumpra seus efeitos e possa ser cumprida para garantir direitos e garantias fundamentais, sem se tornar instrumento de vingança social.

Inobstante o sistema de justiça criminal atuar fortemente na direção de aplicar a pena privativa de liberdade, como estratégia de controle de comportamento de risco, ela tem se mostrado totalmente ineficaz a atender seus objetivos. O que temos presenciado é um aumento significativo da criminalidade, acompanhado pelo inchaço, explosivo, das unidades prisionais, o que revela uma opção pelo encarceramento em massa, opção que se adequa ao compromisso de reprodução do sistema em si mesmo.

Com esse cenário catastrófico, a pena privativa de liberdade se mostra cara, violadora de direitos e garantias individuais, violadora dos Direitos Humanos e, por consequência, não cumpridora de seus objetivos de retribuição e de propiciar um tratamento penal adequado, de forma que aquele que é custodiado pelo Estado possa retornar ao convívio social com perspectiva de cidadania plena e o estigmatismo da condenação criminal não se torne obstáculo intransponível, o que só faz realimentar um ciclo vicioso do comportamento criminoso.

No que se refere à mulher envolvida em prática criminosa, os reflexos do encarceramento podem funcionar como uma espécie de supercatalizadores desse processo de política criminal, um verdadeiro instrumento de percussão do comportamento criminoso.

Dessa forma, a aplicação de medidas alternativas à prisão surge como uma ferramenta extremamente útil ao sistema de justiça criminal e que pode ser perfeitamente ampliada e aplicada nos casos que não representem perigo. Trata-se, assim, de um modelo perfeitamente adequado e que pode seguir em paralelo à pena privativa de liberdade, reservando-a às aquelas situações em que o encarceramento seja necessário e justificável, em espaços que propiciem oportunidades de cidadania.

O próprio Departamento Penitenciário Nacional, em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça, vem estimulando essa prática para que as alternativas penais (as penas restritivas de direitos; transação penal; suspensão condicional do processo; suspensão condicional da pena privativa de liberdade; conciliação; práticas de justiça restaurativa; medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência) tenham a sistematização adequada para que se consolidem como ferramenta capaz

de reduzir a população carcerária a partir da adoção de metodologias substitutivas já previstas em nossa legislação.

Dessa forma, o juiz, como ressaltam Thiago Allison Cardoso de Jesus e Viviane Freitas Perdigão Lima, torna-se protagonista de um verdadeiro movimento de proteção social, inclusive atuando na descriminalização de condutas e estimulando a aplicação de penas alternativas à prisão para a solução de conflitos, orientado para restauração das relações e promoção da cultura de paz, a partir da responsabilização com dignidade e autonomia.

CAPÍTULO 3 – A DESIGUALDADE DE GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONVÍVIO SOCIAL FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo objetiva compreender e identificar os critérios de diferenciação sexual, ou seja, a separação dos indivíduos em masculino e feminino e o papel que cada um recebeu na sociedade em decorrência da formação cultural, e se esse modelo sociocultural resultou em fatores significativos que possam gerar subjetividades que inibam a prática delitiva.

Nesse diapasão, será analisada a importância da ocupação do poder nas relações sociais. O modelo cultural androcêntrico, ou seja, a supervalorização das ideias masculinas, que veio a se consolidar pelo argumento do discurso do “cuidado”, tem sido uma “atitude natural”, porém se mostrou inserido numa perspectiva meramente instrumental, utilitarista, exploratória e predatória, privilegiando o homem nas posições de liderança na sociedade.

Segundo Soraia da Rosa Mendes (2021, p. 118):

Tem-se o androcentrismo quando um estudo, uma análise, uma investigação ou uma política tem como enfoque preponderante a perspectiva masculina, apresentando-a como central para a experiência humana, de maneira que os referentes à população feminina, quando existentes, se dão unicamente em relação às necessidades experiências e preocupações dos homens. O androcentrismo pode se manifestar de duas formas, que são a misoginia e a ginopia. A misoginia consiste no repúdio ao feminino e ginopia na impossibilidade de ver o feminino ou a invisibilidade da experiência feminina.

Em oposição ao determinismo biológico, as feministas desenvolveram o conceito de gênero e incluíram nele a compreensão da relevância da experiência cultural para a diferenciação dos sexos e não a enunciação de uma realidade dada pela natureza. Uma construção social do gênero.

Ao comentar sobre a teoria de Sandra Harding sobre feminismo, gênero e identidades fragmentadas, em sua obra *Rethinking standpoint epistemology: 'what is Strong objectivity?'* (1993), Soraia da Rosa Mendes (2021, p. 48) afirma:

Esta lógica de sujeitos múltiplos leva ao reconhecimento de que o sujeito do conhecimento feminista libertador também deve ser, em um sentido importante, o sujeito de todos os outros projetos de conhecimento libertário. Isso é verdade no sentido coletivo de “sujeito do conhecimento”, porque mulheres lésbicas, pobres e racialmente marginalizadas são todas mulheres e, portanto, todas as feministas terão que entender como gênero, raça, classe

e sexualidade são usados para se construir entre si. Assim terá de ser tanto para que o feminismo seja libertário para as mulheres marginalizadas, mas também para que seja um aviso para mulheres do grupo dominante sobre suas próprias situações. Se não fosse assim, não haveria maneira de distinguir entre o feminismo e o interesse próprio limitado das mulheres do grupo dominante – assim como o pensamento androcêntrico convencional não permite nenhum critério para distinguir entre “melhores crenças” e aqueles que servem a autointeresse dos homens como homens. (O pensamento burguês não permite nenhum critério para identificar o interesse próprio especificamente burguês, o pensamento racista, a identificação de interesses racistas, e assim por diante).

Assim, o processo de criminalização das mulheres não se dá apenas pelo fato de “ser mulher”, mas está alinhado às opressões sofridas por sua classe social, sua raça/etnia e sua sexualidade (MENDES, S., 2021, p. 119). A desconstrução desse modelo passa pela elevação da identidade do sujeito constitucional e da garantia do pleno exercício dos direitos fundamentais, de modo que se dê visibilidade às relações de poder baseadas no gênero e na orientação de gênero. Nesse contexto, relata o Professor Cássius Guimarães Chai (2014, p. 166):

São mais de cem anos de república exclusão, em todos os níveis e matizes sociais, para os quais o Estado de Bem-estar social não foi apresentado ficando as restrições de um consenso neocapitalista como dividendo a ser compartilhado por todos.

Dentre os desafios a serem vencidos enumeram-se *e.g.* o acesso à verdade (à informação), a recuperação da memória nacional e da responsabilidade do Estado e de seus agentes públicos nos desaparecimentos forçados, a inclusão social de descapacitados físicos, a erradicação da pobreza extrema e do analfabetismo, o acesso universal à saúde e um sistema de saúde público qualitativo, o combate à corrupção institucional, a proteção da criança, idosos e dos economicamente vulneráveis.

A proteção normativa e a garantia dos direitos fundamentais possibilitarão a adoção de ações positivas, afirmativas que instruem políticas públicas⁷ de todo e determinado grupo de pessoas, reduzindo as desigualdades e proporcionando oportunidades na busca de uma boa condição de vida.

Porém, é preciso estar atento ao que nos ensina Luís Roberto Warat, em sua obra “Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou” (2004, p. 177):

É hora de não fechar os olhos e denunciar que a falta de proteção abstrata, dada pela lei do direito, leva à impunidade, permite que a terra latino-

⁷ Aqui entendidas como: “[...] conjunto de programas ou ações governamentais integrado e articulado para a provisão de bens ou serviços à sociedade, dotado de recursos orçamentários”. (BRASIL, 2022, p. 39).

americana seja repetidamente lastimada pelo horror: condenando aos que nela vivem a ser os esquecidos do mundo, pois se esqueceram da lei.

Assim, abandona-se a pretensão de ser a objetividade e neutralidade, herdadas do positivismo, como únicas e válidas para a construção do conhecimento (MENDES, S., 2021, p. 89). A interpretação mais integral do direito, nos moldes preconizados por Ronald Dworkin, deve tornar possível extrair aspectos diferentes da natureza e da vida social que são inacessíveis em um modelo puramente dedutivo, divorciado das especificidades e subjetividades.

Ações protetivas devem ir além de aplicação de atos normativos, dispositivos de lei e de regras, tais como as Regras de Bangkok, documento este que, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, teve como intuito “[...] promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência de gênero” e jogar luzes para a mudança necessária do panorama relacionado com o encarceramento feminino no país (BRASIL, 2016, p. 9).

Cabe o registro de que, em 19 de dezembro de 1966, foi celebrado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado pela Resolução 2.200-A da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Esse documento amplia o rol dos direitos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos e ressalta o direito de toda pessoa presa ou detida ser levada, o mais rápido possível, à presença da autoridade judicial.

Assim, a persecução penal do estado Democrático de Direito não deve ser utilizado como instrumento de “vingança social”, e sim terreno fértil para efetivação dos direitos fundamentais. Nota-se a existência de um grande arcabouço normativo, nacional e internacional, de proteção aos direitos humanos à disposição do sistema de justiça criminal para atenção às especificidades da mulher custodiada, porém isso por si só não é suficiente.

É imprescindível a assunção de uma postura judicialmente que os direitos das rés saiam do plano formal e se realizem na *práxis* de juízes ou juízas capazes de interpretar as normas de modo a compreender a existência não de “mulheres em abstrato”, mas das mulheres reais, “de carne e osso” que, vida vivida do cárcere, têm sobre si estruturas visíveis construídas para o “homem” enquanto suposto representativo de todo o gênero humano. (MENDES, S., 2021, p.133).

A proposta do presente capítulo é, pois, permitir uma reflexão quanto à existência de uma real proteção da sociedade, nos moldes atuais da condução processual e aplicação do direito à mulher envolvida em atividade criminalizada. Na concepção de que a categoria do sexo é reguladora, toda análise que a tome acriticamente amplia e legitima a estratégia de regulação como regime de poder/conhecimento (BUTLER, 2022, p. 168).

3.1 AS DESIGUALDADES DO GÊNERO E OS CONFLITOS DELAS DECORRENTES

Enfrentar a problemática do papel da criminologia na reprodução das desigualdades de gênero a partir da análise do discurso criminológico sobre a mulher, desde suas primeiras manifestações na Idade Média até o advento da reação social decorrente da criminologia crítica e seus possíveis reflexos na transformação das relações sociais, mostra-se essencial para uma melhor compreensão do processo histórico do lugar ocupado pela mulher na construção da sociedade.

A relevância do tema ainda decorre, principalmente, da notória incompetência por parte do Estado quanto à realização de políticas públicas eficientes para o controle da criminalidade.

A diferenciação sexual é o ponto basilar da formação identitária dos sujeitos, ou seja, a separação dos indivíduos em masculino e feminino representa a primeira matriz de produção das subjetividades, de reconhecimento de si mesmo e de percepção do outro.

Conforme nos ensina Foucault (1984, p. 145-146),

É pelo sexo efetivamente, ponto imaginário fixado pelo dispositivo de sexualidade, que todos devem passar para ter acesso a sua própria inteligibilidade (já que ele é, ao mesmo tempo, o elemento oculto e o princípio produtor de sentido), à totalidade de seu corpo (pois ele é uma parte real e ameaçada deste corpo do qual constitui simbolicamente o todo), à sua identidade e (já que ele alia a força de uma pulsão à singularidade de uma história).

O discurso científico orientou a polarização e naturalização das diferenças sexuais e contribuiu para revigorar as crenças religiosas ou filosóficas que versavam sobre a inferioridade da mulher. O paradigma biológico reforçou, assim, a dominação masculina da sociedade, fomentado a primazia do homem sobre a mulher, da razão

sobre a emoção, da objetividade sobre a subjetividade, do público sobre o privado, do universal sobre o particular (SMART *apud* LARRAURI, 1994, p. 182).

O determinismo biológico com a separação dos seres humanos nos sexos masculino e feminino decorre da análise das diferenças naturais existentes nos corpos de homens e mulheres. Segundo essa visão biológica, mesmo que um indivíduo se submeta a operações cirúrgicas para a mudança de seus órgãos sexuais, o código genético persistirá, indicando seu sexo de origem.

A esse respeito afirma Vera Lúcia Carapeto Raposo (2004, p.33):

Há quem sustente que as diferenças entre a vida dos homens e das mulheres radicam em assimetrias biológicas imutáveis. O cérebro, o corpo e as hormonas masculinas são diferentes das femininas: homens são fisicamente mais fortes, mais velozes, mais agressivos, incapazes de gerar um filho no seu ventre. Outros fatores determinam essas dissemelhanças, tais como a cultura, as tradições, as experiências de vida. Mas a biologia (a natureza) representa uma causa determinante.

O androcentrismo, ou seja, a supervalorização das ideias masculinas, tem sido assim uma “atitude natural”. Em oposição ao determinismo biológico, as feministas desenvolveram o conceito de gênero e incluíram nele a compreensão da relevância da experiência cultural para a diferenciação dos sexos e não a enunciação de uma realidade dada pela natureza. Uma construção social do gênero.

Segundo Maria Teresa Couceiro Pizarro Beleza (1993, p. 134),

[...] o sexo e a raça, habitualmente referidos como categorias científicas, objetivas, neutras, de evidência biológica e descomprometida serão tudo menos isso. Não é nos genes, por muito que para eles olhemos, que poderemos encontrar qualquer explicação para qualquer diferença. Os códigos de sentido de que foram investidas tais variáveis biológicas são fenômenos culturais, só historicamente apreensíveis, de que fazem parte essencial os processos de absorção pelo senso comum das categorias referidas. Essa incorporação no senso comum é feita das mais variadas maneiras, em toda a sorte de práticas e discursos culturais e quotidianos.

A substituição do paradigma biológico pelo paradigma do gênero, dada a sua adequação a todas as esferas da vida humana, mostrou-se de suma importância, pois o termo gênero tornou-se uma categoria analítica central para o desenvolvimento dos estudos nas mais diversas matizes, como no Direito, Literatura, Psicologia, Artes, etc.

Segundo Marta Lamas (2000, p. 65),

[...] gênero corresponde ao conjunto de ideias, representações, práticas e representações sociais que uma cultura desenvolve a partir da diferença anatômica entre os sexos para simbolizar e construir socialmente o que é próprio dos homens (masculino) e o que é próprio das mulheres (o feminino).

Raposo (2004, p. 33) define gênero como uma construção social que cria discriminações entre os sexos biológicos a partir de um processo de aculturação originado no contexto econômico, político, social e cultural que os envolve. Submetidas a esse processo, as pessoas acabariam por incorporar atributos masculinos ou femininos, fixando-se em um dos dois gêneros concebidos pela sociedade.

Alessandro Baratta (1999, p. 23) esclarece que, em contraposição ao paradigma biológico, essas teorias definiram o paradigma do gênero partindo de três afirmações básicas: 1) as formas de pensamento, linguagem e as instituições sociais possuem uma implicação estrutural com a dicotomia masculino-feminino; 2) os gêneros não são naturais e não dependem do sexo biológico, constituindo o resultado de uma construção social; 3) os pares de atributos correspondentes a cada um dos sexos atuam como instrumentos simbólicos de distribuição de poder entre homens e mulheres.

Com essa compreensão, podemos dizer que, enquanto a natureza teria determinado as diferenças inatas e imutáveis dos corpos, a cultura seria responsável pela artificial atribuição às pessoas de papéis e posições sociais femininos ou masculinos, criando as discriminações de gênero. O feminismo, assim, tenta fugir do determinismo que rotula de forma imutável, para a direção da ordem de construção social da diferença. Nas palavras de Butler (2008, p. 26): “[...] não a biologia, mas a cultura se torna o destino”.

O paradigma do gênero não está vinculado apenas às diferenças sexuais do masculino ou o feminino. Ou seja, a aparente bipolaridade dos sexos biológicos não seria determinante para a construção do gênero, de forma que os atributos dos gêneros masculinos ou feminino poderiam se realizar em qualquer corpo sexuado, autônoma, simultânea ou, ainda, sucessivamente.

Sobre tais circunstâncias, registra Lamas (2000, p. 76):

A identidade social das pessoas como homens ou mulheres, ou seja, a identidade de gênero, e a identidade sexual, que por sua vez é estruturada no inconsciente do indivíduo, não são a mesma coisa. O modo como um sujeito sexuado assume inconsciente e imaginariamente sua diferença de sexo é especialmente relevante na estruturação psíquica de desejo e na formação da sua identidade sexual.

Daí que uma construção social do gênero deve incorporar as múltiplas possibilidades de construção de identidades, haja vista as transformações culturais a que a sociedade está sujeita, principalmente com a inexistência de fronteiras diante dos avanços tecnológicos.

Nesse mesmo momento histórico, meados do século passado, despontava nos Estados Unidos a criminologia crítica, a qual abandonava definitivamente o paradigma etiológico-determinista, ou seja, retirou-se do delinquente o foco de sua investigação, e o direcionou ao funcionamento dos sistemas de controle que rotula as pessoas, conforme tivemos a oportunidade de discorrer no primeiro capítulo desta pesquisa.

Assim, a criminologia tradicional, que pretendia criar mecanismos destinados a modificar ou anular a delinquência, como se fosse possível desenvolver um tratamento médico que inibisse a atitude desviante, foi quase que totalmente superada, surgindo uma significativa mudança de perspectiva marcada, sobretudo, pelo positivismo jurídico.

Sobre essa fase, resume Alessandro Baratta (1999, p. 40):

[...] são as regras e valores historicamente determinados que definem quais classes de comportamentos e de sujeitos serão considerados como desviantes e, a partir dessa classificação, são etiquetadas certas atitudes e pessoas *in concreto*. Dessa forma, a qualidade de criminal ou de desviante deixa de ser compreendida como uma característica natural, nos termos do paradigma etiológico da Criminologia tradicional, e se converte em um atributo estabelecido por meio de processos sociais de definição e de reação.

O processo de criminalização passa a ser compreendido como intimamente ligado às relações de poder encontradas no meio social, o qual determina a desigualdade de distribuição de riscos e das proteções imunológicas diante do sistema de justiça social.

A incorporação de temas feministas ao Direito deu-se como reflexo dos avanços que o estudo sobre a mulher alcançava em outras áreas, tais como a História, a Sociologia, a Economia, a Psicologia e as Artes.

Foi a partir de 1970 que as discussões encadeadas por diversas teorias e juristas feministas norte-americanas, seguidas pelas europeias, consolidaram o que posteriormente foi chamado Teoria Feminista do Direito, cuja construção marcou essa fase efervescente do feminismo.

Como menciona Silveira (2008, p. 66):

Com evidente crescimento desde os anos 70, mas com momentos marcantes em épocas anteriores, como foi o caso, da Revolução Francesa ou das sufragistas inglesas e americanas do século XIX, pode ser considerado feminismo o movimento encarado, genericamente, como a crítica contraposta às teses de separação existentes entre homens e mulheres. (...) Procurando e almejando a quebra da estrutura consagrada do patriarcado, o feminismo visa, em suma, à igualdade dos direitos, já que as mulheres são vistas como reais perdedoras do jogo social.

De acordo com as abordagens feministas, os homens tradicionalmente detinham mais poder na estrutura patriarcal da sociedade ocidental do que as mulheres e as excluía do processo decisório em áreas significativas para o convívio social. Por consequência, medidas que importariam em adoção de políticas públicas que refletissem na moral e na boa ética voltadas para a formação do indivíduos não contavam com a sua participação.

O início do processo de consolidação da Teoria Feminista do Direito foi também resultado da crescente participação das mulheres no mundo jurídico, tendo sido elas as principais responsáveis pelo destaque de temas associados ao Direito e, por consequência, à criminologia.

Como registra Frank Schmalleger (2017, p. 232, tradução livre), “[...] as mulheres eram virtualmente invisíveis na análise criminológica até recentemente e muita teorização procedeu como se a criminalidade fosse restrita aos homens”.

Na concepção do autor, o feminismo é uma forma de observar o mundo, não uma orientação sexual. Ser feminista é “[...] combinar uma perspectiva mental feminina com uma sensibilidade para as questões sociais que influenciam principalmente as mulheres”. (SCHMALLEGER, 2017, p. 232, tradução livre).

Ensina Frank Schmalleger (2017, p. 232) que são cinco as vertentes do pensamento feminista para a criminologia de hoje: feminismo liberal, feminismo radical, feminismo marxista, feminismo socialista e feminismo pós-moderno. Cada uma dessas

perspectivas argumenta que o conflito na sociedade é baseado em desigualdades centradas em questões de gênero.

No que se refere ao feminismo liberal, descreve o autor que essa teoria vê a socialização do papel do gênero como a principal fonte de opressão das mulheres. As feministas liberais clamam pela eliminação das divisões tradicionais de poder e trabalho entre os sexos como forma de eliminar a desigualdade e promover a harmonia social (SCHMALLEGER, 2017, p. 234).

O feminismo radical enxerga no patriarcado, ou dominação masculina, a causa da opressão das mulheres, descrevendo os homens como sendo fundamentalmente brutais, agressivos e violentos e controlando as mulheres através da sexualidade, aproveitando-se da dependência biológica das mulheres durante os anos reprodutivos e da falta de força em relação aos homens. A exploração das mulheres pelos homens desencadeia o comportamento desviante das mulheres, porque as jovens exploradas sexual ou fisicamente podem fugir ou abusar de substâncias e tornar-se criminalizadas, de modo que a eliminação da dominação masculina deve reduzir as taxas de criminalidade para as mulheres e “precipitar até uma diminuição da participação masculina” (SCHMALLEGER, 2017, p. 234, tradução livre).

O feminismo marxista defende que a opressão das mulheres é causada por seu *status* de classe trabalhadora subordinada nas sociedades capitalistas. Dentro da sociedade capitalista, as mulheres podem ser atraídas para a comissão de crimes em um esforço para sustentar a si mesmas e a seus filhos. Já os homens cometem crimes violentos de rua com mais frequência, enquanto as mulheres cometem crimes contra a propriedade e vícios (SCHMALLEGER, 2017, p. 235).

O feminismo social, explica Schmalleger (2017, p. 235) vê a opressão de gênero como consequência da interação entre a estrutura econômica da sociedade e os papéis baseados no gênero. Sociedades igualitárias seriam construídas em torno de princípios socialistas ou marxistas com o objetivo de criar uma sociedade livre de divisões de gênero e classe.

Por último, esclarece o professor, teremos o feminismo pós-moderno, em que a construção social dos conceitos tipicamente usados em qualquer discussão de

criminologia – incluindo conceitos como justiça e crime – é questionada. Citando a criminologista Amanda Burgess-Proctor, o feminismo pós-moderno se afasta das outras perspectivas feministas ao questionar a existência da “verdade”, incluindo a “opressão das mulheres”, e “as feministas” pós-modernas rejeitam categorias fixas e conceitos universais em favor de múltiplas verdades (SCHMALLEGER, 2017, p. 236).

Nesse processo de construção da identidade do gênero e da criminologia, no que se refere ao comportamento criminoso, o convívio social e a repartição de poder sofrem influências do contexto social, daí ser o gênero o organizador central da vida contemporânea. Assim, as relações de poder existentes na sociedade refletem no ambiente doméstico e nas relações cotidianas entre homens e mulheres. Sendo este o nosso próximo ponto de estudo.

3.2 UMA CONSCIÊNCIA DA IMPORTÂNCIA DO PODER NA FORMAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Ao iniciar essa discussão, torna-se indispensável trazer à baila as palavras de Soraia da Rosa Mendes, registrada em sua obra “Processo Penal Feminista” (2021, p. 1):

O poder tem o específico efeito de produzir desigualdades consistentes tanto nas relações de assimetria da poder/dever, quanto no não reconhecimento das identidades. E a igualdade – ou melhor, seria dizer a desigualdade - para as mulheres é uma questão que cruza a história, de um modo bem especial no campo jurídico, no qual o lugar reservado a nós sempre foi preferencialmente o “canto” destinado ao banco da réu”.

A dominação se refere à pretensão humana de exercer controle. Pelo que já vimos até o presente momento nesta pesquisa, a relação entre dominador e dominado estabeleceu-se historicamente no contexto brasileiro colonial atendendo ao referencial expansionista territorial da Igreja.

Conforme relata Zahidé Machado Neto (1977, p. 15), o argumento central para a consolidação do discurso era o “cuidado”, de forma sempre unilateral, controlador e totalitário. Esse cuidado era recriado para justificar, inclusive, a classificação de seres humanos como “coisas”, conforme era o tratamento com os escravos, cuja legislação previa pena para o furto de escravos. A visão do “cuidado” nessa perspectiva era meramente instrumental, utilitarista, exploratória e predatória.

Nesse contexto específico, é relevante pensar que o cuidar enquanto ação fica potencialmente minimizado, inadequado, dissimulado, ou até ilegítimo. Mas é justamente nesta esfera que o termo pseudocuidado pode ser considerado, quando relacionado às questões do controle social exercido pelo aparato de controle e repressão, pelo direito de punir e pela dominação.

Sobre essa questão da sujeição e do poder, assim relata Judith Butler (2017, p. 12):

De acordo com o raciocínio de que a sujeição é tanto subordinação quanto o devir (mudança/movimento) do sujeito, o poder é, como subordinação, um conjunto de condições que precedem o sujeito, que o efetuam e o subordinam desde o princípio. A noção de poder presente na sujeição, portanto, afigura-se em duas modalidades temporais incomensuráveis: primeiro, como algo que é sempre anterior ao sujeito, fora dele mesmo e operante desde o início; segundo, como o efeito desejado do sujeito.

Com efeito, revela-nos Fustel de Coulanges (1998, p. 85) que as sociedades antigas ocidentais eram rigidamente estratificadas, dividindo hierarquicamente os grupos com papéis sociais diversos. Segundo esse historiador, a religião e o culto aos antepassados determinavam toda uma série de regras e tradições que delimitavam a liberdade e o papel de cada um no meio da família e da comunidade.

Relata Coulanges (1998, p. 86) que se um indivíduo que não fosse considerado cidadão pelos parâmetros das tradições religiosas não dispusesse nunca de qualquer sorte de “mérito” que o tornasse digno de ser tratado como igual, ele não estaria alçado à categoria dos indivíduos que mereceriam receber um tratamento isonômico pela lei, pelo Direito.

O homem não estudou sua consciência e disse: isto é justo, aquilo não o é. O direito antigo não nasceu assim. Mas o homem acreditava que o lar sagrado, em virtude da lei religiosa, devia passar de pai pra filho, e desta crença resultou a propriedade hereditária de sua casa. O homem, ao enterrar seu pai, julgava que o espírito do morto, tomando posse desse terreno para sempre, reclama da posteridade culto perpétuo; assim resultou que o campo se tornasse domínio do morto e lugar dos sacrifícios, propriedade inalienável de certa família. A religião dizia: o filho continua o culto, não a filha; e a lei repetiu com a religião: o filho herda, a filha não; o sobrinho por varonia herda, mas o sobrinho por via feminina não é herdeiro. A lei surgiu desse modo, apresentando-se por si própria e sem o homem necessitar ir ao seu encontro. Brotou como consequência direta e necessária da crença; era a própria religião, aplicada às relações dos homens entre si.

O historiador descreve, ainda, que as mulheres não eram consideradas cidadãs, totalmente subordinadas ao chefe da família, assim como as crianças, os servos, os escravos, os plebeus e os estrangeiros; sequer eram submetidas à justiça pública. Por

seus atos respondia o chefe de família a que estivesse subordinada e este, no âmbito da família, decidia quais medidas tomar em conflitos nos quais a mulher se envolvesse (COULANGES, 1998, p. 93).

Tratava-se da aplicação do princípio da igualdade nas orientações de Aristóteles, que atrelou à noção de justiça a necessidade de não apenas tratar os iguais igualmente, mas, sobretudo, impôs o reconhecimento de que o tratamento igualitário não é suficiente quando seus destinatários se encontrem em posições desiguais. Neste caso, o tratamento desigual surge como único caminho para a justiça.

Nessa relação, assim pensava Aristóteles em sua obra “A Política” (2018, p. 14), sobre a servidão natural:

O mesmo ocorre com o homem relativamente aos outros animais, tanto os que se domesticam quanto os que permanecem selvagens, a pior das duas espécies. Para eles é preferível obedecer ao homem; seu governo é-lhes salutar.

A natureza ainda subordinou um dos dois animais ao outro. Em todas as espécies, o macho é evidentemente superior à fêmea: a espécie humana não é exceção.

O pensamento Aristotélico representou um marco na construção e consolidação do princípio da igualdade. Mas a visão que o homem tem acerca dos fenômenos sociais que o envolvem é limitada pelo seu contexto histórico e pela ideologia dominante.

Dividimos o governo doméstico em três poderes: o do senhor, de que acaba de se tratar, o do pai e o do marido. O pai de família governa sua mulher e seus filhos como a seres livres, mas cada um de um modo diferente: sua mulher como cidadã, seus filhos como súditos.

Na ordem natural, a menos que, como em certos lugares, isto tenha sido derogado por alguma consideração particular, o macho está acima da fêmea e o mais velho, quando atinge o termo de seu crescimento, está acima do mais jovem, que ainda não alcançou sua plenitude.

Quanto ao sexo, a diferença é indelével: qualquer que seja a idade da mulher, o homem deve conservar sua superioridade. (ARISTÓTELES, 2018, p. 24).

E ainda:

Seguem suas virtudes morais a mesma graduação: todos devem possuí-las, mas somente tanto quanto convém a seu estado. Quem comanda deve possuí-las todas no mais alto grau. Sua função é como a do arquiteto, isto é, a da própria razão; as dos outros se regulam pela conveniência. Todos têm, portanto, virtude morais, mas a temperança, a força, a justiça não devem ser, como pensava Sócrates, as mesmas num homem e numa mulher. A força de

um homem consiste em se impor; a da mulher, em vencer a dificuldade de obedecer. O mesmo ocorre com as demais virtudes.

Quanto mais refletirmos, mais nos convenceremos disto. É ilusório contentar-se com generalidades sobre esta matéria e dizer vagamente que a virtude consiste nos bons hábitos da alma, ou então no bem agir ou outras fórmulas do gênero. Mais vale, como Górgias, estabelecer a lista das virtudes do que se deter em semelhantes definições e imitar, no mais, a precisão do poeta que disse:

“um modesto silêncio é a honra da mulher”.

Ao passo que não fica bem no homem. (ARISTÓTELES, 2018, p. 26).

Ao florescer os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade apregoados pela Revolução Francesa, surge um novo contexto histórico. Não mais se aceitaria um direito respaldado na religião, como na Antiguidade, ou na propriedade da terra, como na Idade Média, mas na riqueza mercantil que surgia diante das trocas comerciais entre os novos burgos. Surgia também a ideologia da classe dominante, a burguesia.

Nesse sentido, Rui Barbosa (1999, p.26), em sua famosa “Oração aos Moços”, menciona:

A regra de igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam [...]. Tratar com desigualdades a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Com efeito, a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já no seu artigo primeiro, consagrou o princípio da igualdade: “Os homens nascem sendo livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

Inobstante os avanços quanto ao princípio da igualdade, mais uma vez as mulheres não foram alçadas à mesma categoria dos demais cidadãos, dignos de tratamento igualitário.

Assim relata Raposo (2004, p. 131) quanto a esse período:

Os tradicionais estatutos pessoais geradores de situações jurídicas particularizadas (em função do berço, da profissão, da crença religiosa) que cunhavam o Antigo Regime desvaneceram-se com a Revolução Francesa, excepto no que toca ao sexo. A distinção entre uma desigualdade artificial (que como tal, deveria ser expurgada) e uma desigualdade natural (e portanto inconcussa), proposta pelos pensadores franceses pré-revolucionários, foi sufragada pelo próprio Rousseau, que distinguia entre as desigualdades naturais e as desigualdades sociais. Enquanto as primeiras aludem às distintas situações de saúde, de força física e de inteligência em que os vários indivíduos se encontram, já as segundas se reportam à classificação das

peças segundo a respectiva riqueza, estatuto social e poder. Em termos práticos, esta distinção acaba por se tornar promíscua, uma vez que as desigualdades naturais vão sendo diferentemente valoradas ao longo dos tempos. Todavia, no plano teórico, a distinção manifesta toda a sua importância, pois revela que o princípio da igualdade proclamado apenas pode aspirar a expungir as desigualdades sociais (artificiais), não já as desigualdades naturais.

Pelos relatos históricos, constata-se que os revolucionários atuaram sob o plano legal das desigualdades, deixando incólumes as desigualdades sociais e financeiras efetivamente existentes. A igualdade efetiva estava ainda longe de ser concretizada. No que se refere às mulheres, abstiveram-se de maiores reflexões, persistindo ainda sob o modelo patriarcal.

A produção jurídica iluminista que marca essa época é “Dos delitos e das Penas”, de Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, publicado anonimamente em 1764. A obra teve como problemática comum as questões relacionadas à contenção do poder estatal para a garantia das liberdades individuais (festejado após o rompimento com o Absolutismo). O pensamento ilustrado se voltava ao indivíduo entendido como ser crítico, sujeito de direitos e revestido da condição de “cidadão”, a fim de racionalizar a punição para aquele que rompe com o contrato social (ANDRADE, 2003b, p. 47).

O interesse da burguesia ascendente na proteção de seus bens e liberdades, bem como no contingenciamento dos recursos humanos explorados nas fábricas fez surgir um discurso humanitário que, além da oposição aos suplícios punitivos do regime anterior, provocou uma mudança no exercício do controle estatal não apenas através do castigo, mas por todo um conjunto de práticas e instituições voltadas ao disciplinamento (ANITUA, 2008, p. 202).

A partir da segunda metade do século XVIII verifica-se a instauração dessas práticas disciplinares voltadas à normatização e adestramento dos indivíduos para o aumento de sua capacidade produtiva, marcando o exercício do poder no capitalismo. Essa tarefa, executada não apenas pelas prisões, mas por diversas instituições modernas como a polícia, as escolas, as fábricas e os hospitais, promovia o controle do tempo, a vigilância contínua e permanente, bem como a produção de saberes sobre os sujeitos (FOUCAULT, 1979, p. XVII).

Nesse diapasão, os discursos médico e jurídico desse período tiveram um papel fundamental na manutenção da submissão feminina, mesmo depois da Revolução Francesa, conforme relata Soraia da Rosa Mendes (2014, p. 38):

Na sequência do que já ocorria desde a baixa Idade Média, os discursos tanto médico, quanto moral desenvolveram o medo que as mulheres se tornem incontroláveis se ascenderem ao poder de decisão, já que estas são por natureza predispostas ao mal. E os juristas legitimam a desigualdade de tratamento segundo o sexo, afirmando que, no fundo as mulheres desejam ser protegidas contra si próprias.

O contexto social à época era de aplicação de políticas higienistas no controle da delinquência, segundo as quais as cidades constituíam focos de pestilências física e moral, cujo enfrentamento passava tanto pela racionalização dos espaços urbanos quanto pela ação moralizadora através de “modelos” de sexualidade e vida quotidiana, tornando a repressão ao comportamento feminino ainda mais forte, uma vez que a prostituição das mulheres era vista como fator de morbidade, sobretudo pela proliferação de doenças venéreas e degradação do corpo social pela desestabilização familiar (ANITUA, 2008, p. 244).

Dessa forma, conforme os ensinamentos e valores religiosos que perduraram, os papéis de esposas e mães foram sedimentados como os “ideais femininos da sociedade burguesa”, dos quais, ao se afastar, a mulher sucumbia ao crime.

A política criminal da primeira metade do século XIX evidenciava a necessidade de controle sobre o comportamento feminino, ocupando-se dos aspectos morais que levavam mulheres à delinquência, relacionados diretamente aos vícios como o jogo e ao exercício de uma sexualidade considerada imoral. Sobre esse momento, afirma Simone Martins (2009, p. 115):

Na Europa, neste momento, os códigos apresentavam crimes referentes à vagabundagem, à homossexualidade e à prostituição. E é a figura da prostituta como degenerada moral e criminosa que pode ser considerada, nesta análise, a primeira figura feminina de destaque nos discursos criminológicos. Se o discurso clássico ocupou-se apenas em definir a prostituição como ato crime passível de punição, o discurso policial da primeira metade do século XIX arriscou-se a explorar um pouco mais o tema.

Assim, a moral burguesa se impõe e se naturaliza como modelo de normalidade, mantendo a divisão sexual dos espaços e o quase absoluto controle sobre o comportamento das mulheres.

No Brasil, somente no ano de 1832 foi que se teve a primeira lei sobre educação das mulheres, permitindo que frequentassem as escolas elementares; as instituições de ensino eram proibidas a elas. Somente no ano de 1879 é que as mulheres passaram a ter autorização do governo para frequentarem instituições de ensino superior (MENDES, S., 2021, p. 2).

Após as duas grandes guerras, cresce a insatisfação e os questionamentos às políticas estatais que mantinham excluídas minorias étnicas e sexuais, o que culminou em uma explosão de movimentos pela paz e pela reivindicação de direitos civis (ANITUA, 2008, p. 571).

A partir da década de setenta, a introdução de uma concepção marxista vai marcar o surgimento da Criminologia Crítica, a qual aborda a distribuição da “etiqueta” da criminalidade, conforme já estudado nos capítulos anteriores. Conforme aponta Carmem Hein de Campos (1998, p. 42-43),

Dentro dessa nova abordagem, o sistema penal passa a ser entendido como um sistema estruturado para garantir essa desigualdade, para reproduzir as relações sociais desiguais e por isso mesmo, é possuidor de um caráter seletivo. [...] Assim, o sistema penal de controle do desvio social revela, então, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos do direito e desigualdade substancial dos indivíduos que podem ser selecionados como delinquentes.

Enfim, a Inquisição forjou o estereótipo da mulher como um ser sorrateiro e ardiloso, cujo domínio dos saberes representava um perigo social. Os ideais burgueses estabeleceram os padrões de moralidade a ela adequados. O pensamento criminológico positivista deu as bases científicas para diferenciar a “mulher delinquente”, de moral desregrada e comportamento agressivo, e o da “mulher normal”, não afetada pela criminalidade biopsicológica, construindo um padrão associado à passividade, fragilidade e recato.

Apesar do discurso crítico permitido com uma virada epistemológica representada pelo paradigma da reação social, o processo de sujeição da mulher ainda persiste. A esse respeito ensina Judith Butler (2017, p. 12):

De acordo com o raciocínio de que a sujeição é tanto subordinação quanto o devir (mudança/movimento) do sujeito, o poder é, como subordinação, um conjunto de condições que precedem o sujeito, que o efetuam e o subordinam desde o princípio. A noção de poder presente na sujeição, portanto, afigura-se em duas modalidades temporais incomensuráveis: primeiro, como algo

que é sempre anterior ao sujeito, fora dele mesmo e operante desde o início; segundo, como o efeito desejado do sujeito.

A adesão à perspectiva de uma epistemologia feminista através do paradigma de gênero no pensamento criminológico ainda encontra resistência, a justificativa está na manutenção do poder, no controle.

Para que as condições do poder persistam, elas devem ser reiteradas; o sujeito é justamente o local de tal reiteração, uma repetição que nunca é meramente mecânica. A reiteração do poder não só temporaliza as condições de subordinação como também mostra que essas condições não são estruturas estáticas, mas temporalizadas – ativas e produtivas”. (BUTLER, 2017, p. 14).

Foucault sugeria que o propósito da política moderna não é mais libertar o sujeito, mas sim interrogar os mecanismos reguladores pelos quais os “sujeitos” são produzidos e mantidos (BUTLER, 2017, p. 28).

Necessária, assim, a consolidação de uma criminologia que desconstrua o caráter sexista e androcêntrico das ciências penais e dê visibilidade às relações de poder baseadas no gênero e na orientação de gênero e suas intersecções com outras categorias, como a classe social, o que faremos no próximo tópico.

3.3 A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Iniciamos este tópico com uma importante reflexão de Amartya Sen (2015, p. 19):

Quando relações interpessoais são vistas em termos de intergrupo singular, como “amizade” ou “diálogo” civilizações ou etnias religiosas, sem atentar para outros grupos aos quais as mesmas pessoas também pertencem (envolvendo ligações econômicas, sociais, políticas ou culturais), então muito do que é importante na vida humana perde-se completamente e os indivíduos são colocados em compartimentos.

É nessa orientação que pretendemos desenvolver este tópico de nossa pesquisa, ou seja, as marcas que os padrões sociais que herdamos pelo colonialismo hoje nos são fortemente impostas, diante do fenômeno da globalização econômica, do fundamentalismo religioso, do multiculturalismo e do terrorismo global. Nas palavras de Amartya Sen (2015, p.19):

As possibilidades de paz no mundo contemporâneo podem bem residir no reconhecimento da pluralidade de nossas filiações e no uso da reflexão como

habitantes comuns de um mundo vasto, e não em fazer de nós mesmos prisioneiro rigidamente encarcerados em compartimentos estreitos.

Na década de 1990, o foco de atenção das feministas diante do novo contexto social que se apresentava tomou uma nova direção, distanciando-se do dualismo homem *versus* mulher, do essencialismo. O fato decorreu diante do dualismo orientado principalmente pelas feministas liberais, radicais e culturais, ao querer unir todas as mulheres em um único grupo, como se todas integrassem a realidade social americana, branca e heterossexual.

De acordo com Judith Butler (2008, p. 22),

A sugestão de que o feminismo pode buscar representação mais ampla para um sujeito que ele próprio constrói gera a consequência irônica de que os objetivos feministas correm o risco de fracassar, justamente em função de sua recusa a levar em conta os poderes constitutivos de suas próprias reivindicações representacionais. Fazer apelos à categoria das mulheres, e nome de propósitos meramente “estratégicos”, não resolve nada, pois as estratégias sempre têm significados que extrapolam os propósitos a que se destinam. Nesse caso, a própria exclusão pode restringir como tal um significado inintencional, mas que tem consequências. Por sua conformação às exigências da política representacional de que o feminismo articule um sujeito estável, o feminismo abre assim a guarda a acusações de deturpação cabal da representação.

A violência é fomentada pela imposição de identidades singulares e beligerantes a pessoas crédulas, defendida por competentes artífices do terror (SEN, 2015, p. 26).

Dessa forma, é fundamental a compreensão de que fatores como raça, classe, etnia, características físicas e orientações sexuais diferem as experiências dos seres humanos e, no caso de nosso estudo, das mulheres entre si. A compreensão da perspectiva daquele que é tido como diferente é uma das soluções, de forma que o diferente passe a ser comum, pois a fixação do que é diferente ou normal vai depender apenas daquele que tem o poder de impor o padrão.

Nessa compreensão, surge o Direito com um rol de direitos fundamentais que regula as controversas acerca da estrutura básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido com grande clareza nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade (ALEXY, 2015, p. 28).

É por meio da interpretação do texto constitucional que a discussão sobre os direitos fundamentais ganha sustentação. A ciência dos direitos fundamentais impõe-se como

tarefa dar respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a esses direitos (ALEXY, 2015, p. 29).

Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais (BVerfGE 7, 198 *apud* ALEXY, 2015, p. 525). Isso implica algum tipo de efeito das normas de direitos fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão e não apenas na relação cidadão/Estado. É importante dizer que as normas de direitos fundamentais não têm efeitos apenas para o indivíduo, mas também para a coletividade (ALEXY, 2015, p. 525-526).

A relação Estado/cidadão (direito público) é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não titular. A relação cidadão/cidadão (direito privado) é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais. Assim, nessas relações complexas decorrentes das relações sociais, o resultado correto a ser construído pelo julgador na fundamentação jurídica para aplicação dos direitos fundamentais abarca todos os ramos do Direito, tanto o direito público quanto o direito privado.

Segundo Alexy (2015, p. 542), a construção de resultado correto deve considerar que os princípios de direitos fundamentais não determinam uma única solução para cada caso.

Nessa situação, é necessário que o juiz civil, para o bem de uma prática decisória consistente e a serviço dos postulados da segurança jurídica e do tratamento igual, possa se apoiar em um material de decisão dotado de autoridade, ou seja, em normas postas, em precedentes e em proposições dogmáticas comumente aceitas. (ALEXY, 2015, p. 542).

Afastar-se desses fundamentos obriga o julgador a enfrentar um forte ônus argumentativo que fundamenta as normas. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico tem a natureza de um sistema *substancialmente determinado* por meio da Constituição. Ao decidir, através de um processo racional, a solução a ser considerada como correta decorre de um exaustivo processo de sopesamento da norma a ser aplicada, que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar (ALEXY, 2015, p. 544-545).

Argumenta Alexy (2015, p. 545):

Nesse sentido, o sopesamento é um procedimento aberto. Mas a abertura do sopesamento conduz a uma abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico adquire um caráter de sistema jurídico *aberto*, independentemente da extensão dessa abertura.

Portanto, a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui uma irradiação requerida pelo direito positivo – a ideia de justiça a todos os ramos do Direito (ALEXY, 2015, p. 545).

O caráter aberto do sistema jurídico importa dizer que o é em face da Moral. Isso é perceptível no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, liberdade e de igualdade (ALEXY, 2015, p. 545).

Essa compreensão do Direito alcança a sua amplitude com Ronald Dworkin, que estende a aplicação do Direito em sua integralidade, pois o Direito é um conceito interpretativo e não criterial, ou seja, não se resume a um conjunto de critérios previamente determinados por alguma autoridade. O direito, na concepção dworkiana deve ser compreendido como um conjunto íntegro e coerente de princípios que devem ser compreendidos, interpretados e aplicados à sua melhor luz, respeitando-se a história institucional da comunidade e os direitos morais de seus membros (COURA; OMMATI, 2020, p. 328-329).

No que se refere à moral, na mesma linha de Ronald Dworkin, quanto à natureza das normas jurídicas, registra Habermas (1997, p. 140): “A teoria da moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral”.

Na doutrina do Direito, esses conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com outra; e recebe a *autorização para a coerção*, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso.

Complementa Habermas (1997, p. 140):

O princípio do direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral *reflete-se* na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc.

Subjaz a essa construção a idéia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomenal a ordem inteligível de um “reino dos fins.

Nesse contexto, não há que se falar em hierarquia de normas nem entre direito e moral. O que existe é uma relação de complementação recíproca. Sobre essa questão, afirma Habermas (1997, p. 141):

Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação.

Daí a grande importância da fundamentação, na qual se identificam elementos de normaticidade e conteúdo moral, responsáveis pela eticidade substancial da decisão. Normas morais regulam relações reciprocamente como membros de uma comunidade concreta, e as normas jurídicas regulam relações interpessoais como membros de uma comunidade abstrata, criada pelas normas do direito (HABERMAS, 1997, p. 147).

Nas relações recíprocas entre os indivíduos, é importante que se estabeleça a identidade perante o grupo que se integra. O sentimento de identidade pode concretizar uma importante contribuição ao calor de nossas relações com os outros, tais como vizinhos, membros da mesma comunidade, concidadãos ou adeptos da mesma religião (SEN, 2015, p. 26).

Assim, um sentimento de identidade, de inclusão de pertencimento, pode ser fonte de orgulho, alegria de segurança. Mas, como Amartya Sen, ressalta, também pode matar, pois a solidariedade dentro de um grupo pode ajudar a alimentar a discórdia entre grupos, porque pode excluir resolutamente muitas pessoas, mesmo enquanto generosamente inclui outras.

A comunidade bem integrada na qual os residentes instintivamente fazem coisas absolutamente maravilhosas para uns e outros com grande proximidade e solidariedade pode ser a mesma comunidade na qual tijolos são atirados pelas janelas de imigrantes que chegam à região vindos de outra parte. A adversidade da exclusão pode acabar de mãos dadas com as dádivas da inclusão.

A violência cultivada associada a conflitos de identidade parece repetir-se no mundo inteiro com uma persistência cada vez maior. (SEN, 2015, p. 27).

A liberdade de decidir lealdades e prioridades entre os diferentes grupos a todos os quais possamos pertencer é uma liberdade especialmente importante que temos razão para reconhecer, prezar e defender. Mas essa escolha de integrar determinado grupo também contribui para a construção da identidade, a forma como o grupo nos enxerga.

Ter liberdade para fazer valer nossas identidades pessoais pode, às vezes, ser extraordinariamente limitado aos olhos dos outros, não importa como vejamos a nós mesmos. Campanhas para modificar identidades que as pessoas percebem como suas foram responsáveis por muitas atrocidades no mundo, transformando velhos amigos em novos inimigos e sectários detestáveis em líderes políticos subitamente poderosos (SEN, 2015, p. 31-34).

A alternativa ao divisionismo de uma categorização preeminente não é uma afirmação irreal de que no fundo todos somos iguais. Isso não somos. Mais exatamente, a grande esperança de harmonia em nosso mundo conturbado reside na pluralidade de nossas identidades, que se inter-relacionam e atuam contra divisões nítidas em torno de um única linha enrijecida de uma veemente divisão a que pretensamente não se pode resistir. (SEN, 2015, p. 43).

Nesse contexto que alerta quanto à radicalização de grupos, surge a crítica feminista negra às leis antidiscriminação subscrita às vítimas do racismo patriarcal registrada por Carla Akotirene (2019, p.14), que registra a importância da visão plural, no caso a interseccionalidade para se enxergar as diferenças identitárias.

A interseccionalidade visa dar instrumentalidade teórico-metodológica à inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado, produtores de avenidas identitárias em que mulheres negras são repetidas vezes atingidas pelo cruzamento e sobreposição de gênero, raça e classe, modernos aparatos coloniais. (AKOTIRENE, 2019, p. 14).

Conforme preleciona Michel Rosenfeld (2013, p. 29), ao citar Hegel, “A questão do sujeito emerge da necessidade do confronto com o outro”. Ao citar Freud, faz referência ao seguinte: “Enquanto a interação humana não é percebida como envolvendo uma clivagem entre o ‘eu’ e o ‘outro’, nem a existência nem o lugar do sujeito são capazes de levantar quaisquer problemas significativos”.

Diante da complexidade das relações sociais e busca da identidade, nasce a necessidade da construção do sujeito constitucional. O constitucionalismo moderno

não pode evitar o contraste entre o *eu (self)* e o outro como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente (ROSENFELD, 2013, p. 29-30).

Em um nível, o *eu (self)* constitucional pluralista se enfrenta com o seu outro que é a tradição que mantinha integrada a ordem sociopolítica pré-moderna. Pode-se referir a esse outro como o “outro externo”. Em outro nível, o pluralismo constitucional requer que um grupo que se constitua em um *eu (self)* coletivo reconheça grupos similarmente posicionados como outros *selves*, e/ou que cada *eu* individual (*individual self*) trate os demais indivíduos como outros *eu*, como outras pessoas (*selves*). (ROSENFELD, 2013, p. 30).

Então, à medida que o constitucionalismo se articula ao pluralismo, torna-se necessário levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade, ou seja, uma superação cultural.

Reconhecer a mulher como protagonista social e sua importância no processo de transformação social, de uma virada cultural em nossa sociedade é fator preponderante. A igualdade só será plena no reconhecimento da diferença, o que importa reavaliar o *modus vivendi* e reconhecer o potencial dinâmico da mulher na edificação de uma nova ordem social, mais humana e fraterna, de forma a sermos solidários em relação aos outros seres humanos.

As contribuições feministas trouxeram a percepção dos gêneros e do processo de sujeição feminina naturalizado pelas práticas sociais e jurídicas impostas pelo Sistema de Justiça Criminal e mecanismos de controle informais que, historicamente, aplicaram a elas uma cultura de sujeição, negando-lhe a identidade de sujeito constitucional portador de direitos e garantias fundamentais.

A adoção de uma epistemologia feminista através do paradigma de gênero – sendo que a partir de então a ciência proporcionou um “saber localizado” – revelou o quão importante é o olhar para o outro, sem que haja um olhar de vitimização. Mas um olhar de sujeito de direitos, de forma a se contribuir de modo efetivo com a transformação das relações sociais que se identifique com um legítimo Estado Democrático de Direito.

3.4 AÇÕES POSITIVAS DECORRENTES DA PROTEÇÃO NORMATIVA ÀS DIFERENÇAS

Para a identificação das diferenças, importa, inicialmente, compreender o que é igualdade. No presente tópico, pretendemos chamar atenção para o fato de que são as ideologias dominantes em dado momento histórico que determinam o que vem a ser considerado igual.

Segundo José Reinaldo Lopes (2005, p.139),

Certo que historicamente as divisões entre iguais e semelhantes sofrem alteração, ou seja, ao longo da história as condições materiais de vida se alteram de modo que semelhanças e distinções deixem de ser razoáveis: passam a ser injustificáveis e incompreensíveis. Com o acréscimo e ampliação do saber em torno de certos temas pode-se compreender de modo novo certos fatos ou fenômenos. Isto posto, a ignorância passa a ser inescusável e os critérios de ação racional mudam. Por exemplo: a pobreza já não se compreende como uma fatalidade natural, uma herança, ou o resultado da vontade dos deuses. Já sabemos muito sobre os processos de geração de pobreza. A consciência possível em torno do tema já não pode escusar ou justificar divisões sociais que a ela se reportem. O mesmo se pode dizer quanto às diferenças étnicas e genéticas, ao comportamento sexual, etc. Sendo tais conquistas do saber conquistas gerais da humanidade, ainda que precárias e frágeis, o princípio de ação que determina tratar casos iguais de forma igual mantém-se como regra racional, mas seu conteúdo é preenchido de forma nova. Naturalmente, o resultado do juízo a respeito de certos casos será completamente novo.

Como já tivemos oportunidade de discutir, são as transformações sociais que ditam o ritmo da produção do Direito e, para que isso seja possível, é preciso um rompimento com os dogmas ideológicos que formataram nossa sociedade.

Ultrapassado o período das duas grandes guerras, os direitos fundamentais, dentre eles o direito à igualdade, passaram a integrar os textos das reformuladas constituições dos Estados de Direito. A iniciativa decorreu da insegurança de todos diante das violações aos direitos humanos vivenciadas nas guerras.

A existência de uma igualdade formal, a qual é preconizada no Estado de Direito Formal, mostrou-se totalmente ineficiente para um convívio social harmonioso. A formalização não passa de um princípio universalista que nada acrescenta à questão da justiça ou da injustiça das equiparações ou diferença, ela em nada se refere a como devemos tratar os indivíduos com tais ou quais características. O olhar ao nosso redor continua sem visualizar a realidade social que nos cerca.

Foi necessário, então, por uma forte movimentação social, que se passasse a inserir nos textos constitucionais normas programáticas que materializassem a formalização prevista.

Assim, no âmbito das organizações internacionais, foram propostas diversas convenções e tratados para ratificação pelos Estados, os quais assumiram internacionalmente o compromisso de garantir a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais (PIOVESAN, 2010, p. 120).

A materialização dos direitos fundamentais passava a fornecer as condições de o sujeito constitucional ter seus direitos considerados na aplicação das medidas de distribuição da justiça, sendo um passo importante para que o princípio da igualdade alcance seu aspecto material e tutele as minorias e as mulheres para que exerçam, de maneira integrada e participativa, suas identidades.

A missão do Estado de Direito tornou-se o reconhecimento de que em dadas circunstâncias, que devem ser diligentemente avaliadas, a aplicação da justiça só se torna possível ao ser aplicado um tratamento discriminatório positivo, que possa contribuir para minimizar as desigualdades historicamente acumuladas e propiciar um ambiente social de igualdade de condições e oportunidades.

Sobre esse período de transformações, afirma Vera Lúcia Carapeto Raposo (2004, p. 27):

Acreditava-se ainda que a livre escolha dos indivíduos em condições de plena igualdade seria o desígnio de uma sociedade justa. Caiu-se no equívoco de apostar na igualdade à partida para atingir a igualdade chegada. Daí que a tónica passasse para a igualdade de resultados. A passividade da lei deu lugar à sua dinâmica. O Estado comprometeu-se a oferecer aos cidadãos as condições necessárias à plena efectivação dos seus direitos, especialmente quando aqueles façam parte de grupos particularmente carenciados. Deixou de fazer sentido falar em proibição de discriminações *tout court*, na medida em que certas discriminações tornaram-se não só lícitas, como até necessárias. Assim nasceu o conceito de discriminação positiva.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ao consagrar valores básicos universais, já se mostrava a reconstrução de um novo paradigma ético, agora centrado na dignidade humana, para o Direito, de forma a se traçar uma nova ordem mundial.

No que se refere à discriminação da mulher, com a aprovação, em 1979, pelas Nações Unidas, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), a qual busca igualdade material, o território de luta foi demarcado.

No Brasil, em face da aprovação pelo Congresso Nacional do Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, foi promulgada a referida convenção, através do Decreto Presidencial nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, o qual revogou o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984.

Por meio do Decreto, o Brasil tomou parte do Protocolo Adicional à Convenção e estabeleceu a competência do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher para receber e considerar as comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos que se encontrem sob a jurisdição do Estado-parte e aleguem ser vítimas de violação de quaisquer dos direitos estabelecidos na Convenção por aquele Estado-parte.

Já no artigo 2º da CEDAW, os Estados-partes concordaram em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher. No Brasil, os termos do referido artigo foram replicados também no art. 2º do Decreto 4.377/2002, em que adota as seguintes medidas:

Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;

f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;

g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher. (BRASIL, 2002).

Constata-se que a CEDAW não tratou apenas de declarar a igualdade entre homens e mulheres, mas apresentou medidas programáticas, estimulou estratégias para efetivação da igualdade material, e não apenas formal, entre homens e mulheres. Combinou a proibição de discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Aliou a vertente repressivo-punitiva à vertente positivo-promocional (PIOESAN, 2010, p. 204).

Até o momento de promulgação da CEDAW, a igualdade entre homens e mulheres reduzia-se à crença de que, ao se outorgar às mulheres os mesmos direitos de que gozam os homens e, ao garantir-lhes uma proteção especial nas situações ligadas à sua função reprodutora, estar-se-ia eliminando a discriminação sexual. Ou seja, em tudo que não diga respeito ao papel de reprodução da espécie, deve haver uma equivalência entre homens e mulheres. Por outro lado, sempre que a situação envolver a função reprodutora deve-se reconhecer a diferença da mulher em relação ao homem (MONTEJO, 1992, p. 18-19).

Nesse diapasão, a convenção propõe que mulheres e homens são igualmente diferentes e que o tratamento igualitário não está em tratar a mulher como homem, mas em reconhecer que será discriminatório todo tratamento que tenha por resultado a desigualdade.

No ano de 1994, realizou-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Decreto nº 1973, de 01 de agosto de 1996, que reforçou a previsão de medidas voltadas à erradicação da violência contra a mulher, que define, no Art. 1º, como sendo violência contra a mulher “[...] qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (BRASIL, 1996).

Dispositivo de extrema importância incluído na Convenção de Belém do Pará, foi ele que instituiu um procedimento mediante o qual:

Art. 12. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação do art. 7º da presente Convenção pelo Estado-parte. (BRASIL, 1996).

O ato normativo acima foi fundamental para que, em 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebesse denúncia apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, em conjunto com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). A denúncia relatava episódios de violência doméstica dos quais Maria da Penha foi vítima, bem como acusando o Estado Brasileiro de tolerância com a violência cometida contra ela, haja vista transcorridos mais de 15 anos dos fatos, sem que nenhuma providência fosse tomada para punir o agressor, seu ex-marido.

Nesse ambiente de consolidação dos direitos humanos fundamentais que se instaurou em meados de 1980, na efervescência da fase de redemocratização no Brasil, o movimento feminista brasileiro se articulou no sentido de que fossem criadas políticas nacionais que visassem eliminar a discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país, surgindo o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, através da Lei nº 7.353/85.

O lema do movimento era “Constituinte para valer tem que ter palavra de Mulher e constituinte para valer tem que ter Direitos da Mulher”. Foi elaborada a “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, com as reivindicações a serem acolhidas pelo novo texto constitucional brasileiro. Sobre essa fase, registra Cíntia Regina Béo (2006, p. 85):

[...] durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1988, foi muito atuante junto aos constituintes e à opinião pública, o chamado “*lobby do batom*”, que tinha como objetivo fazer com que houvesse um reconhecimento constitucional da igualdade entre homens e mulheres e de instrumentos capazes de assegurar esta igualdade futuramente, já que a mera declaração constitucional não teria o condão de alterar a realidade e as barreiras sociais impostas à mulher.

O ambiente de luta proporcionou que a Constituição Federal do Brasil de 1988 se apresentasse com galhardia. O constituinte pátrio fez emergir, com peculiar força jurídica no sistema constitucional por ele promulgado, o princípio da igualdade como um dos pilares mestres do edifício fundamental do Direito Positivo pátrio. O artigo 3º

da CF/88 expressa toda essa orientação, ao fazer com que a República Federativa do Brasil esteja comprometida como uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, que promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Acrescenta Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 288):

Mas não apenas ali se reiterou o princípio da igualdade jurídica, senão que se fez o seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se, constitucionalmente, de modo inédito a passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patenteada em toda estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro findado em 1988.

A Constituição Federal de 1988 surge, então, como uma das mais avançadas Constituições no tocante ao tema dos direitos e garantias fundamentais do ser humano. O Estado brasileiro passa a assumir inúmeras obrigações voltadas à efetiva implementação de políticas sociais para garantir melhores condições de vida às camadas desfavorecidas socialmente.

Da análise da Constituição Federal de 1988, Cintia Regina Béo (2006, p. 94) identificou doze eixos temáticos de proteção à mulher. São eles: 1) o art 1º, inc. III que trata da Dignidade da pessoa humana; 2) o *caput* do art. 5º, pois, ao prever “a proibição de discriminação e a proteção formal pela garantia de que todos são iguais perante a lei, contribui para a formação de um sistema de direitos da mulher, na medida em que veda o tratamento privilegiado do homem”; 3) igualdade genérica entre homens e mulheres em direitos e deveres (art. 5º, in. I); 4) igualdade entre homens e mulheres em relação a direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal e outras familiares (art. 226, §§ 3º, 4º e 5º); 5) direitos da mulher relativos ao trabalho (art. 7º, incisos XX e XXX); 6) direitos políticos (artigos 14 e 15); 7) igualdade entre homens e mulheres na aquisição da propriedade (art. 183, § 1ª e art. 189, parágrafo único); 8) direitos relativos à proteção à maternidade (art. 6º; art. 7º, inciso XVIII; art. 201, inc. II; art. 203, inc. I, todos da CF e artigo 10, inx. II alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias); 9) igualdade no gozo do direito à educação (art. 206, inc. I); 10) direito da mulher à aposentadoria (art. 40, inc III, alínea “a” e art. 201, § 7º, incisos I e II); 11) direito da mulher à participação nos quadros militares (art. 143, § 2º); 12) proteção contra violência doméstica (art. 226, § 8º).

Com todo esse arcabouço constitucional, além fortalecer a luta feminina, tornou possível a criação de ações afirmativas e instituíram-se tratamentos discriminatórios positivos, ou seja, a fomentação de políticas públicas para inclusão de determinado grupo de pessoas, em função de raça, gênero, etnia, religião, classe social, idade, nacionalidade, regionalismos, etc. São pessoas vulneráveis a preconceitos e discriminações historicamente acumulados, de tal forma que sofrem prejuízos na disputa pelas oportunidades que possam proporcionar qualidade de vida.

Na compreensão de que o princípio da igualdade formal impõe que todos sejam tratados sem discriminações, a concretização desse princípio determina que os desiguais recebam tratamento diferenciado, para que possam atingir a mesma posição dos que foram poupados e beneficiados pela história.

Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 47) divide as ações afirmativas em dois tipos: “as que visam eliminar os obstáculos fáticos que impedem a igualdade de oportunidades (igualdade na partida); as que buscam garantir uma igualdade de resultados (igualdade na chegada)”.

Como iniciativa de ação afirmativa, podemos mencionar o programa de quotas, ou seja, a reserva de um certo número ou percentagem de lugares a pessoas pertencentes a determinado grupo, às minorias discriminadas, independente dos seus méritos pessoais.

Conforme já exposto nesta pesquisa, a Constituição Federal de 1988 elegeu como objetivo da República a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos. Apesar disso, as políticas de quotas e, geralmente, as medidas de discriminação positiva voltadas a beneficiar as minorias encontram grande resistências.

O problema que os países do Terceiro Mundo têm de enfrentar hoje não poderia encontrar solução real de outro modo que não seja a substituição de um sistema social, cuja iniquidade está provada, por um outro sistema, capaz de introduzir relações de justiça social.

Para que a produção possa se colocar a serviço da população, é necessário, antes de tudo, que a ideia de produtividade econômica ceda lugar à ideia de produtividade social. As tecnologias teriam, então, um papel subordinado (SANTOS, 2004, p. 372).

Um dos caminhos para uma solução adequada e proporcional a esse problema é estabelecer em nosso convívio social o paradigma do propósito de produtividade social; libertar-se do paradigma da produtividade econômica, com vistas a efetivar o princípio da igualdade.

Da mesma forma que a conquista no mercado de trabalho, na educação e na saúde é de extrema importância para qualquer grupo social, o Direito Penal também pode ser um canal de discriminação positiva de modo a favorecer a mulher. Como exemplo, com a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), a criminalização de condutas de violência contra a mulher acarreta a percepção social da sua gravidade, a qual demanda uma reação mais severa por parte do Estado.

O objetivo, assim, é estimular em toda a sociedade a consciência da importância do fenômeno da violência sexual, da violência doméstica, da violência de gênero, de modo a provocar seu rechaço social.

Nessa esteira de proporcionar discriminação positiva, o Superior Tribunal de Justiça, no dia 5 de abril de 2022 (o número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial), decidiu, por unanimidade, que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada para proteção de mulheres transexuais. É certo que a decisão vale somente para o caso julgado, mas abre precedente para ser empregada nas demais demandas em tramitação no Judiciário.

Em seu voto, o ministro relator Rogério Schietti Cruz abordou a questão das minorias:

Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. A existência e as relações humanas são complexas, e o direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra as minorias. (BRASIL, 2022).

No voto, ele esclarece que o sexo se refere às características biológicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculino, mas não define a identidade de gênero. Afirma também que: “O verdadeiro objetivo da Lei Maria da Penha seria punir, prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher em virtude do gênero e não por razão do sexo” (BRASIL, 2022).

O voto registra, ainda, que o Brasil responde, sozinho, por 38,2% dos homicídios contra pessoas *trans* no mundo, e apontou a necessidade de “desconstrução do cenário da heteronormatividade” (BRASIL, 2022).

Finaliza o ministro em seu voto: “A violência contra a mulher nasce da relação de dominação/subordinação, de modo que ela sofre as agressões pelo fato de ser mulher” (BRASIL, 2022).

Verificamos que, além de conferir maior visibilidade aos problemas enfrentados pela mulher, o movimento feminista – sempre atuante através de campanhas mobilizadoras pelas mulheres – e a proteção constitucional, aliados ao Direito Penal, geraram ações positivas, na medida em que a construção desse novo cenário, contribui para as mudanças de perspectivas e postura do Estado acerca das relações privadas envolvendo a mulher, tornando-as públicas.

CAPÍTULO 4 - O COTIDIANO NO ENCARCERAMENTO DE MULHERES

A pesquisa até aqui nos mostrou a história de subjugação da mulher na estrutura social, os aspectos criminológicos e sociais que envolve o comportamento criminoso e a proteção normativa que as mulheres e as minorias conquistaram com o passar dos anos. Esses contextos vêm influenciando na estrutura social no que se refere a um olhar diferenciado, positivamente, para aquele que não está nos padrões tradicionais traçado pelo Estado, apesar de, em muito, termos que avançar.

Neste capítulo será analisada a vivência no cárcere, os contextos de saúde, maternidade e convivência familiar. A proposta aqui é compreender aspectos estruturais da prisão quanto à forma como especificidades de gênero agravam o impacto do aprisionamento de mulheres. Nesse sentido, busca-se reforçar o argumento de que sempre devem ser priorizadas as alternativas à prisão de mulheres.

Nessa transição da vida em liberdade para o cárcere, os primeiros dias são marcados pela insegurança e pelo medo, em ambiente em que a pressão psicológica realizada pelos agentes de segurança contribui para a construção de um espaço de opressão. A fragilidade da mulher presa é ainda maior quando passa a perceber o distanciamento para com a família. Mulheres que eram responsáveis pelos cuidados domésticos e pelos cuidados de filhos e netos tendem a sentir o abandono mais rapidamente.

É sempre importante registrar que, em geral, as mulheres presas já vêm de experiências de vulnerabilidade e condições de vida precárias, o que, por via de consequência, amplia a esfera de influência do cárcere até a família, que sofre consequências de diversos tipos em sua estrutura.

Presas, essas mulheres são impedidas de acompanhar o crescimento dos filhos, cujo contato, de regra, ocorre através de notícias de familiares que realizam visitas ao presídio. Ainda nesse contexto, passam a nutrir um sentimento de vergonha decorrente da exposição vexatória que passa a expor os familiares.

A organização da unidade prisional é realizada por meio de repressão dos comportamentos, da força no trato e da hierarquia reiteradamente pontuada por

dispositivos que inscrevem a disciplina e o controle no comportamento das mulheres, tais como a padronização na cor de uniformes, o rígido cumprimento de horários preestabelecidos, com esquema próprio de faltas e castigos. Trata-se, assim, de uma violência difusa e contínua.

Não são raros os casos em que, ao chegar na unidade prisional, logo em seguida, passam a desenvolver doenças, principalmente dermatológicas e quedas de cabelo, diante das condições a que passam a ser expostas. Assim, na vida no cárcere, a violência a que historicamente essas mulheres foram expostas toma forma, em face da precária estrutura da unidade prisional, a baixa qualidade na alimentação e a precária assistência à saúde, o que agrava um sentimento de abandono.

A proteção normativa formal existente em tratados e convenções internacionais tem possibilitado a construção de ações afirmativas que objetivam a melhoria do tratamento penal dispensado à mulher presa, mas há muito a avançar. Nessa perspectiva, consigna o Professor Cássius Guimarães Chai (2014, p. 167):

No ano de 2004, após quase dezesseis anos de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o congresso nacional promulgou a emenda constitucional 45, doravante EC 45, que trouxe novo dispositivo para o art. 5.º com a inserção do §3.º, que passou a considerar norma constitucional dispositivo contido em tratado ou convenção internacional de proteção a direitos humanos, *desde que aprovado pelo congresso nacional*, respeitado o mesmo processo legislativo empregado às Emendas Constitucionais.

— Na prática o art. 5.º §3.º, acabou por influenciar e sedimentar dois posicionamentos: dar status de norma supra legal e infraconstitucional aos tratados e às convenções de proteção de direitos humanos anteriores à referida EC 45, e, de reconhecer as normas contidas em tratados e convenções de proteção a direitos humanos, desde que aprovadas em quórum e procedimentos qualificados pelo Congresso Nacional após EC 45, normas constitucionais, e, portanto, normas de direito fundamental.

Sob esse prisma, o presente capítulo objetiva diagnosticar o sistema carcerário brasileiro no que se refere ao tratamento penal dispensado às mulheres nos presídios femininos, compreender a legislação nacional e internacional pertinente e contextualizar parte da rotina da unidade prisional feminina em Bubu, Cariacica/ES.

O tratamento penal dispensado à pessoa presa deve ser reanalisado de forma a favorecer as relações e laços familiares. Não há como pensar em concretização de Direitos Humanos sem a imediata intervenção social do Estado (CHAI, 2014, p. 177).

É importante o registro de que a política criminal brasileira classifica as unidades prisionais femininas sob o aspecto biológico para a identificação do ser humano como mulher.

4.1 OS RELACIONAMENTOS INTERPESSOAIS NO CÁRCERE FEMININO

São diversos os instrumentos internacionais que versam sobre direitos humanos e o sistema carcerário mundial. Como o Brasil é signatário de todos, é, pois, um país legalmente comprometido a cumprir os atos normativos neles previstos, sob pena de ser responsabilizado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No mês de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), em arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, reconheceu que o sistema carcerário brasileiro se encontra em um cenário de “Estado de Coisas Inconstitucional”, o que revela a omissão por parte do poder público de cumprir seus deveres constitucionais no que tange às pessoas recolhidas no cárcere, estando elas lesadas quanto aos seus direitos fundamentais.

O sistema carcerário brasileiro, desde sua concepção legal, por meio da lei de Execução Penal, foi estruturado historicamente com o fim de abrigar pessoas presas do sexo masculino, conforme consta no segundo capítulo da presente pesquisa. Diante dessa realidade, é facilmente constatável que, nas unidades prisionais femininas no Brasil, as violações de direitos são ainda mais destacadas, deixando de abranger as necessidades e as especificidades femininas, tendo forte influência nas relações interpessoais na vida no cárcere.

Nesse sentido, entende-se que o sistema carcerário feminino possui carências de condições efetivas para atender a mulher infratora, pois as demandas são diferenciadas das masculinas, tanto na parte de assistência à saúde, como questões sociais, principalmente o aspecto familiar, que exige especial atenção.

No que se refere ao amparo à saúde da mulher presa, análise aos dados coletados pelo Infopen, de julho a dezembro de 2019, mostra que em todo o sistema carcerário brasileiro existem apenas 5 equipes próprias de ginecologia, 70 celas adequadas para

gestantes e 55 berçários ou centros de referência materno-infantil (PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL – 2021/2030).

Outro fator que se sobressai da vida no cárcere é o relacionamento com familiares, no caso da mulher, com os filhos e com a mãe. O direito à visita, previsto no art. 41, inc. X da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), constitui uma garantia comum ao preso, porém a rotina diária de uma unidade prisional, em muitas circunstâncias, e emface da carência de pessoal e estruturas físicas, surge como barreira para a efetivação desse direito.

O rompimento do vínculo com a família é bastante traumático para a presa, refletindo em um sentimento de abandono, de não pertencimento. Um sentimento que altera profundamente os estímulos de interação social das encarceradas e até mesmo desinteresse para com o tratamento penal.

O Grupo de Trabalho Interministerial do Ministério da Justiça, criado em 2007, com a finalidade de elaborar propostas para reorganizar e reformular o sistema prisional feminino, evidenciou diversos entraves para manutenção dos vínculos familiares afetivos, tais como: distância do presídio até onde reside a família da presa; estigmas sociais relacionados à mulher, considerando o papel de gênero construído pela sociedade; e as determinações impostas pelas administrações das unidades prisionais para cumprimento do direito de visitas, como, por exemplo, a restrição de horários e a proibição do uso de telefone público (BRASIL, 2007).

Conforme dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública sobre a infraestrutura nos presídios femininos para realização das visitas, registra o relatório do Infopen que, no ano de 2016, uma em cada duas unidades não possuíam locais destinados às visitas, ou seja, locais diferentes do pátio de sol ou das celas (INFOPEN, 2016).

Diante dessa realidade de barreiras de interação familiar e com o mundo exterior, a convivência entre as presas, ou seja, as relações interpessoais, passa a ser fundamental para suportar as pressões de uma vida no cárcere. No entanto, as pessoas que se encontram encarceradas possuem entre si pouco em comum, além do fato de serem integrantes da camada mais empobrecida financeiramente da sociedade, serem jovens, semialfabetizadas e pertencerem a um mesmo gênero.

As pressões e tensões sofridas no cárcere são muitas vezes reflexos do sentimento de vingança que permeia a sociedade para com aquele que adota um comportamento criminoso, sentimento que atinge os servidores prisionais – que integram a sociedade – os quais adotam comportamentos em que é “natural” tratar os internos como “seres de outra espécie” e a prisão é encarada como um mal necessário. Se a maldade tem entre nós uma função legitimada, é possível afirmar que aqueles que a sustentam são funcionários do mal (LOPES, R., 1998, p. 149).

A população prisioneira passa a ser submetida a uma arte de controle do corpo – a disciplina – que objetiva não só o aumento de habilidades produtivas, mas também a sujeição da pessoa encarcerada à “[...] formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente” (FOUCAULT, 1983, p. 127).

A rotina de uma unidade prisional, seja masculina ou feminina, abrange a preocupação com os horários das atividades, trabalhos, as penas disciplinares a serem aplicadas aos rebeldes, o vestuário, a alimentação, o atendimento da enfermagem, as práticas religiosas, as práticas administrativas da prisão, regras de segurança nos deslocamentos internos e externos, audiências decorrentes de processos, o rigor quanto aos horários e a padronização de hábitos.

Muitas mulheres encarceradas são também mães, situação que demanda um atendimento específico, bem como àquelas presas que ficam grávidas na prisão e posteriormente terão uma relação com os filhos no interior da unidade prisional. Mas a prisão, por sua natureza excludente, não oferece recursos para que essa relação se mantenha em níveis aceitáveis, ao contrário, cria um número considerável de barreiras que ampliam o sofrimento, tanto para mães como para seus filhos.

Quando discutimos a criminalidade feminina, esse é um tema ainda pouco explorado e, ao nos referirmos ao tratamento penal e aos direitos que os apenados têm no transcorrer da pena, é sempre uma questão bastante polêmica, principalmente no que se refere à visita íntima em relação à mulher. Ainda mais, pelo que já tivemos oportunidade de verificar, que o exercício do poder, revelado na fala das mulheres, é masculino, e em uma unidade prisional de mulheres a questão ganha relevância na convivência diária.

Por agirem dentro de uma lógica relacional rígida e hierarquizada, em um ambiente prisional, independente do sexo, há disputa pelo poder, a qual está diretamente relacionada à sexualidade no espaço prisional.

De acordo com o raciocínio de que a sujeição é tanto subordinação quanto o devir (mudança/movimento) do sujeito, o poder é, como subordinação, um conjunto de condições que precedem o sujeito, que o efetuam e o subordinam desde o princípio. A noção de poder presente na sujeição, portanto, afigura-se em duas modalidades temporais incomensuráveis: primeiro, como algo que é sempre anterior ao sujeito, fora dele mesmo e operante desde o início; segundo, como o efeito desejado do sujeito. (BUTLER, 2017, p. 12).

Nessa conjuntura, ao chegar a uma unidade prisional, a mulher certamente será recepcionada por aquelas que têm o “controle” de convivência do espaço prisional. Dentre elas as que, em geral, podem usufruir dos favores pessoais da novata, inclusive sexuais.

A ideia de que as mulheres encarceradas têm o direito de usufruir de uma vida afetiva e sexual, nas unidades prisionais que, por meio de atos normativos, facultam esse direito, não se relaciona diretamente com as possibilidades de ocorrência do fato, ou seja, da opção pela visita, principalmente a íntima, já que, por outra mulher, é subjugada e controlada. A situação se agrava quando o companheiro ou marido deixa de visitar a mulher presa, circunstância que é quase uma regra.

Além desse fator, há ainda a preocupação Estatal, no caso da visita íntima à mulher, quanto o aspecto relacionado a saúde reprodutiva e de uma possível gravidez resultante desses encontros. Vale lembrar ainda a vulnerabilidade das mulheres às doenças sexualmente transmissíveis (DST) e AIDS, circunstâncias que, em caso de ocorrência, podem se alastrar entre as detentas da unidade prisional, haja vista a promiscuidade sexual existente.

O modo como a mulher detenta lida com esta dualidade – sua vida conjugal e familiar existente fora do sistema prisional e a necessidade de sobrevivência e de afirmação da autonomia nas relações com as outras presas – a induz a criar estratégias que geram sentimento de revolta, angústia/solidão, devido ao seu novo contexto social, adquirindo uma nova identidade, desenvolvida no cárcere. Esse cenário da vida real abala um dos principais eixos de equilíbrio social, a família.

O marido ou companheiro, ao perceber a mudança no comportamento sexual da mulher, se dá conta de que já não é o controlador da questão da sexualidade. Assim, como medida de afirmar sua masculinidade, “agir como homem”, deixa de realizar as visitas e, em geral, opta por construir um novo relacionamento com uma pessoa desvinculada do sistema prisional.

Os filhos passam, na maioria das vezes, a serem cuidados pelas avós ou outros familiares, quando os possuem. Outros saem de casa ou continuam com o pai na nova “família”, porém tratados como o filho da “outra”, da criminosa, circunstância que acaba por atingir o convívio social, até mesmo por ser visto com a rotulagem de “filho da presa”.

Nesse contexto de influência na identidade da pessoa por sua individualidade no convívio social, que tanto caracterizou o século XX, afirma Michel Foucault (2006, p. 658):

O principal objetivo destas lutas está em atacar não tanto uma ou outra instituição de poder, grupo, classe, elite, quanto uma técnica particular, uma forma de poder. Esta forma de poder se exerce sobre a vida cotidiana imediata, que classifica os indivíduos em categorias, designa-os por sua individualidade própria, prende-os à sua identidade, impõe-lhes uma lei de verdade que é preciso neles reconhecer. É esta forma de poder que transforma os indivíduos em sujeitos.

A influência dessa situação para o despertar do comportamento criminoso em um indivíduo é fato. O enfrentamento da criminalidade passa obrigatoriamente pelos reflexos da pena privativa de liberdade no contexto familiar e social, principalmente quando se trata da mulher presa, em face da insegurança trazida pela ausência materna. A questão do comportamento criminoso e os aspectos que envolvem a pena de prisão já foram objetos de análise no presente trabalho.

O ambiente prisional proporciona a existência de valores e códigos próprios, decorrentes das relações compartilhadas pelo conjunto de detentas, pela sobrevivência, pela carência, pelo desejo. Isso leva muitas mulheres a considerarem, no momento da opção pela visita íntima, uma dupla referência, de um lado, a de suas relações com a família e o parceiro, de outro, a das novas relações instituídas no interior da unidade prisional, no caso, as parcerias afetivas.

Outro fator que influencia as relações internas no ambiente prisional é a relação da presa com a administração carcerária, o que envolve o comportamento disciplinar. O quesito “bom comportamento” ou “boa conduta” torna-se algo almejado e disputado no sistema, sendo que a avaliação é realizada pela ausência de registro no livro ou prontuário das internas de conduta que afronta as regras disciplinares da unidade prisional.

Sobre o espaço prisional, assim registra o antropólogo Erving Goffman (2001, p. 22):

[...] instituições totais ou fechadas tendem a reduzir as atividades sociais nas três esferas de vida marcada pelos lugares onde se dorme, se diverte e se trabalha em um único lugar, sob o constante olhar da autoridade. Além disso, cada ato do interno é feito com um grupo grande de pessoas, realizando da mesma maneira e de modo obrigatório. Outro ponto é que as atividades realizadas diariamente funcionam em horários pré-determinados e são correlacionados a outras tarefas, já previamente estabelecidas que seguem um sistema de normas da própria instituição cujo aparato é garantido pelo corpo de funcionários. Esse conjunto sistêmico composto de regras e ocupações fazem parte de um “plano racional único” cujo objetivo é destinado a atender aos interesses oficiais da instituição. Dessa forma, o sistema de vigilância serve de instrumento necessário para o controle social e das necessidades humanas, tendo em vista que o interno nunca estará sozinho, pois será sempre observado por seus colegas, pelos agentes das instituições ou pelas câmeras que os substituem, quando optar por não fazer o que foi instituído. Assim, a vigilância contínua e permanente é um dado nas instituições totais e que prepondera, juntamente com a punição/sanção, na instituição penal.

Nesse processo de interação com os demais internos e a administração prisional ocorre o que se chama da “mortificação do eu” (GOFFMAN, 2001, p. 23). Isso ocorre através da perda da dignidade humana pela violação à individualidade e intimidade e outras degradações decorrentes da situação de confinamento.

Os espaços segregativos, em decorrência de seu arranjo arquitetônico, voltados para a segurança das instalações, reforçam as barreiras entre a sociedade e o cárcere, a equipe administrativa e os internos. Sobre essa questão elucida Alvin August de Sá (2010, p. 130):

Mas, principalmente, na disposição das celas coletivas e individuais que, ao serem isentas de portas e divisões nos sanitários e camas, enfatizam a vigilância contínua, ao mesmo tempo, em que violam a privacidade do indivíduo, e consequentemente, a perda de sua identidade, ou seja, “fatores de inestimável importância para a saúde mental e para a readaptação social”.

Com a necessidade de adaptação ao ambiente do cárcere, o espaço passa a se tornar um ambiente doméstico, principalmente em celas individuais ou de pequenos grupos.

Inicia-se uma estratégia de personificação do cárcere, ocasião em que passam a decorar o ambiente prisional com fotografia da casa e da família e objetos do lar.

Segundo Luiz Alberto Mendes (2001, p. 439),

Preso é assim mesmo: cada um estabelece um canto e se acostuma a fazer uso sempre desse mesmo local. Acaba por se sentir proprietário de seus espaços preferidos, e é, de certo modo, respeitado por isso. Cada um estabelece seu território.

Outro fator que está na atmosfera do cárcere é o tempo. O significado do tempo é peculiar, sendo adotadas estratégias para sequer pensar sobre ele, seja em atividade laboral ou para reflexão. Mas a pessoa isolada perde a percepção do tempo como castigo e isso a leva a uma alternativa àquela situação, seja um plano de fuga ou até mesmo suicídio.

Sobre o tempo no cárcere, assim escreve Kiko Goifman (1998, p. 112):

Logo, o que resta é o “tempo das mentes”, tempo marcado pela ociosidade, vista como algo negativo por todos atores no cárcere e que gera a tendência de se “matar o tempo” na cela, por meio das práticas ilegais ou planejar fugas, organizar rebeliões e experimentar conflitos.

A pena privativa de liberdade, cada vez mais requisitada pela sociedade, acaba por deixar sequelas difíceis de serem curadas, ainda mais diante do modelo social e cultural em que estamos ainda inseridos, onde as pessoas são rotuladas negativamente, o que gera barreiras altíssimas para reencontro social, de modo a alimentar um catastrófico círculo vicioso na questão da criminalidade.

As circunstâncias revelam que as relações cotidianas entre os internos e funcionários não é nada fácil. De um lado, o grupo dos submetidos aos esquemas de controle, vigilância e fiscalização, ou seja, os custodiados, os quais precisam se submeter ao tratamento penal. De outro, o grupo dos representantes sociais, aqueles que controlam, vigiam e fiscalizam, responsáveis por aplicar medidas de “recuperação” ao condenado.

Diante da situação de superlotação das unidades prisionais no Brasil, o que se vê é um clima de “beligerância”, com afrontamentos cotidianos entre presos e funcionários.

4.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS ORIENTADORES DO TRATAMENTO PENAL FEMININO

Conforme já mencionado, existe uma gama enorme de instrumentos que tratam sobre direitos humanos e o sistema carcerário mundial, sendo o Brasil signatário de todos. Ou seja, é um país legalmente comprometido a cumprir os atos normativos neles previstos, sob pena de ser responsabilizado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como já o foi e ainda é.

Porém, com relação aos direitos das mulheres no transcorrer da execução criminal, ainda há uma demanda de maior atenção, principalmente na legislação brasileira, de forma que haja preocupação com o vínculo das mulheres e seus filhos, no propósito de adotar medidas de humanização na pena, colocar em prática o Princípio Constitucional da Intransmissibilidade da Pena e de manter o vínculo familiar da apenada. Essa política é fundamental para minimizar os efeitos da pena privativa de liberdade no equilíbrio social e preservar direitos e garantias à criança.

Com o aumento da população carcerária feminina, o poder público tem adotado medidas que se adequem às normativas nacionais e internacionais, sancionando leis que assegurem os direitos das mulheres no cárcere e monitorando os dados do tratamento penal dispensado à mulher no cárcere.

No Brasil, a principal norma orientadora é a Constituição Federal/88; em seguida vêm o Código Penal Brasileiro de 1940, o Código de Processo Penal de 1941 e a Lei de Execução Penal de 1984. A importância do conjunto de leis surge em decorrência da necessidade de garantir um tratamento penal humanizado, preservando direitos e garantias constitucionais.

À pessoa encarcerada são garantidos os direitos humanos básicos, previstos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5^a, inciso XLIX. O art. 5^o ainda prevê, em seus incisos XLV, XLVIII e L, o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, classificação por delito, idade e sexo, sendo assegurado que a pena não passará da pessoa do condenado e garante às presidiárias a permanência com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988).

Na legislação penal objetiva, o Código Penal (CP) (1940), em seu art. 37, está prevista a separação de homens e mulheres em diferentes locais, vejamos:

Regime especial

Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Considerando o que já vimos com relação ao sistema prisional feminino no Brasil, esse dispositivo significou um grande avanço, pois, no Brasil Império, homens e mulheres cumpriam pena no mesmo estabelecimento prisional. Nessa mesma toada de evolução no tratamento penal dispensado à pessoa presa, o art. 38 do CP determina que o preso conserve todos os direitos não atingidos pela perda da sua liberdade.

O Código de Processo Penal, a Lei 13.257/2016, veio trazendo alterações significativas no que se refere à vida no cárcere da mulher, a inovação inspirada em uma política criminal já consciente da responsabilidade social na recuperação da pessoa presa e da necessidade do fortalecimento dos vínculos familiares. Passou a admitir que as mulheres gestantes ou com filho de até 12 anos incompletos possam ter sua prisão preventiva convertida em prisão domiciliar. Vejamos:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018). (BRASIL, 2016).

Medida extremamente necessária e justa, pois o direito de punir do Estado não pode se sobrepor ao da criança em estar em local salubre e de convivência harmoniosa e pacífica. Uma unidade prisional jamais será local adequado para receber uma criança. O tratamento à criança tem prioridade absoluta, conforme previsto no artigo 227 da CF/88 e regulamentado pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei

nº 8.069/90), tendo primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.

A Lei específica que orienta e regula a execução da pena é a Lei de Execução Penal (LEP) (Lei. 7.210/84). Conforme preceitua o art. 1º da lei, a pena não deve cumprir somente com as disposições da sentença ou de apenas punir a condenada, mas deve também proporcionar condições de promover a ressocialização e a reintegração da apenada à sociedade

Foi criada, assim, com o objetivo de possibilitar a aplicação de um tratamento penal que proporcione condições ao encarcerado para o retorno ao convívio social. Para tanto, estipula que cabe ao Estado prover assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Quanto à assistência material, cabe ao Estado fornecer alimentação, vestuário e instalações salubres; quanto à saúde, deve ser proporcionada à pessoa presa assistência preventiva e curativa; a assistência jurídica envolve a atuação da Defensoria Pública aos reeducandos reconhecidamente pobres no sentido da lei.

O art. 41 da LEP destaca os direitos dos presos, tais como: o direito de receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos; o direito à Previdência Social; o direito ao chamamento nominal e o direito ao contato com o mundo exterior por meio de correspondências.

No que se refere especificamente à mulher encarcerada com filhos, a LEP, em seu art. 117, § 2º, preceitua que poderão cumprir a pena em regime aberto em residência particular às presas que tiverem filho menor ou deficiente físico. Mais um dispositivo de extrema justiça social que prioriza a criança e a pessoa portadora de necessidades especiais em detrimento do direito de punir do Estado.

Nesse mesmo sentido de proteção à criança, os art. 14, 83 e 89 da LEP, os quais foram alterados pela Lei 11.942/2009, asseguram às mães presas e aos seus filhos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

A atualização realizada no art. 89 da LEP determina a necessidade de haver nas penitenciárias locais para gestantes e parturientes, além de creche para abrigar

crianças entre 6 e 7 anos que estiverem sob a responsabilidade da presa. No parágrafo único do artigo, temos os requisitos básicos necessários para estruturação da creche:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

O abrigo de uma criança em estabelecimento prisional é sempre traumático, tanto para a mãe presa quanto para a criança. Por mais que haja estrutura física na unidade prisional, as relações interpessoais são extremamente estressantes, como já tivemos a oportunidade de discorrer no presente trabalho. Assim, na busca de minorar os impactos decorrentes, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), através da Resolução nº 4, de 15 de julho de 2009, disciplinou acerca da permanência dos filhos com suas mães presas e seu posterior encaminhamento.

A norma dá importância ao contato da mãe com a criança, para a manutenção dos vínculos afetivos, devendo ser proporcionados pelo Estado locais adequados para essa finalidade, como berçários, áreas de lazer e banheiros infantis. Estabelece ainda que deve ser incentivada a visita de familiares e pais presos, para que seja preservado o laço familiar e que a criança mantenha contato com outras pessoas do círculo de relacionamento parental (BRASIL, 2009a).

A Lei de Execução Penal, em seu art. 41, inc. X, trata de um importante direito para o encarcerado, o direito a visitas, haja vista que o contato da mulher encarcerada com seu núcleo familiar é essencial para o seu bem-estar e proporciona melhores condições de adaptabilidade quando de seu retorno ao convívio extramuros.

No que se refere a Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, os instrumentos que se destacam são: a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação contra a Mulher (1984); Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok, difundidas em 2010 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p.15-18).

A Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em seu art. 3º, dispõe que os Estados nacionais signatários, Estados partes do pacto, comprometem-se em assegurar a igualdade entre homens e mulheres no gozo de direitos civis e políticos. Na mesma convenção, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) adicionou ao Comentário Geral 28:

No que respeita aos artigos 7.º e 10.º, os Estados Partes têm de apresentar todas as informações relevantes para assegurar que os direitos das pessoas privadas da sua liberdade sejam protegidos em igualdade de condições para os homens e para as mulheres. Em particular, os Estados Partes devem indicar se as mulheres e os homens estão separados nas prisões e se as mulheres são vigiadas apenas por guardas do sexo feminino. Os Estados Partes devem também informar sobre o cumprimento da norma que obriga a separar as menores das mulheres adultas e sobre qualquer diferença de tratamento entre homens e mulheres privados da sua liberdade, como acesso a programas de reabilitação e educação, e a visitas conjugais e de família. As mulheres grávidas que estejam privadas da sua liberdade devem ser objecto de um tratamento humano e deve respeitar-se sempre a sua dignidade e em particular durante o parto e enquanto cuidarem dos seus filhos recém-nascidos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000, p. 15).

Ganharam destaque no documento: a garantia de igualdade de condições para homens e mulheres; o direito das mulheres gestantes; bem como o acesso ao programa de reabilitação, educação e visitas conjugais e de família. Mas foi na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1984) que o Brasil vincula a obrigatoriedade de instituir medidas para reduzir a discriminação contra a mulher, seja no âmbito sociocultural, como na educação, política e na saúde.

As Regras das nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras, aprovadas em 2010, conhecidas como Regras de Bangkok, tiveram participação efetiva do Brasil em sua elaboração. Elas tratam, dentre outros pontos, dos direitos das mulheres presas desde seu ingresso na unidade prisional, como o direito à saúde no cárcere, tanto física como mental, à segurança, às revistas pessoais, às sanções aplicadas e às visitas.

O direito ao exame médico, incluindo uma ampla avaliação, física e psicológica, detectando a presença de doenças sexualmente transmissíveis (DST), a possível necessidade de cuidados com a saúde mental, a existência ou não de abuso sexual ou outras formas de violência na vida pregressa da mulher, a dependências química e o histórico de saúde reprodutiva são alguns dos direitos previstos nas regras.

As Regras de Bangkok ressaltaram a importância das visitas para a mulher encarcerada, incluído o direito à visita íntima. O Relatório de 2017 do Infopen mostrou que a média de visitas nas unidades masculinas foi de 4,55 visitas por preso, enquanto nas unidades femininas essa média reduz para 4,45 e, nas unidades mistas a média de visitas é de 2,63 por detenta (INFOPEN, 2017).

No Estado do Espírito Santo, até 2007, havia apenas um presídio feminino, hoje possui três presídios, localizados em Cachoeiro de Itapemirim, Colatina e Cariacica (Bubu). Inobstante a participação efetiva do Brasil na elaboração das regras, há ainda muito a se fazer para que elas sejam plenamente implementadas no sistema prisional feminino.

4.3 O TRATAMENTO PENAL APLICADO À MULHER ENCARCERADA COM ESPECIAL ATENÇÃO À ROTINA PRISIONAL DO CENTRO PRISIONAL FEMININO EM CARIACICA (BUBU) ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E O PROJETO (RE)INTEGRA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (DEPEN)

A Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputadas, no ano de 2009, publicou o relatório referente à CPI do Sistema Carcerário Brasileiro, a qual, em diligência no Estado do Espírito Santo, fez o seguinte diagnóstico (BRASIL, 2009b, p.113-114):

O Espírito Santo possui 14.062 presos para apenas 4.819 vagas, havendo um déficit de 9.243 vagas e uma superlotação de 195%.

Existem 50 mil mandados de prisão a cumprir. A segurança da população carcerária é feita por 890 agentes penitenciários e da população em geral de 7.257 policiais militares e 3.324 policiais civis.

E ainda:

Diversas unidades prisionais formam o Complexo Penitenciário. O Presídio de Viana foi o primeiro diligenciado pela Comissão. Esse estabelecimento

tem estrutura física antiga e arquitetura inadequada. É classificado como de segurança média, com 20 celas nas quais 208 presos ocupam espaço previsto para apenas 110. Nele estão ex-policiais, matadores de aluguel, justiceiros e estupradores, misturados em presos que praticaram delitos de menor gravidade.

A superlotação, celas entupidas de roupas, colchões velhos, panelas, tijolos, pratos, facas, colheres, material de higiene, revistas e muito papel (com fotos de mulheres nuas) pregados nas paredes, compõem um cenário estranho e perigoso, com possibilidade de incêndio com risco à integridade física dos internos em decorrência das gambiarras existentes.

Em todas as celas há uma enorme quantidade de água estocada em garrafas de refrigerante de dois litros, segundo os presos, para suprir as necessidades por causa da falta constante de líquido precioso.

Também chamou a atenção da CPI a existência nas celas de fogareiros improvisados, colocados em cima de tijolos, ligados à corrente elétrica, usado para esquentar a comida.

Nenhum preso estuda ou trabalha”.

Sobre a situação da mulher no sistema prisional brasileiro, assim se manifestou a Sr.^a Heidi Ann Cerneka, Coordenadora Nacional da Pastoral Carcerária na Questão Feminina (BRASIL, 2009b, p. 289):

[...] a mulher, por ser em número bem menor, geralmente fica em unidades totalmente inadequadas. O que vemos nos Estados, em todos os lugares, é que elas estão em conventos antigos, colégios, unidades masculinas, unidades... Há mulheres em mais de um Estado que estão em unidades que eram designadas para adolescentes. Depois, eles declararam que não era adequado para adolescentes e colocaram as mulheres.

A CPI encerrou as diligências no Estado do Espírito Santo ao realizar audiência pública na sede da Assembleia Legislativa. Na ocasião, associações de mães denunciaram a existência de grupo de extermínio composto por policiais militares que executavam pessoas, em especial jovens, sendo relatadas histórias graves de execução de seus filhos por policiais (BRASIL, 2009b, p. 115).

Em agosto de 2007, o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, realizou o lançamento do Pacto Nacional pelo Enfrentamento da Violência contra as Mulheres, durante a abertura da II Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, no qual são reunidas as diretrizes, princípios e ações no sentido de nortear a intervenção integrada do Poder Executivo Federal, em parceria com os governos estaduais e municipais, poder judiciário e sociedade civil, na redução da violência contra as mulheres (BRASIL, 2009b, p. 290).

Dentre os objetivos do pacto, está a promoção dos direitos humanos das mulheres em situação de prisão, com um acentuado perfil de exclusão social, pela falta de

perspectiva e péssimas condições carcerárias, agravado pela perda do pátrio poder. Sendo que a discriminação contra as mulheres é mais acentuada no interior do Sistema Carcerário, pois elas não têm respeitados seus direitos de acesso à justiça, à saúde, sexuais e reprodutivos, dentre outros (BRASIL, 2009b, p. 290).

O sistema prisional capixaba era tudo isso acima mencionado e mais um pouco, somente no ano de 2009 que passou por uma reestruturação, quando, após vários eventos de crises, com mortes em sequência e controle do sistema penitenciário por grupos criminosos, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), realizou uma inspeção em estabelecimentos prisionais e socioeducativos (BRASIL, 2009a).

Assim, após cinco anos da realização da inspeção do CNPCCP, no ano de 2014, com recursos próprios do tesouro estadual, foram construídas 33 unidades prisionais no Estado do Espírito Santo, sendo que a penitenciária Feminina de Cariacica, em Bubu, foi criada em julho de 2010, ocupada no mês de agosto, com 300 presas. O Estado do Espírito Santo passou a contar com unidades prisionais de padrão norte-americano, construídas com disposições físicas arquitetônicas perfeitamente adequadas às normas e tratados internacionais.

Há poucos registros sobre o tratamento penal dispensado às presas naquela época, porém em registros coletados manualmente junto à administração prisional da Secretaria de Justiça do Estado Espírito Santo e relatórios de inspeção do Ministério Público, através do Grupo Especial de Trabalho em Execução Penal (GETEP/MPES), podemos verificar que o Centro Prisional Feminino de Cariacica (CPFC), unidade prisional em Bubu, é uma das mais bem estruturadas do sistema prisional capixaba.

Possui acomodações limpas, com lençóis limpos, contingente profissional adequado, equipe de profissionais de saúde, serviço terceirizado, composta de 02 (dois) enfermeiros; 01 (uma) psicóloga, 01 (um) médico clínico geral, e 01 (uma) coordenadora de equipe. Além dessa equipe, a unidade conta ainda com mais 02 (dois) psicólogos e 02 (duas) assistentes sociais e mais 80 (oitenta) inspetores penitenciários, responsáveis pela segurança da unidade e demais serviços internos.

A arquitetura da unidade prisional foi projetada dentro da concepção internacional de direitos e garantias à pessoa presa, contando com quatro módulos edificadas, sendo um setor administrativo; um central, que contém as celas do regime fechado; um menor na lateral, onde funciona o regime semiaberto; e outro com estrutura de cozinha industrial e refeitório. A alimentação é confeccionada por empresa terceirizada, com utilização da mão de obra das detentas.

As salas do prédio administrativo são amplas e refrigeradas, já nas celas não há sistema de refrigeração artificial como ventiladores, apenas uma janela com ventilação natural. Nas celas de acesso comum do prédio central do regime fechado, onde se instalam as celas de aulas e biblioteca, acontecem oficinas – aprendizado em mosaico, confecção de uniformes, bolsas e acessórios em couro (ensino profissionalizante) - e há ventiladores.

Nesse mesmo prédio estão instalados os postos “bravos”, salas de observação e monitoramento da movimentação carcerária, com janelas grandes envidraçadas, onde ficam os inspetores penitenciários de plantão de vigilância através de videomonitoramento. A comunicação entre os postos bravos é realizada por rádios portáteis, bastante utilizados para a comunicação interna dos agentes e administração da unidade prisional.

Há ainda espaço específico para treinamento na confecção de calçados e roupas infantis, sendo que as empresas fabricantes instalam equipamentos e maquinários que serão utilizados na produção. A análise geral das informações colhidas sobre o tratamento penal do Centro Prisional Feminino nos revela avanços na atenção a projetos que buscam a capacitação das detentas para atividades laborais produtivas, voltadas ao mercado de trabalho.

Porém, diante do contexto social, em que a solidariedade, o olhar de respeito e consideração, o olhar de ver o próximo como uma pessoa portadora de direitos e garantias, um sujeito constitucional, estão cada vez mais ausentes, essa carga de comportamento negativo de desconfiança influencia no comportamento dos profissionais que atuam no tratamento penal, principalmente os inspetores penitenciários que, além de aplicarem o tratamento penal, são os responsáveis pela atividade de segurança da unidade prisional.

Há inspetores envolvidos nos projetos de capacitação, mas a maioria ainda está enredada pelo sentimento de beligerância, amigo x inimigo. Munidos de uniformes que lembram forças especiais de combate, transmitem mensagens de pronta reação ao comportamento desviante das regras disciplinares aplicadas pela administração prisional, justamente em um local em que se propõe recuperar a autoestima e fazer a pessoa acreditar que a sociedade irá bem recebê-la ao seu retorno ao convívio social.

Com o objetivo de promover avanços no tratamento penal é que o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) promove o projeto (Re)Integra – uma perspectiva de participação social na execução penal para a promoção da cidadania e prevenção da criminalidade. Assim, fomenta a participação social no planejamento, elaboração, fiscalização e controle de propostas, políticas públicas e ações institucionais no âmbito da execução penal.

O ato normativo que dá suporte às ações do Depen são as diretrizes instituídas através do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP – Lei 13.675/2018), instrumento de especial relevância de promoção da participação social como diretriz das políticas de segurança pública, de relevância da sociedade civil na governança pública, determinando aos agentes públicos viabilizar ampla participação social em todas as fases da política pública (BRASIL, 2018b).

Mais do que nunca, é preciso superar o modelo de tratamento penal em que a virtude está em segregar os condenados, afastá-los do convívio social e lhes impor uma rotina de forte disciplina, que privilegia a sujeição ao respeito. Um tratamento penal que mais adentra do que recupera. Durante os deslocamentos entre as oficinas de capacitação profissional existentes no Centro Prisional Feminino de Cariacica, as detentas se deslocam entre uma faixa de segurança e todas com a face voltada para o chão, sem que seja permitida qualquer comunicação entre elas. Todo percurso é acompanhado por inspetores penitenciários armados com carabinas e fuzil – tipo de armamento altamente questionável em seu uso, por se tratar de ambiente confinado.

Mas as mazelas do cárcere em sua invisibilidade, haja vista seu distanciamento social, acabam por não expor essas circunstâncias que envolvem uma rotina prisional, bem como a discussão e comprometimento social com os resultados que o sistema de execução penal deve proporcionar.

Há um desconhecimento geral sobre a realidade do sistema e as questões que o envolvem, sendo que, na maioria das vezes, o cidadão tem, nos folhetins de telenovelas e de filmes americanos, os quais trabalham com obras de ficção, a fonte de conhecimento da vida no cárcere. É preciso desromantizar o crime e o sistema prisional, de forma a se estabelecerem canais específicos de diálogo constante entre o sistema prisional e a sociedade.

O Projeto (Re)Integro surge, assim, da necessidade de envolvimento social na Execução Penal, em um campo mais amplo de participação, de forma a “abrir” as portas do cárcere para uma participação efetiva, realçando as possibilidades de atuação nas políticas penais, instituídas pela lei de Execução Penal, a qual determina ao Estado que recorra à cooperação comunitária nas atividades de execução da pena (BRASIL,1984).

Como já tivemos oportunidade de expor no presente trabalho, a redução do fenômeno da criminalidade está diretamente relacionada com o contexto sociocultural. Torna-se essencial que a sociedade civil entenda os contextos da criminalidade que a envolvem e compreenda seu importante e fundamental papel, a partir da compreensão do objetivo, da finalidade e da utilidade da pena privativa de liberdade.

O sistema de justiça criminal brasileiro funciona no sentido de, ao final de um processo de conhecimento, o juiz prolata uma sentença e, em caso de condenação, há um comando judicial de execução da pena aplicada. Através desse comando, com os parâmetros de tempo e regime de cumprimento da pena, é que se dará a instrumentalização dos serviços penais para dar suporte ao desenvolvimento das pessoas condenadas à privação de liberdade, com o propósito de seu retorno ao convívio social.

Dessa forma, o sistema é estruturado de forma ambígua, ou seja, representa a mão firme do Estado no exercício do *jus puniendi* (dever de punir) e, ao mesmo tempo, a oportunidade de preparar a pessoa para o retorno ao convívio social.

Pesquisas em diversos países apontam a pouca familiaridade da sociedade civil quanto ao funcionamento do sistema prisional e uma sensibilidade social punitivista.

No entanto, essas pesquisas também apontam que, quando as pessoas recebem mais informações, os níveis de punibilidade tendem a cair (BRASIL, 2021).

Os dados colhidos na pesquisa revelam que a maioria das pessoas é favorável a medidas de caráter preventivo, como aplicação de oportunidades de educação e trabalho, e enxerga as prisões como instituições: que favorecem o crime organizado, ineficazes quanto ao papel ressocializador e reprodutoras de desigualdade social, com tratamento desigual às pessoas presas ricas e pobres (BRASIL, 2021).

A estratégia do Ministério da Justiça e Segurança Pública quanto à aproximação da sociedade civil das políticas criminais, em particular do sistema prisional, está em traçar metodologias de interação, executar ações com o foco de combate às estigmatizações de pessoas presas e egressas do sistema prisional, mediante a promoção da participação social na execução penal, no sentido de fomentar a cooperação comunitária na execução penal.

As correlações estatísticas de criminalidade apuradas no Projeto (Re)Integro da Ouvidoria Nacional dos Serviços Penais (2022, p. 116) apurou que a população carcerária jovem, de 18 a 29 anos, representa 45,47% da população presa, enquanto representa apenas 18% da população em geral brasileira.

As correlações estatísticas obtidas reforçaram que a criminalidade não está relacionada à pobreza, mas possivelmente ao abandono da escola. O abandono à escola está intimamente ligado à desestruturação familiar resultante do afastamento da mulher do núcleo familiar, em muitas circunstâncias em razão de cumprimento de pena privativa liberdade.

Estabelecer medidas que reconstruam os laços familiares e reforçar as instituições sociais, intervindo num contexto real em que a atividade criminoso tem sido apresentada como a solução para os jovens, crianças e adolescentes, torna-se prioridade para uma eficaz política pública de redução da criminalidade.

Nesse sentido, registra Haydée Caruso (2021, p. 9):

As séries históricas produzidas no Brasil vêm demonstrando a cada ano o agravamento dos indicadores de violência e criminalidade, com especial ênfase para os recortes relacionados à violência letal que atinge número elevado de jovens entre 12 e 29 anos. Os homicídios, especialmente, contra

jovens negros, revelam a face mais cruel de uma violência endêmica com lastros incalculáveis para a vida social e econômica, retirando do segmento juvenil - que deveria ser enxergado como propulsor do projeto de futuro do país - as possibilidades concretas de vida. Associado às altas taxas de homicídios entre jovens, estão os indicadores de encarceramento que nos revelam números altos de jovens presos especialmente por crimes relacionados à roubos, furtos e tráfico/uso de drogas.

Todavia olhar para esses dados com as lentes exclusivas dos índices de violência e criminalidade podem nos levar a uma relação causal enviesada que associa juventude à violência, quando devemos também observar os fenômenos que atingem os (as) jovens brasileiros (as) pelas lentes dos direitos educacionais e sociais que, por vezes, são negados. Os dados educacionais disponíveis também nos revelam uma face de desalento quando pensamos em projetos de futuro para e com as juventudes. O desafio teórico-metodológico do projeto (RE)INTEGRO está intrinsecamente relacionado a triangulação entre os dados educacionais, os índices de violência e os dados sobre o sistema prisional e de socioeducação, por essa razão além de considerar a realidade nacional em que os jovens estão inseridos, foi fundamental para concepção do projeto mergulhar nos dados do Distrito Federal por ter sido a unidade da Federação escolhida como território prioritário para o projeto-piloto.

Dessa forma, a juventude ganha especial destaque no Projeto (Re)Integra, sendo que os atores que interagem com as juventudes são exatamente os que interferem na vida escolar, ou seja, familiares e profissionais da área da educação, que serão formados para o manejo dos temas relacionados à execução penal. O público-alvo do projeto contempla os alunos da rede de educação básica, considerando o recorte de juventude em dois tempos (CARUSO, 2021, p. 33):

VI - Primeiro tempo: Adolescentes e Jovens entre 13 e 19 anos, contemplando alunos regularmente matriculados nos anos finais do ensino fundamental II e nos três anos do Ensino Médio. Para este público-alvo do projeto considera-se duas dimensões que se conectam: Adolescentes/jovens em atividade escolar, tanto na educação básica regular (anos finais do Ensino Fundamental e Ensino Médio); quanto na Educação de Jovens e Adultos (EJA) ou na Educação de Adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa;

VII - Segundo tempo: Jovens entre 18 e 29 anos, contemplando jovens entre 18 e 29 anos que estão cumprindo medidas restritivas de liberdade no regime fechado e que estejam regularmente matriculados em escolas no interior do Sistema Penitenciário.

A proposta do (Re)Integro, assim, é, por meio de ações educativas, produzir estratégias de afastamento de exposição dos jovens a situação de risco, com o objetivo de reduzir as taxas de criminalidade, tendo a escola como agente articulador do processo educacional formal, na transformação de comportamentos, atitudes e desconstrução da discriminação a respeito dos indivíduos privados de liberdade e egressos do sistema penitenciário (SILVA; PINTO, 2021, p. 9).

A inserção social de pessoas e egressas do sistema prisional vem sendo debatida há algum tempo, porém ainda se verificam limitações no emprego de modelos e tecnologias sociais que possam impactar no cenário de oferta de trabalho no sistema prisional, especialmente no aumento do índice nacional de desemprego, em todo o país (BRASIL, 2021, p. 2).

Rodrigo de Abreu Fudoli, estudioso do sistema prisional brasileiro, acredita que houve uma significativa evolução desde o surgimento das prisões e que o trabalho é visto, cada vez mais, como um meio de se efetivar a finalidade da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 2021, p. 2).

Ao se analisar o atual contexto do Sistema Prisional Brasileiro, através dos dados fornecidos pelo Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, observa-se relativa constância no número de pessoas do sexo feminino no sistema prisional, enquanto a masculina apresenta uma curva ascendente (CARUSO, 2021, p. 15).

Desde 2012, a população prisional masculina ultrapassa 500.000 pessoas presas, de modo que, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2020, os homens representam mais que 90% da população prisional: 711.080 pessoas do sexo masculino presas, do total de 748.009 pessoas presas (BRASIL, 2020).

Inobstante a diferença percentual entre homens e mulheres presas ser abissal, o impacto do afastamento da mulher do eixo familiar também é muito maior que o afastamento da presença masculina, do pai. A construção do amor materno se dá com uma convivência mais próxima e por mais tempo. Ao passar mais tempo junto aos filhos, a mulher terá oportunidade de acompanhar as fases de crescimento desde a primeira infância, a atormentada adolescência e a juventude, e maior será a ligação entre mãe e filho.

Mas, quando a mãe passa à condição de presa, a convivência só é possível nos intervalos entre as entradas e saídas da prisão, nas visitas dominicais, com frequência irregular. O carinho diário, o amor de mãe, o apoio na hora dos estudos, o cuidado com as roupas, no caso das meninas o papo sobre menstruação e cuidados de higiene, são momentos quase inexistentes. Quanto a isso, o tratamento penal passa

por momentos difíceis, pois a presa (mãe) é acometida por um sentimento de culpa, vergonha e medo, fatores que a fragilizam nos relacionamentos interpessoais no cárcere.

Algumas presas mães até recusam as visitas dos filhos por julgarem que a prisão não é lugar para eles. Para elas, a forma de comunicação ocorre por cartas, outras não têm notícias alguma. Mas, de regra, tirar ou afastar o filho parece ser, para uma mãe presa, a imputação de uma pena adicional.

A descrição do trágico quadro foi alvo de registro em pesquisa realizada por Rosalice Lopes, em tese apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, no ano de 2004. Segundo a autora,

A construção da relação amorosa entre mãe e seu filho inaugura-se no momento em que a criança nasce, mas a mulher que se torna mãe pode atribuir a essa chegada qualidades que transcendem a existência do filho. Essas qualidades atribuídas à maternidade, enquanto matizes de inteligibilidade revelam a força e o poder das relações sociais de gênero.

É sabido que a atividade sexual esteve muitos séculos – e quiçá ainda hoje – relacionada à procriação. Submetidas à razão masculina, as mulheres atendiam ao desejo do macho, gestavam pariam e cuidavam da prole. (LOPES, R., 2004, p. 133).

Verificamos, assim, que, por mais completo que seja um projeto de tratamento penal voltado a desenvolver habilidades para o mercado de trabalho, o que, sem qualquer sombra de dúvida é fundamental, é com o olhar para a alma – o olhar tão acolhedor quanto o olhar de mãe, identificando no outro um ser social, sujeito de direitos e garantias fundamentais regidas pela princípio da dignidade humana – que estaremos colaborando na construção de um estado de bem-estar social.

As políticas públicas, assim, devem aperfeiçoar e fomentar instrumentos que permitam essa construção afetiva, de forma a minorar os impactos sociais do encarceramento feminino, principalmente de mães, para que essa qualidade tão essencial ao desenvolvimento humano, que há muito vem se perdendo, seja valorizada e aplicada.

CAPÍTULO 5 - ANÁLISE DOS REGISTROS DE JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO QUANTO À PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA ATIVIDADE CRIMINOSA, SOB O ENFOQUE DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

O principal objetivo do presente estudo é trazer à luz as concepções singulares que contribuíram na construção do papel da mulher na sociedade a partir de uma perspectiva sócio-histórica e os reflexos decorrentes no convívio social para o fenômeno da criminalidade.

Julgamos essencial para a construção de políticas públicas – tão direcionadas ao eixo social da produtividade econômica – voltadas para o eixo de construção do ser social identificar essa qualidade tão essencial ao ser humano, o olhar de mãe, o olhar de mulher, no contexto de uma realidade social tão conservadora, fundamentada em valores androcêntricos.

Para tanto, o estudo requereu uma aproximação de diferentes determinantes históricos, sociais, econômicos, psicológicos e jurídicos. Sobre este último é que agora pretendemos aprofundar neste tópico, por meio da análise de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito, os quais descrevem o comportamento criminoso da mulher na ação criminosa.

A compreensão da participação da mulher em atividade criminosa se dá principalmente a partir do século XVII, quando passa-se a se preocupar com os desvios femininos e se constrói uma racionalidade particular sobre a capacidade feminina para cometer crimes.

A análise do contexto histórico e científico quanto à criminalidade feminina nos revela que, no propósito de “readequar as mulheres à norma”, a razão androcêntrica aplicou penalidades que, na verdade, degradavam-nas e desqualificavam-nas ainda mais e deixavam entrever as estruturas e mecanismos que mantinham os privilégios do sexo.

A atividade criminosa tem sido cada vez mais uma opção para se manter enquadrado em um contexto capitalista de consumo e de “sucesso” na vida. As desigualdades sociais existentes e a falta de oportunidades, além da “rotulagem” social a que estão

sujeitos os que se enveredam pelo caminho desviante, são gatilhos que apontam para essa opção.

Nesse sentido registra Milton Santos (2004, p. 375):

Ao contrário, pensamos que o estudo da pobreza urbana que opõe a favela ou o cortiço ao "centro" da cidade, sendo este último representativo de uma economia próspera, constitui um grave desvio em relação à realidade. Mesmo quando tal abordagem possa dar resultados tecnicamente apreciáveis, dificilmente ela conduzirá à construção de uma teoria válida e à descoberta de instrumentos de ação eficazes.

Compreende-se facilmente por que os sociólogos sul-americanos usaram o termo marginal ao se referirem às massas desperdadas, vítimas do processo de produção capitalista. Eles quiseram, por meio disso, atrair a atenção sobre o problema da pobreza vizinha da modernização.

E ainda:

As tendências atualmente impostas à produção e ao consumo no Terceiro Mundo são uma fonte de distorções cumulativas, que engendram um empobrecimento irreversível da população. Essa situação cedo ou tarde conduzirá a um impasse e o Estado terá de enfrentá-lo. (SANTOS, 2004, p. 375).

Diante de um modelo de defesa social gerador do paradoxo de, ao mesmo tempo que o Estado não proporciona o gozo pleno de direitos e garantias fundamentais, pune aquele que adota um comportamento criminoso como alternativa para se enquadrar a um modelo social estereotipado, o direito, com seu conjunto de normas gerais e individuais, tem se mostrado um valioso instrumento para realizar a adequação do “dever ser” comportamental (KELSEN, 2000, p. 260).

Ao se viver em uma sociedade de risco global, em que a atividade criminosa é lardeada vinte e quatro horas por dia, pela imprensa e redes sociais, floresce um forte sentimento de vingança e enfrentamento contra aquele eleito como inimigo, aquele que fere a paz social e aumenta a percepção de insegurança na vida das pessoas.

Nesse sentido, Thiago Allison Cardoso de Jesus e Viviane Freitas Perdigão Lima prelecionam (2020, p. 125):

[...] o crime a ser, na sociedade moderna, um dos maiores riscos de desagregação social atraindo, de logo, as razões para seu imediato enfrentamento. Para isso, há reforço pela mídia dos medos e um papel importante dela para um alarme social.

Nesse cenário, ao tomar uma decisão com os fins de justiça social, é importante estar ciente de se estar sob a égide de um Estado Democrático de Direito, situação em que o Poder Judiciário tem a relevante função de decidir dentro de uma realidade social, e não apenas nos estritos parâmetros da norma lei.

De acordo com o Professor Cássius Guimarães Chai (2014, p. 178),

Segurança pública e de interesse público urgem ser resignificados — ressemantizados — em uma tradução de novas práticas conciliáveis com os atuais requisitos de uma ação comunicativa democrática. Razão de Estado precisa ser compreendida como razão de todos no plano da compreensão de todos, não apenas razão que se justifica em nome de todos. Afinal, caso contrário, manter-se-á a prática “democrática” em que o mandatário saiba de antemão a vontade do outorgante, sendo-lhe desnecessário consultar-lhe sobre o seu desconhecido interesse, embora se diga ser seu, sem que o saiba.

Certamente, a dificuldade local não é omissão legislativa.

Nesse real contexto de sociedade é que surge a teoria de Dworkin como um farol que orienta a chegada a um porto seguro, na construção de decisões que expressem a prática constitucional de um país. A teoria do Direito de Ronald Dworkin direciona no sentido de que o sistema de justiça não é concretizado apenas de textos normativos, mas é importante saber o que se está fazendo desses textos, de modo que sua aplicação faça sentido para nós. A integridade é a virtude fundamental daquele que leva o Direito a sério (DWORKIN, 2010, p. 35).

Nesse sentido, registram MORAES, M. V e LEAL, Mônia Clarissa Hennig (2019, p.50-51):

[...] Dworkin e a noção de direito como integridade e composto por princípios condutores das decisões, a busca pela melhor interpretação conduziria a uma resposta mais correta, pautada em elementos inseridos no próprio direito ou até mesmo presentes na moral.

[...] A teoria de Dworkin, que enfrenta a mesma preocupação quanto aos limites dessa discricionariedade judicial, avança ao reconhecer a existência de princípios que norteiam o direito e que, ainda que mais abstratos, definem um conteúdo a ser seguido, todavia, como apontam seus críticos, não resolve a questão em virtude do mesmo motivo: a possibilidade de uma discricionariedade que conduza a um solipsismo judicial diante das lacunas (sejam elas linguísticas ou do próprio direito) existentes e do conteúdo aberto característico dos princípios jurídicos.

De uma maneira ainda mais ampla quanto à interpretação do Direito, defendem Thiago Allison Cardoso de Jesus e Viviane Freitas Perdigão Lima (2020, p. 119):

Embora a magistratura, pelo *mito do distanciamento*, aparente isolamento da sociedade e da vida social; a função compele, dia após dia, pensar a realidade e a decidir casos, envolvendo pessoas reais, problemas atuais e casuísmo.

Com a complexificação das redes sociais, urge a necessidade de reavaliar os métodos e aplicação do direito ao caso concreto. Assim, a função jurisdicional, desatrela-se a ideia de simples reprodução do contido na lei através de uma mera operação de aplicação, lógica ou com uso de uma técnica de literalidade.

Na concepção da Teoria do Direito como integridade, conforme prelecionou o professor José Emílio Medauar Ommati, discursando em aula proferida no PPGD da FDV, em 27 de agosto de 2021, não se muda a realidade apenas alterando textos de lei, é preciso comprometimento com os textos. O Direito é uma prática social com a qual temos que nos comprometer (informação verbal)⁸.

Conforme o professor, a teoria constitui uma forma de visão de mundo. O mundo só faz sentido quando o transformamos em linguagem. A teoria é a possibilidade de existir como ser no mundo. A teoria não é só o conhecimento científico. Sob esses aspectos, Dworkin critica os positivistas radicais, pois se não existir uma regra escrita, não existirá a obrigação jurídica.

A crítica recai principalmente no positivismo, mais ainda sobre o positivismo hartiano⁹. Dworkin, com sua teoria, passou a oferecer uma caracterização do positivismo jurídico. De acordo com ele, o positivismo teria algumas proposições gerais e organizadoras, as quais funcionariam como seu esqueleto. São elas: a Tese do Pedigree, a Tese da Discricionariedade e a Tese da Obrigação. As três teses são problematizadas por Dworkin.

Conforme Ronaldo Porto Macedo Júnior (2017, p. 6-7),

De acordo com Dworkin, os princípios, em contraste com as *regras em sentido estrito*, afirmam razões (jurídico-morais) que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado ante outras possíveis razões com os quais compete.⁸ Assim, o *point* (a intencionalidade) dos princípios é valorativo e exige uma atitude interpretativa.

⁸ Discurso proferido por José Emílio Medauar Ommati em aula do Grupo de pesquisa do PPGD/FDV em 27 de agosto de 2021.

⁹ Herbert Lionel Adolphus Hart, nascido no Reino Unido em 1907. Escreveu, dentre outras, a obra *O Conceito de Direito*, publicada em 1961. Fonte: Enciclopédia Jurídica PUCSP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

A prática jurídica revela que os profissionais do direito, em particular os juízes, se valem dos princípios não porque estes são dotados de autoridade (política), mas antes em razão de sua razoabilidade e justiça.

As decisões judiciais não visam a afirmar o que o direito deveria ser idealmente, mas antes o que o direito corretamente interpretado diz a respeito das pretensões jurídicas das partes. Uma interpretação dos princípios *tal como eles realmente funcionam na prática judicial (fit)* deve reconhecer que os princípios não são meros guias para o exercício de uma atividade discricionária nem são vinculantes em razão de seu *pedigree* autoritativo. O positivismo jurídico fracassa justamente por não reconhecer esse aspecto importante do funcionamento dos princípios”.

À vista disso, a Teoria de Dworkin é construída em contraposição ao positivismo de Hart, razão pela qual os conceitos de sua teoria dependem das explicações da teoria positivista para a contextualização e compreensão da alternativa que propõe. Dworkin vê o próprio conceito de Direito e os problemas decorrentes da atividade da interpretação de uma forma completamente diferente daquela descrita pelos positivistas.

O Direito não é dado e os problemas de interpretação não são decorrentes da abertura da linguagem, como acreditam os positivistas. Nesse ponto, o filósofo da linguagem apoia a construção do raciocínio de Dworkin, que demonstra que o Direito é uma prática social construído e reconstruído pela sociedade de forma idealizada, não o suposto fruto estático da atividade legislativa.

Nesse diapasão, registra STRECK, L. L. e MORBACH, Gilberto (2019, p.66):

De acordo com Dworkin, o fenômeno jurídico deve ser encarado como um fenômeno *interpretativo*. Em sua concepção de *direito como integridade*, “o raciocínio jurídico [*legal reasoning*] é um exercício de *interpretação construtiva*”, de modo que o direito de uma comunidade “consiste na *melhor justificativa que sustenta as práticas jurídicas como um todo*”; consiste, pois, “na *história narrativa* que faz dessas práticas o *melhor que elas podem ser*”.

A fim de averiguar se a teoria de Ronald Dworkin (Direito em sua Integridade) vem sendo aplicada na prática forense e a atender o objetivo traçado quanto ao problema indicado na pesquisa, de modo que se possa identificar as questões de gênero e condições pessoais que são abarcadas nas peças processuais, a seguir, serão analisado alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Essa técnica de análise se propõe a ser momento de reflexão que possa contribuir para melhor entender a forma como a mulher se envolve na atividade criminosa e verificar se as orientações decorrentes das Regras de Bangkok – de que o sistema de

justiça criminal deve reconhecer a violência de gênero historicamente sofrida pelas mulheres, de modo a priorizar medidas não encarceradoras – vêm sendo consideradas.

A escolha das peças processuais objetos de estudo se baseou na influência que a fase considerada pré-processual, ou seja, ainda na fase investigativa, inquisitorial, exerce na decretação/permanência de uma prisão até a solução da ação criminal, haja vista as referências contidas nos julgados de comportamentos colhidos ainda na fase inicial.

De forma a preservar a intimidade das pessoas envolvidas, os nomes dos envolvidos nos processos não serão identificados. A opção pelos julgados do TJES se deu em decorrência da proximidade dos fatos e do contexto social em que ocorreram. Quanto à opção pela mulher, é devido à conexão com o tema em estudo.

A primeira a ser analisada trata-se de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343, de 26 de agosto de 2006), uma das atividades criminosas em que cada vez mais a mulher vem se envolvendo, conforme dados do Infopen, sendo este o principal crime que leva as mulheres à prisão.

No levantamento realizado pelo Infopen/2014, 64% das mulheres estão presas por tráfico de drogas, enquanto 28% dos homens ficam presos pela prática deste crime.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA ACUSAÇÃO. AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS INSUFICIENTE PARA COMPROVAR A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Sendo a ré primária e não havendo nos autos provas de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. 2. De acordo com o interrogatório da acusada, verifica-se que a apelada trata-se de uma pequena traficante, ainda não envolvida em maior profundidade com o mundo criminoso, que acabou se envolvendo na atividade ilícita de maneira esporádica, motivada por uma situação precária financeira familiar. 3. Outrossim, a quantidade e natureza da droga já foram utilizadas na primeira etapa da dosimetria, sendo inviável a sua utilização para negar a aplicação da minorante contida no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. 4. Recurso improvido. (TJES; APCr 0023665-13.2019.8.08.0024; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ezequiel Turibio; Julg. 10/11/2021; DJES 29/11/2021).

A conduta criminosa acima descrita registra aquilo que em nossa pesquisa tem sido quase que uma regra, a participação secundária da mulher na atividade criminosa.

Logo de início, em seu voto, o relator fixa a condição de primariedade da ré, o que nos indica que aquela foi a primeira ação criminosa em que ela se defronta com uma condenação criminal, circunstância a nos indicar que não se trata de uma personalidade voltada para a prática criminosa. A ocorrência esporádica do comportamento criminoso aparece ao se referir à ré da seguinte forma:

[...] De acordo com o interrogatório da acusada, verifica-se que a apelada trata-se de uma pequena traficante, ainda não envolvida em maior profundidade com o mundo criminoso, que acabou se envolvendo na atividade ilícita de maneira esporádica, motivada por uma situação precária financeira familiar.

O trecho acima transcrito é um dos pontos determinantes do julgado, em que se reconhece a participação secundária de “uma pequena traficante”. Outro ponto fundamental é a questão familiar envolvida, por meio da qual constatamos o motivo determinante do crime: “uma situação precária financeira familiar”.

A motivação vem ao encontro daquilo que constatamos em nossa pesquisa: na maioria das vezes, a mulher se envolve em uma prática criminosa não em busca de um controle territorial ou de imposição de sua vontade pelo controle e poder, mas sim para suprir uma necessidade, sendo que a alternativa pelo comportamento criminoso foi o que veio à sua frente para atendê-la.

Nesse julgado, constatamos o paradoxo que mencionamos no presente tópico, a presença do Estado na vida da ré ocorre através de uma pena criminal, sendo que o comportamento desviante decorre por uma ausência de atenção a seus direitos e garantias fundamentais. A condenação criminal, diante da falta de projetos por parte do Estado que, de maneira eficaz, influam nos “valores” sociais atuais, certamente lhe trará a rotulagem de criminosa, circunstância a lhe ser desfavorável para buscar uma alternativa que não seja o comportamento desviante.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. ART. 22 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AMEAÇA POR PARTE DE TRAFICANTES. PALAVRA DA ACUSADA DISSOCIADA DAS PROVAS DOS AUTOS. AFASTADA A EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA ADEQUADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Tratando-se a coação moral irresistível (art. 22, do Código Penal) de tese arguida pela acusada, competia-lhe a prova da alegação, na forma do art. 156 do Código de Processo Penal. Precedente. A ré deveria ter demonstrado de que forma o suposto traficante, que ameaçava sua família, a impediu de agir de modo diverso. Como a sua palavra está dissociada das provas carreadas aos autos, não tendo sido corroborada por

outra prova documental ou oral capaz de conferir mínimos indícios de que realmente existia uma ameaça como pano de fundo do transporte da droga, inviável reconhecer a excludente prevista no art. 22, do Código Penal. 2. Embora entenda-se que não é idônea a exacerbação da pena em razão da quantidade de drogas apreendidas, considera-se que a pena-base fixada em 06 (seis) anos de reclusão é adequada, tendo em vista os antecedentes da acusada. 3. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. [...] (HC [REDACTED], Rel. Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017). 4. Recurso improvido. (TJES; APCr 0002620-35.2020.8.08.0050; Rel. Subst. Ezequiel Turibio; Julg. 01/12/2021; DJES 16/12/2021).

No julgado acima, fica bem evidente que a formalidade dos atos processuais imposta pelo Estado – parâmetros abstratamente cominados pelo legislador – torna quase impossível às classes menos favorecidas terem acesso a meios que lhes favoreçam a comprovar o que alegam. O julgador, totalmente atrelado ao “mundo dos autos”, se afasta da realidade e do contexto social.

A pergunta que não se cala é a seguinte: como provar “coação moral irresistível” em comunidades totalmente controladas por facções criminosas? Ora, nessas comunidades, a realidade de ausência do Estado em fornecer direitos básicos é notória, independe de comprovação.

As organizações criminosas em comunidades em que o Estado não está presente acabam por exercer um poder paralelo, em que se institui subordinação total ao seu estatuto. Ferir as regras por elas traçadas, delatar a pessoa que realiza o controle do tráfico onde os fatos ocorreram, informar os envolvidos, trazer ao processo testemunhas que comprovem o alegado, identificar os fornecedores significam receber uma sentença de morte.

Uma condenação criminal que, apesar de suas consequências e reflexo para o convívio social futuro, é alternativa para a ré e seus familiares não sofrerem as duras sanções impostas pelas facções criminosas.

Os autos iniciais, produzidos unilateralmente, de forma inquisitória através do inquérito policial, contêm apenas a versão primeira dos fatos. Um retrato daquilo que as leis

traçadas pelo Estado impõem e a ação empreendida pela ré, e mais nada, essa versão é que irá perdurar até o final, como bem destacou o relator:

[...] Tratando-se a coação moral irresistível (art. 22, do Código Penal) de tese arguida pela acusada, competia-lhe a prova da alegação, na forma do art. 156 do Código de Processo Penal. Precedente. A ré deveria ter demonstrado de que forma o suposto traficante, que ameaçava sua família, a impediu de agir de modo diverso. Como a sua palavra está dissociada das provas carreadas aos autos, não tendo sido corroborada por outra prova documental ou oral capaz de conferir mínimos indícios de que realmente existia uma ameaça como pano de fundo do transporte da droga, inviável reconhecer a excludente prevista no art. 22, do Código Penal.

O recurso criminal manejado de forma insatisfatória revela a dificuldade de exercer seu direito fundamental de ampla defesa. Uma vez mais, o Estado surge na vida da ré não como provedor de direitos e garantias individuais, e sim um Estado penal onde o direito surge como instrumento de preservação do *status quo*, usando as instituições formais para que suas regras prevaleçam, ou seja, aquilo que Hans Kelsen (2000, p. 260) nos diz:

Os enunciados de dever ser nos quais o teórico do Direito expõe as normas têm uma significação meramente descritiva; eles, por assim dizer, reproduzem descritivamente o “dever ser” das normas. E da maior importância distinguir as normas jurídicas, produtos do processo criador de Direito, que são o objeto da jurisprudência, dos enunciados de jurisprudência. A terminologia tradicional mostra uma perigosa inclinação para confundi-los e para identificar o Direito com a ciência do Direito. Muitas vezes fala-se de “Direito” quando aquilo a que se faz referência é apenas certa doutrina jurídica. Esse aspecto de nossa terminologia não é desprovido de um fundo político; ele se relaciona com a pretensão da jurisprudência de ser reconhecida como fonte do Direito - uma pretensão que é característica da doutrina do Direito natural, mas irreconciliável com os princípios do positivismo jurídico.

Atuar apenas como parte do mecanismo do governo não irá refletir em uma aplicação de justiça. Essa reflexão nos é forçosa se nosso empenho está na promoção de uma sociedade justa e igualitária.

Sobre o distanciamento dos julgados dos fatos da vida real, assim se manifesta Hans Kelsen (2000, p. 245):

O que os tribunais aplicam não é um tratado científico descrevendo fatos reais. Não é um sistema de teoremas que são produto da cognição científica, mas um conjunto de prescrições que regulam a conduta dos sujeitos e órgãos da comunidade jurídica, um sistema de normas que são produtos de atos de vontade. Este é o sentido com que o Direito é dirigido aos tribunais. É este sentido que a jurisprudência normativa representa.

O julgado a seguir também se refere ao tráfico de drogas em que a mulher está envolvida como autora. Vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. RECURSO DA DEFESA DE FABIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXISTÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DELITIVAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO DA ACUSADA PRISCILLA PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DEMONSTRADA NO CASO CONCRETO. RÉUS EM RELACIONAMENTO AMOROSO, CONVIVENTES, POR CERCA DE SETE ANOS. BALANÇA DE PRECISÃO. APETRECHOS PARA EMBALO DE DROGA. ANIMUS ASSOCIANDI EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO. APELO DA DEFESA DESPROVIDO E RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO. 1. Em que pesem os argumentos lançados pela Defesa de Fabio, as provas coligidas nos autos são suficientes para embasar o édito condenatório quanto aos crimes previstos no art. 33 da Lei nº 11.343/06 e no art. 12 da Lei nº 10.826/03. A materialidade dos crimes em cotejo está evidenciada pela apreensão de 01 (uma) arma de fogo tipo pistola, marca Taurus, calibre. 380, com dez munições, 05 (cinco) carregadores, três deles com dez munições. 380 em cada, e de 83 (oitenta e três) munições do mesmo calibre, com eficiência positiva, conforme laudo de exame de arma de fogo juntado aos autos, além de 29 (vinte e nove) pedras de crack, cuja natureza entorpecente foi atestada pelo laudo de exame químico também acostado aos autos. A autoria imputada ao apelante encontra-se consubstanciada pelos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais que efetuaram sua prisão em flagrante, os quais, conforme jurisprudência pátria, possuem credibilidade probatória, devendo prevalecer sobre as negativas do réu, mormente diante das declarações prestadas pela corré em seara policial que imputavam a propriedade da arma de fogo e das drogas ao acusado Fabio. 2. A versão apresentada pelos réus de que a diligência ocorreu em local diverso de sua residência não deve prevalecer, sendo certo que as fotografias acostadas pela Defesa não mostram o local onde os objetos foram apreendidos (cozinha). 3. No que concerne ao recurso acusatório, merece provimento, porquanto, apesar das negativas da acusada Priscilla quanto à participação no crime de tráfico de drogas, ela era investigada e ficou nitidamente nervosa quando da abordagem policial, conforme narrado pelos agentes públicos, não se podendo admitir que, na condição de companheira e convivente do réu, não estivesse envolvida nas atividades ilícitas perpetradas em sua residência, na qual fora localizada balança de precisão e R\$ 4.900,00 (quatro mil e novecentos reais em espécie). Não bastasse isso, Priscilla recebeu uma ligação em viva voz de Fábio no momento dos fatos, quando este disse para ela ficar na atividade, pois os homens estavam no beco, tendo sido condenada por fato posterior ao apurado nestes autos no bojo do processo 0012922-42.2018.8.08.0035, pela prática de crime de tráfico de drogas. 4. Assim, a condição em que foram encontradas as drogas apreendidas, nas circunstâncias narradas pelos policiais, evidenciam a autoria do crime de tráfico de drogas imputada a ambos os acusados. 5. O fato de que os réus mantinham relacionamento amoroso há sete anos, praticando o tráfico de drogas de forma organizada, aliado às circunstâncias em que se deu a prisão, com apreensão de elevada quantia em espécie, cuja origem lícita não foi comprovada pela Defesa, de apetrechos para embalamento de drogas, de entorpecentes de alto potencial viciante, e de balança de precisão, são capazes de ensejar a certeza quanto à presença do animus associandi necessário à configuração do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06. 6. Recurso da Defesa conhecido e desprovido. Recurso da Acusação conhecido e provido. (TJES; APCr [REDACTED]-60.2015.8.08.0048; Relª Desª Elisabeth Lorges; Julg. 06/10/2021; DJES 08/11/2021).

No julgado acima, constata-se que o comportamento criminoso se originou na constância de um relacionamento amoroso. A mulher está no contexto do crime em associação criminosa que decorre de um relacionamento “conjugal” de sete anos. Não há informação de que a mulher controla a “boca de fumo” ou lidera a facção criminosa que fornece a droga. Sua ação no cenário criminoso está diretamente ligada ao seu relacionamento amoroso:

O fato de que os réus mantinham relacionamento amoroso há sete anos, praticando o tráfico de drogas de forma organizada, aliado às circunstâncias em que se deu a prisão, com apreensão de elevada quantia em espécie, cuja origem lícita não foi comprovada pela Defesa.

O próximo julgado se refere à descrição de envolvimento da ré em crime de homicídio.

HABEAS CORPUS. ART. 121, §2º, I, CP. EXCESSO DE PRAZO NÃO VERIFICADO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. ALVARÁ DE SOLTURA EXPEDIDO. REQUISITOS DO ART. 312, CPP. NÃO DEMONSTRADOS. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não há falar em excesso de prazo para a formação da culpa, na medida em que, segundo orientação pacificada nos Tribunais Superiores, tal análise deve ser feita à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser considerada as particularidades do caso concreto, a atuação das partes e a forma de condução do feito pelo Estado-juiz. 2. Conforme consignado no Parecer Ministerial, não teria decorrido mais de 10 (dez) anos, entre o marco interruptivo do recebimento da denúncia (27/11/1997) e da sentença de pronúncia (05/07/2006). Além disso, o feito ficou suspenso após a pronúncia para aguardar a captura da mesma, e a sua citação pessoal, razão pela qual, de igual forma, não há falar na ocorrência de prescrição. 3. A partir do teor da sentença de pronúncia, não está evidenciado, para o fim de manter a prisão preventiva da Paciente, o risco iminente aos valores descritos no artigo 312, do CPP, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da Lei Penal, mesmo que demonstrada a prova da existência do crime e o indício suficiente de autoria, na medida em que o perigo gerado pelo estado de liberdade da acusada, não mais persiste. 4. Isso porque, estamos diante de um fato delituoso ocorrido no ano de 1996, sendo a sentença de pronúncia datada de 05/07/2006. Ademais, ao que tudo indica, a participação da ora Paciente no crime de homicídio, apesar de odiosa, limitou-se em ser a intermediária da negociação entre a mandante do crime (██████████), esposa da vítima e o seu marido, ██████████, aquele que efetivamente efetuou os disparos de arma de fogo contra o ofendido, em um contexto de conversa de quintal, não havendo sequer qualquer comprovação de outros atos relativos ao crime de homicídio em comento, cabendo ressaltar que, aparentemente, João Luiz já possuía motivação suficiente para ceifar a vida da vítima i, ██████████ no se pode extrair do depoimento da esposa do ofendido. 4. Liminar ratificada. Ordem concedida com a manutenção das medidas cautelares fixadas em desfavor da Paciente. (TJES; HC 0023476-39.2021.8.08.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Eder Pontes da Silva; Julg. 23/02/2022; DJES 11/03/2022).

Verifica-se no julgado a contribuição da ré para o evento criminoso. Inobstante a gravidade do crime de homicídio, vê-se que a participação da ré foi destacada pelo relator:

[...] Ademais, ao que tudo indica, a participação da ora Paciente no crime de homicídio, apesar de odiosa, limitou-se em ser a intermediária da negociação entre a mandante do crime (██████████), esposa da vítima e o seu marido, ██████████, aquele que efetivamente efetuou os disparos de arma de fogo contra o ofendido, em um contexto de conversa de quintal, não havendo sequer qualquer comprovação de outros atos relativos ao crime de homicídio em comento, cabendo ressaltar que, aparentemente, João Luiz já possuía motivação suficiente para ceifar a vida da vítima i, c██████ se pode extrair do depoimento da esposa do ofendido.

A mulher entra no cenário do crime acima descrito como uma coadjuvante, toda ação criminosa é planejada e querida por um agente do sexo masculino. Fica evidente a sujeição da mulher diante da vontade do autor.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DESPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECOTE DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. NECESSIDADE. DECOTE DA QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Havendo duas versões plausíveis nos autos, deve ser mantida a pronúncia para submeter o feito a julgamento pelo Tribunal do Júri. Jurisprudência. 2. Caso em que a prova da materialidade delitiva e os indícios de autoria por parte do apelante encontram-se devidamente demonstradas. Assim, a versão apresentada pela acusação não é absurda e possui lastro suficiente nos autos. Deste modo, não cabe falar em qualquer outra decisão que não a pronúncia, pois, em consonância com as provas colhidas nos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, uma das versões apresentadas é a de que a recorrente teria agido com animus necandi. 3. Não há como tratar como torpe a conduta de uma mãe que agride seu ex-marido, logo após saber que ele teria supostamente abusado sexualmente de sua filha, e ainda deixado um dos filhos fazer o mesmo. É evidente que tal situação não justifica a prática de outro crime, mas também não pode ser qualificada como torpe, até porque poderia, eventualmente, ser discutida a caracterização de diminuição de pena (art. 121, §1º do CP). 4. Já quanto ao recurso de dificultou a defesa da vítima, entende-se por preservá-la, uma vez que a acusada escondeu a arma do crime (faca) dentro de uma mochila, tirando apenas ao avistar a vítima, que estava deitada na cama, de modo que há lastro mínimo à configuração da qualificadora em tela. 5. Recurso a que se dá parcial provimento. (TJES; RSE 0048603-15.2014.8.08.0035; Rel. Juiz Conv. Ezequiel Turibio; Julg. 06/12/2021; DJES 16/12/2021).

No julgado acima, verifica-se que a ação criminosa praticada teve por motivo determinante para sua ocorrência a autora saber que a vítima, seu ex-marido, havia abusado sexualmente de sua filha. Longe de querer justificar a prática criminosa, quanto mais ao se falar de homicídio, mesmo que na forma tentada – circunstância muito bem esclarecida pelo relator – mas o que levou a mulher, mãe, a iniciar uma agressão que poderia ser finalizada com a morte de um ser humano se distancia

bastante dos motivos egoísticos e de controle que, em geral, guiam a ação criminosa praticada pelo homem.

Guiada pelo sentimento de descontrole emocional em consequência do relacionamento extraconjugal do marido, o comportamento criminoso se origina de um sentimento de defesa do núcleo familiar.

APELAÇÕES CRIMINAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA. ARTIGO 121, §2º, I, III E IV, DO CÓDIGO PENAL. 1. Alegação da ré de provas manifestamente contrária às provas nos autos - não cabimento. 2. Dosimetria da pena - discricionariedade do magistrado - circunstâncias judiciais valoradas negativamente. 3. Aplicação de uma das qualificadoras para agravar a pena. 4. Responder em liberdade. Impossibilidade. 5. Recurso defensivo desprovidos e recurso ministerial provido. 1. Havendo elementos que dão suporte à versão ministerial dos fatos, cabe aos jurados definir se os mesmos são, ou não, suficientes para a condenação pelos crimes. O significado do advérbio de modo manifestamente é claramente, incontestavelmente, ou seja, para ser desconsiderada, a versão deverá estar totalmente divorciada da prova; do contrário, haveria afronta à garantia de soberania dos veredictos, expressamente prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da CRFB. Estando a versão acolhida pelo júri em consonância com as provas colacionadas nos autos, não há decisão manifestamente contrária a prova dos autos. 2. As circunstâncias judiciais amparadas em fundamentação idônea pelo magistrado a quo não necessitam de reparo em sede recursal, se aplicadas em consonância com os ditames legais. Neutralizada a circunstância judicial da personalidade. Exasperada a circunstância judicial da conduta social, diante da demonstração de comportamento recorrente da acusada em ameaçar e perseguir mulheres que se relacionavam com seu afeto extraconjugal. 3. Havendo mais de uma qualificadora no crime de homicídio, uma delas pode formar o tipo qualificado e as demais utilizadas para agravar a pena na segunda fase da dosimetria (desde que conste no rol do artigo 61, II, do CP) ou para elevar a pena-base. 4. Não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos que justificaram a segregação preventiva. 5. Recursos conhecidos e, no mérito, provido o apeloministerial e desprovido o recurso defensivo. (TJES; APCr 0019546- 50.2016.8.08.0012; Rel. Des. Willian Silva; Julg. 27/10/2021; DJES 08/11/2021).

O fato foi destacado pelo relator em seu voto: “Exasperada a circunstância judicial da conduta social, diante da demonstração de comportamento recorrente da acusada em ameaçar e perseguir mulheres que se relacionavam com seu afeto extraconjugal”.

A defesa de manutenção da prole é outro fator que incide fortemente na conduta criminosa da mulher, no próximo julgado.

HABEAS CORPUS HOMICÍDIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO. -REQUISITOS PREVENTIVA REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA. Consta nos autos verifico que a paciente teria supostamente mandado matar a vítima [REDACTED], em decorrência de uma disputa pela pensão do falecido [REDACTED], crime que somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade da acusada

A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal. Em consulta aos Sistemas E-JUD, INFOPEN e SEEU pude observar que a paciente ostenta uma condenação (Processo nº 0018866-59.2017.8.08.0035) pela prática do crime previsto no art. 1º, §3º da Lei nº 9455/97 (Lei de Tortura), tendo-lhe sido imposta uma reprimenda de 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 04 (quatro) dias de pena. Portanto, no presente caso, entendo que estão presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, ante a gravidade concreta da conduta praticada pelo paciente e devido a sua reiteração delitiva. Caso em que a prisão preventiva foi mantida pelo Tribunal para garantia da ordem pública em razão da periculosidade social do paciente, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva, uma vez que, segundo o Decreto prisional, o réu ostenta registros criminais anteriores. Precedentes. (AGRG no AGRG no HC 665.931/SP, Rel. Ministro REYNALDO Soares DA Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 01/06/2021). Ordem denegada. (TJES; HC 0004261-77.2021.8.08.0000; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Pedro Valls Feu Rosa; Julg. 07/07/2021; DJES 20/07/2021).

O motivo que supostamente levou a ré à ação criminosa fora destacado pelo relator em seu julgado: “[...] a paciente teria supostamente mandado matar a vítima [REDACTED], em decorrência de uma disputa pela pensão do falecido [...]”.

O próximo julgado trata-se de roubo majorado em decorrência do concurso de pessoas, um menor de 18 anos de idade, o que importa também na conduta criminosa de corrupção de menores prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 244-B).

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, §2º, INCISOS I E II, DO CP E ART. 244 - B DA LEI Nº 8.069/90, NA FORMA DO ART. 69 DO CP. 1. PRILIMINAR DE NULIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SÚMULA Nº 273 STJ. PRELIMINAR REJEITADA. 2. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ROUBO. ESTADO DE NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. 3. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. INCABÍVEL. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS COMPROVAM A AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO. 4. MODIFICAÇÃO PARA REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS BRANDO. PROVIMENTO. 5. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A intimação da data da audiência no juízo deprecado é desnecessária quando intimada a defesa da expedição da carta precatória, conforme Súmula nº 273 do STJ. 1.1 preliminar rejeitada 2. A excludente de ilicitude disposta no artigo 24 do CP não se configura no caso em apreço haja vista que, embora a douta defesa comprove a difícil situação econômica da apelante, o delito cometido pela acusada não se restringiu a um crime patrimonial, haja vista que o realizou por meio da violência e grave ameaça a vítima e em comunhão de desígnios com um menor de apenas 10 anos de idade. Além disso, os bens roubados pela acusada não são bens que supririam de imediato a fome de seus filhos, precisando ser revendidos para que a acusada conseguisse dinheiro e comprar alimentos para seus descendentes. 3. Diante dos depoimentos presentes nos autos, torna-se evidente a participação direta e ativa do menor no crime em apreço, impossibilitando a absolvição da acusada do delito disposto no artigo 244 - B do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Levando em consideração o disposto nos artigos 33, §2º, b e art. 33, §3º, ambos do CP, o regime inicial

de cumprimento de pena mais adequado para a apelante é o regime semiaberto, haja vista que a pena definitiva da ré restou fixada entre 04 (quatro) e 08 (oito) anos de reclusão e que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP foram valoradas majoritariamente como neutras. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJES; Apl 0009469-53.2014.8.08.0011; Segunda Câmara Criminal; Rel^a Des^a Subst. Fabricia Bernardi Gonçalves; Julg. 19/04/2017; DJES 28/04/2017).

No julgado acima, constata-se que o motivo determinante do crime foi a ausência de assistência social por parte do Estado. O comportamento criminoso, em crimes contra o patrimônio que têm a participação da mulher, em geral, busca atender a uma necessidade básica. O fato foi mencionado no voto que, inclusive, foi comprovado nos autos: “[...] embora a douta defesa comprove a difícil situação econômica da apelante [...]”.

O contexto social de ausência de direitos fundamentais contribui para o comportamento criminoso. Assim, o Estado, para fazer valer sua autoridade, usando uma conduta “utilitarista”, age com o extremo rigor para com aqueles que não cumprem os seus mandamentos, suas regras de convivência, mas deixa de cumprir com seus deveres de garantir e promover políticas públicas que alcancem de forma efetiva as camadas desfavorecidas da sociedade.

A mulher, a mãe, em uma conduta criminosa, junta-se a um menor de 18 anos de idade, no caso de 10 anos, e inicia a empreitada criminosa. Os contornos trágicos da realidade dos fatos ficam registrados no voto pelo relator: “Além disso, os bens roubados pela acusada não são bens que supririam de imediato a fome de seus filhos, precisando ser revendidos para que a acusada conseguisse dinheiro e comprar alimentos para seus descendentes”.

O fato de os produtos ainda terem que ser revendidos para atender à necessidade alimentícia dos filhos tornou-se circunstância que impediu uma análise absolutória.

O julgado revela como a ausência de políticas sociais afeta o equilíbrio social e pode ser determinante na questão da criminalidade. Como bem alerta Souza Neto (*apud* CRUZ, 2008, p. 156), “[...] os direitos fundamentais sociais são requisitos procedimentais da democracia, e, ainda,

[...] ao conceito de mínimo existencial, deve-se agregar outro, alicerçado no de condições sociais da democracia, estabelecendo-se, com isso, critérios um pouco mais alargados para se definir a esfera de sua justiciabilidade. O

conceito de mínimo existencial, tal qual formulado tradicionalmente, se restringe a propugnar pela possibilidade de concretização judicial dos direitos sociais que configurem condições materiais da autonomia privada.

Por conseguinte, o Direito, na condição de um sistema social, não cumpriria apenas a função de estabilização de expectativas de comportamento, tal como supunha Luhmann, mas seria um sistema especial capaz de interpretar as diferentes linguagens dos sistemas parciais (político, econômico, científico), de modo a redirecioná-los em favor de uma coesão social regulada em bases legítimas (CRUZ, 2008, p. 165).

Nesse sentido nos ensina Habermas (*apud* CRUZ, 2008, p. 165):

Mesmo admitindo o crescimento da complexidade das tarefas do Estado, é possível elaborar uma periodização aproximada, segundo a qual o Estado tem que especializar-se, em primeiro lugar, na tarefa clássica de manutenção da ordem; a seguir, na distribuição justa das compensações sociais; e, finalmente, na tarefa de dominar as situações de perigo coletivo. A domesticação de poder do estado absolutista, a superação da pobreza produzida pelo capitalismo e a prevenção contra os riscos gerados pela ciência e pela técnica fornecem os temas e os fins: segurança jurídica, bem estar social e prevenção. E as formas do Estado ideal – o Estado de direito, o Estado social e o Estado securitário, devem estruturar-se de acordo com esses objetivos.

No julgado abaixo, verificamos a participação da mulher na empreitada criminosa de crime de homicídio.

APELAÇÃO CRIMINAL - JÚRI - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - TESE QUE NÃO SE AMOLDA AS PROVAS DOS AUTOS - APENAMENTO PROPORCIONAL - APELO PROVIDO. 1) Pela análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP a fixação da pena-base 02 (dois) anos acima do mínimo legal para uma acusada sem antecedentes criminais, que nunca se envolveu em atividades criminosas e que fora de certa forma coagida para ter pequena participação no delito de homicídio feita pelo seu marido, é por demais severa, sendo razoável a sua diminuição. 2) Deve ser aplicada a atenuante prevista no art. 65, III, alínea c do Código Penal, relativa a coação moral resistível, eis que comprovado que a apelante fora ameaçada por seu marido para que telefonasse e marcasse encontro com a vítima, conforme exsurge da prova dos autos. 3) O grau de valoração de diminuição relativa a causa de diminuição da participação de menor importância deve levar em consideração as circunstâncias concretas do caso, sendo que a o patamar de aplicação deve levar em consideração o grau de participação da acusada e sua relevância no iter criminis percorrido. 4) Apelo conhecido e provido. (TJES; ACr 38100003557; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Adalto Dias Tristão; DJES 27/09/2011; Pág. 124).

Além da primariedade, o relator ainda registrou: “[...] e que fora de certa forma coagida para ter pequena participação no delito de homicídio pelo seu marido”. Observamos

que a mulher nesse contexto foi utilizada como instrumento para a prática do crime, ou seja, ela serviu para atrair a vítima até o local onde seria executado o crime.

A atenuante utilizada na dosimetria da pena foi a da coação moral resistível, a qual tem o condão de reduzir a pena em concreto, mas não deixa de aplicá-la. Mas a questão que se levanta é: seria a coação de um marido violento, tanto que praticou o crime, resistível?

As circunstâncias históricas em que a mulher foi colocada na sociedade, de extrema sujeição e subordinação ao homem, certamente tiveram influência no comportamento criminoso da ré. Principalmente quando dessa relação existem dependência econômica e filhos. O contexto da vida real não foi sequer mencionado, a fim de ser avaliado.

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DEFENSIVO. DECISÃO CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONSELHO DE SENTENÇA QUE ESCOLHEU UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS NOS AUTOS. FARTA PROVA TESTEMUNHAL A APONTAR OS RÉUS COMO AUTORES DO CRIME. QUALIFICADORAS COMPROVADAS. APENAMENTO PROPORCIONAL E DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS. APELO IMPROVIDO. 1. Verifica-se que a decisão dos jurados encontra diversos elementos de apoio nos autos para formação da convicção condenatória, tendo os jurados optado por uma das versões trazidas no bojo do processo. Os depoimentos das testemunhas arroladas atribuem indubitavelmente a autoria do crime ao apelante, que cometeu o bruto delito por motivo torpe e por recurso que dificultou a defesa da vítima. Os depoimentos colacionados nos autos confirmam a autoria do delito. Como é cediço, o sistema de apreciação de provas adotado pela legislação processual nos julgamentos do Tribunal do Júri é o da íntima convicção, casos em que se verifica a discricionariedade por parte do julgador no que toca à indagação da verdade e à apreciação de provas, o que significa dizer que a decisão dos jurados se funda na certeza moral do Júri, que decide desprendido de qualquer critério de julgamento. Quanto ao afastamento das qualificadoras, as provas comprovam que os Apelantes assassinaram a vítima por motivo torpe, sentimento de vingança, pelo fato de a vítima ter contribuído para o relacionamento amoroso entre Wellington Silva de Almeida e a ex-mulher do mandante do crime, [REDACTED] (vulgo André Pica-Pau), tendo aquela, inclusive, permitido encontros do casal em sua residência. Logo, a Apelante [REDACTED], ao atuar como coautora na preparação e execução do delito, compartilhou do mesmo sentimento vil e repulsivo do mandante do crime, sendo evidente a torpeza de sua conduta. 2. A pena abstratamente cominada para o crime de homicídio qualificado é de 12 a 30 anos, sendo que o magistrado sentenciante aplicou como penas-bases aos apelantes no patamar de 18 (dezoito) anos de reclusão e 15 (quinze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, ambas em regime inicialmente fechado. A majoração das penas-base, portanto, foi proporcional aos dados concretos do processo e à gravidade do crime, evidenciando-se adequada e necessária às finalidades da sanção sem ultrapassar os limites impostos pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. APELOS IMPROVIDOS. (TJES; Apl

0006687-59.2014.8.08.0048; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Adalto Dias Tristão; Julg. 06/06/2018; DJES 12/06/2018).

O julgado acima se refere à prática de crime doloso contra a vida, homicídio. Logo de início, ganham destaque os elementos de apoio nos autos para a formação da convicção condenatória, como bem referenciou o relator:

[...] julgamentos do Tribunal do Júri é o da íntima convicção, casos em que se verifica a discricionariedade por parte do julgador no que toca à indagação da verdade e à apreciação de provas, o que significa dizer que a decisão dos jurados se funda na certeza moral do Júri, que decide desprendido de qualquer critério de julgamento.

Esse certamente é um dos aspectos em que, no contexto atual de abundância de *fake news* via rede sociais, a manifestação da vontade fica extremamente comprometida, diante de uma postura de observação focada apenas no fato criminoso e não no contexto social. Há um clima permanente de vingança, a partir do qual a condenação criminal, o rigor da pena privativa de liberdade, o discurso do encarceramento em massa ganham forças.

Em julgamentos em que o juiz, no caso dos crimes dolosos contra a vida (tentado/consumado), serão os jurados, gente do povo e que representa a manifestação da vontade da maioria da população, a possibilidade dessa vontade estar contaminada é bastante grande. Nessa realidade em que o ato normativo nos impõe a aplicação valorando esse posicionamento, a pergunta que não se cala é a seguinte: Existe a livre, a íntima convicção?

No fato criminoso descrito no julgado, a contribuição da mulher foi acessória, ou seja, ela aderiu à vontade do autor do homicídio. A iniciativa da prática criminosa não é da mulher, e sim do homem. Vejamos:

[...] tendo aquela, inclusive, permitido encontros do casal em sua residência. Logo, a Apelante [REDACTED], ao atuar como coautora na preparação e execução do delito, compartilhou do mesmo sentimento vil e repulsivo do mandante do crime, sendo evidente a torpeza de sua conduta.

A maneira de contribuir na prática criminosa foi o retrato da condição da mulher na sociedade. Na aplicação da pena, essa condição sequer é levada em conta:

A pena abstratamente cominada para o crime de homicídio qualificado é de 12 a 30 anos, sendo que o magistrado sentenciante aplicou como penas-bases aos apelantes no patamar de 18 (dezoito) anos de reclusão e 15

(quinze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, ambas em regime inicialmente fechado.

O apego extremo ao positivismo jurídico, permeado pelo sentimento deturpado de vingança da sociedade, certamente contribuiu para o desfecho acima. O legislativo deve estar atento a esse cenário, o julgador ainda mais, principalmente quando inexiste no texto legislativo qualquer referência que conduza a observação quanto à condição peculiar da mulher quando esta é mãe, em face das consequências que vêm sendo expostas na presente pesquisa.

O próximo julgado reflete o mesmo lado trágico da mulher na sociedade. No caso, trata-se de um ato infracional, haja vista a autora ser uma adolescente.

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ABORDAGEM PROBATÓRIA. CONFUSÃO COM O MÉRITO. NÃO CONHECIDA. ATO INFRACIONAL ANALOGO AO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRÁTICA SOB INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL. AUSÊNCIA DE PROVAS DO ABALO PSICOLÓGICO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Preliminar de cerceamento de defesa por se tratar de matéria relacionada com a prova produzida na instrução, que se confunde com as questões de fundo suscitadas pela defesa, deverá a presente ser apreciada conjuntamente com o mérito. Preliminar não conhecida Mérito 1. Tratando-se de um ato premeditado, pois ao dar à luz a uma criança não esperada, aproveitou-se da ausência dos pais na residência, aliado ao temor da reação dos mesmos com a notícia da gravidez, acabou praticando ato infracional análogo ao crime de homicídio doloso e ocultação do cadáver da recém-nascida, a fim de que ninguém viesse a descobrir, ato praticado em plena sanidade mental. 2. Conforme o artigo 122, inciso I, do ECRID, é cabível medida de internação quando praticado ato infracional mediante grave ameaça ou violência a pessoa. 3. Recurso conhecido e improvido. (TJES; APL 0004243-58.2015.8.08.0035; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Subst. Rogerio Rodrigues de Almeida; Julg. 24/02/2016; DJES 04/03/2016).

A conduta da adolescente de se livrar do filho indesejado foi matá-lo e esconder o corpo. Nesses momentos é que nos perguntamos: o que levou essa menina a ter um comportamento tão violento? O desejo de não receber nenhum comentário quanto à sua condição atual e de não sofrer nenhuma punição por parte dos pais, o medo foram fatores que contribuíram para essa prática.

O fato é ressaltado pelo relator:

Tratando-se de um ato premeditado, pois ao dar a luz a uma criança não esperada, aproveitou-se da ausência dos pais na residência, aliado ao temor da reação dos mesmos com a notícia da gravidez, acabou praticando ato infracional análogo ao crime de homicídio doloso e ocultação do cadáver da

recém-nascida, a fim de que ninguém viesse a descobrir, ato praticado em plena sanidade mental.

A saúde mental abriga vários aspectos e, certamente, essa adolescente, ainda uma criança, atravessava um período de grave perturbação mental, pois o fato poderia trazer consequências, inclusive criminais, ao pai do bebê. Como resultado disso, essa jovem será afastada, excluída do convívio social, internada em uma unidade socioeducativa, distante de seu núcleo familiar.

No julgado a seguir, veremos, mais uma vez, a condição de subordinação da mulher na atividade criminosa, agora no crime de tráfico de drogas.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RÉU DENUNCIADO JUNTAMENTE A OUTRAS 3 MULHERES. NÃO COMPROVAÇÃO DO DOLO DE DUAS DENUNCIADAS EM ATOS DE TRAFICÂNCIA. COMPANHEIROS NÃO DENUNCIADOS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 349 DO CP. RÉ QUE LANÇOU DROGAS EM TERRENO BALDIO A PEDIDO DO MARIDO. CONDUTA DESCLASSIFICADA PARA FAVORECIMENTO REAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. CONCEDIDA APENAS PARA UMA DAS RÉS. NÃO CONCEDIDO AO APELANTE [REDACTED]. RECURSO DOS APELANTES [REDACTED], [REDACTED] E [REDACTED] PARCIALMENTE PROVIDOS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. 1. Diante da apreensão de 500g (quinhentos gramas) de crack no interior de da bolsa da apelante [REDACTED], inviável falar-se em absolvição por ausência de autoria delitiva. A versão de que a bolsa não lhe pertencia é inviável, já que no interior da bolsa encontrava-se um celular que disse ser de sua propriedade, conforme é possível colher nas informações prestadas pelos Policiais Militares que participaram das diligências. 2. Em relação à apelante [REDACTED] e apelada [REDACTED] não há elementos para aferir o dolo das rés em realizar um dos verbos insertos no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Isso porque não é possível saber se as drogas estavam em suas residências por determinação de seus respectivos companheiros e em que consistiria a participação de cada uma no tráfico. Afinal, o fato de serem casadas com uma pessoa que realiza tráfico de drogas, não permite o silogismo de que sejam igualmente traficantes. É preciso diferenciar atos de convivência com atos de coautoria. 3. A conduta da apelante que, desde o momento em que foi presa, informou aos policiais militares que a droga pertencia ao seu marido e que este havia lhe pedido para jogá-la em um terreno baldio está tipificada no art. 349 do Código Penal. Desclassificação da imputação por tráfico de drogas para o crime de favorecimento real. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se inclinando no sentido de não permitir o afastamento do tráfico privilegiado tão somente em razão da quantidade de drogas, mas o caso em análise é dotado de peculiaridades. Foram apreendidas aproximadamente 32 kg de substâncias entorpecentes, divididas em duas residências diferentes e, embora não tenha sido demonstrada a associação na presente hipótese, em razão de não terem sido denunciados outros comparsas, o apelante já possuía locais certos para esconder a droga, demonstrando profissionalismo na conduta, razão pela qual não faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado. 5. Recursos dos apelantes [REDACTED] parcialmente providos e Recurso [REDACTED] improvido. (TJES; APCr 0003411-94.2015.8.08.0012;

Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 19/08/2020; DJES 07/10/2020).

A questão histórica de sujeição da mulher na prática criminosa, principalmente com relação ao tráfico de drogas, é fato. Em seus argumentos, a apelante ressaltou que a droga era do marido, um conhecido traficante de drogas na região:

A conduta da apelante que, desde o momento em que foi presa, informou aos policiais militares que a droga pertencia ao seu marido e que este havia lhe pedido para jogá-la em um terreno baldio está tipificada no art. 349 do Código Penal.

A convivência dessa mulher com o marido traficante é realidade. Em comunidades de vulnerabilidade social, controladas por facções criminosas, a união de casais com os integrantes do grupo criminoso não é uma opção, é uma questão de sobrevivência.

O relator levou em consideração, em parte, a realidade do contexto:

A conduta da apelante que, desde o momento em que foi presa, informou aos policiais militares que a droga pertencia ao seu marido e que este havia lhe pedido para jogá-la em um terreno baldio está tipificada no art. 349 do Código Penal. Desclassificação da imputação por tráfico de drogas para o crime de favorecimento real.

Porém, como visto, não foi suficiente para que a mulher ré deixasse de receber uma condenação criminal por outro tipo penal, menos grave, mas estará rotulada como criminosa. A ausência de políticas públicas em comunidades de vulnerabilidade social produz realidades opostas ao sentimento de “defesa social” que o legislador intencionou realizar na produção do texto de lei.

A ausência estatal que se faz presente nesses locais, através da repressão policial, pune duplamente integrantes dessas comunidades. Primeiro, a falta de acesso aos serviços básicos de saúde e educação, em seguida, a direitos e garantias fundamentais acabam por produzir pessoas de uma “classe inferior”, as quais passam a ver na atividade criminosa uma opção de sobrevivência.

O fato acima, vem a se repetir no julgado transcrito abaixo.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06. PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Caso em que não se vislumbra demonstração concreta da periculosidade, a ponto de tornar imprescindível a prisão preventiva da paciente, até porque a apreensão foi em quantidade relativamente diminuta comparado ao que se constata em tráfico de grandes proporções, e, além disso, ao que tudo indica,

a paciente guardava tais entorpecentes para seu namorado, com quem morava há uma semana, não se oferecendo qualquer contexto especial que represente a suposta periculosidade em concreto da ora paciente. 2. Trata-se de pessoa menor de 21 (vinte e um) anos de idade e não foi encontrado nenhum registro criminal em seu desfavor, condições subjetivas que, embora não sejam determinantes à revogação da medida, devem ser consideradas em conjunto com as circunstâncias fáticas apresentadas (STJ, HC 375.904/SP). 3. A situação fático-processual da paciente distingue-se relevantemente da ocupada pelo coautor, que assumiu ser traficante, possui registros criminais pretéritos e ainda possuía uma réplica de pistola em sua residência. 4. Habeas Corpus parcialmente concedido. Imposição de medidas cautelares. (TJES; HC 0027719-26.2021.8.08.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Helimar Pinto; Julg. 23/02/2022; DJES11/03/2022).

O contexto fático comprova como a relação de sujeição é presente na relação homem x mulher, quando nos referimos ao crime de tráfico de drogas, conforme o destaque:

[...] além disso, ao que tudo indica, a paciente guardava tais entorpecentes para seu namorado, com quem morava há uma semana, não se oferecendo qualquer contexto especial que represente a suposta periculosidade em concreto da ora paciente. Trata-se de pessoa menor de 21 (vinte e um) anos de idade e não foi encontrado nenhum registro criminal em seu desfavor, condições subjetivas que, embora não sejam determinantes à revogação da medida, devem ser consideradas em conjunto com as circunstâncias fáticas apresentadas.

Outro traço marcante que o julgado registra é a pouca idade da apelante, uma jovem de 21 anos, a qual inicia uma idade adulta já marcada, rotulada por uma prática criminosa.

O ambiente de conflito e as dificuldades nas relações interpessoais no interior de uma unidade prisional ficam bem nítidas no julgado a seguir.

RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. PEDIDO DE IMPRONÚNCIA OU ANULAÇÃO DA PRONÚNCIA POR FALTA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORAS. LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. RECURSO IMPROVIDO. 1) A pronúncia é decisão que põe termo a primeira fase do procedimento do Júri, julgando tão somente admissível a acusação, sem contudo analisar o mérito, mesmo porque, este cabe ao juiz natural da causa que é o Conselho de Sentença (júri popular) por força de norma constitucional. 2) Havendo nos autos confirmação da materialidade e indícios suficientes de autoria, deverá ser pronunciado o réu, em conformidade com o art. 413 do CPP, pois caberá ao Tribunal Popular do Júri - juiz natural da causa -, proferir um juízo concreto, acerca dos autos. Não merece prosperar a alegação da Defesa de que não há na decisão de pronúncia a fundamentação para justificar os motivos que levaram à pronúncia da acusada. Tal alegação, não merece acolhimento, eis que a decisão está devidamente motivada e fundamentada. 3) Quanto aos indícios de autoria, há provas suficientes que comprovam que a recorrente participou do bárbaro crime, a despeito de ter negado em sede de interrogatório, sua participação. (fls. 756/759). Contudo, diversas testemunhas ouvidas na fase instrutória do

processo incitam sua participação no delito e revelam elementos de convicção suficientes. 4) O mesmo pode se afirmar acerca das qualificadoras. É que existe segmento de prova de que o crime de homicídio foi praticado por motivo torpe, eis que fundado na vingança em face do suposto comportamento inadequado da vítima, no interior da cela em que cumpria a sua pena com a ora recorrente, e as demais denunciadas. Outrossim, restaram demonstrados os indícios de que o crime foi praticado através de meio cruel, eis que a vítima foi agredida até a morte, através da utilização de diversos objetos, dentre eles um vaso sanitário, bem como, por meio de socos e pontapés, o que demonstra que a mesma sofreu intenso e desnecessário sofrimento físico. Assim, no que concerne às qualificadoras, oportuno ressaltar que, em respeito ao princípio do juiz natural, somente poderiam ser excluídas quando manifestamente improcedentes e descabidas, o que não se afigura no caso vertente. 5) RECURSO IMPROVIDO. (TJES; RSE 0023564-56.2012.8.08.0012; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Adalto Dias Tristão; Julg. 05/07/2017; DJES 12/07/2017).

A tensão é uma constante no cárcere, ao comentar sobre o contexto das relações entre as presas e destas com a administração da unidade prisional. Trata-se de uma realidade complexa e impõe à mulher uma série de estratégias de sobrevivência. Um comportamento violento, decorrente do sentimento de posse de uma mulher para com outra pode ocorrer em um breve espaço de tempo.

É que existe segmento de prova de que o crime de homicídio foi praticado por motivo torpe, eis que fundado na vingança em face do suposto comportamento inadequado da vítima, no interior da cela em que cumpria a sua pena com a ora recorrente, e as demais denunciadas. Outrossim, restaram demonstrados os indícios de que o crime foi praticado através de meio cruel, eis que a vítima foi agredida até a morte, através da utilização de diversos objetos, dentre eles um vaso sanitário, bem como, por meio de socos e pontapés, o que demonstra que a mesma sofreu intenso e desnecessário sofrimento físico.

O quadro acima transcrito do voto do relator revela como o tratamento penal dispensado à mulher encarcerada é carente de projetos que sejam voltados para o eixo humano e social.

O conjunto de julgados apresentados demonstra como é importante o papel do judiciário no Estado Democrático de Direito em proporcionar as condições adequadas para a implantação de política criminal que possa ser efetiva para a redução da criminalidade.

Uma decisão que traga à baila relações concretas de convivência social, efetivando a interpretação dos textos normativos dentro de uma compreensão da existência de direitos fundamentais e de um ordenamento principiológico, os quais devem parametrizar as ações para solução dos conflitos.

Segundo Dworkin (2005, p. 101),

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral – que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

Nesse contexto, Dworkin se distancia de uma concepção contratualista de democracia e diferencia dois tipos de ação coletiva: a estática e a comunal.

Assim, quando se diz que a democracia é o governo do povo pelo povo, supõe-se que os indivíduos atuem coletivamente, de maneira estatística ou comunal. É com base nessa noção coletiva comunal ou associativa que Dworkin constrói seu conceito de democracia constitucional. Neste diapasão registra que “Uma comunidade política não pode considerar alguém como membro moral a não ser que conceda a essa pessoa uma parte na decisão coletiva, uma participação e independência dessa decisão coletiva” (DWORKIN, 2005, p. 24).

Portanto, as decisões judiciais devem estar contextualizadas com o mundo, com a sociedade, o momento histórico e sua repercussão no equilíbrio social, pois elas serão construídas de forma que o Direito não seja apenas um sistema de regras convencionais, de caráter meramente instrumental. Trata-se de entender que a força do Direito nasce porque ele está destinado a assegurar a igual consideração de todos os indivíduos na comunidade política (DWORKIN, 2003, p. 120).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

ANA PAULA GALDINO DE DEUS
2024-10-17 16:42:28

Termo CONSIDERAÇÕES FINAIS
Alinhar à esquerda.

Uma das contribuições desta dissertação é, também, propor uma reflexão quanto às políticas públicas brasileiras, em face da necessidade de assumirem um compromisso social mais ativo e eficaz para a redução da desigualdade, da vulnerabilidade individual e coletiva, frente à criminalidade, frente à punibilidade, à exclusão, à institucionalização e ao encarceramento em massa, como resposta a um modelo de defesa social ultrapassado, extremamente utilitarista.

Um dos fatores que chamaram a atenção com relação a esse traço de comportamento social da mulher foi o estudo realizado pelo Ipea, o qual traçou um perfil do criminoso reincidente, e que foi o problema apresentado na presente pesquisa: Quais motivos influenciam no baixo índice de crimes praticados por mulheres? Tais motivos podem ser aplicados de maneira geral na sociedade, de forma a compor uma estratégia de enfrentamento à criminalidade?

A partir do estudo realizado entre grupos de homens e mulheres, constatou-se que os homens reincidem muito mais que as mulheres. Enquanto elas representam apenas 6,2% da população carcerária, entre os reincidentes formavam apenas 1,5%. Além da abordagem quantitativa, a pesquisa se dedicou a um longo trabalho de campo, um profundo trabalho qualitativo que, mais do que explicar os motivos da reincidência, propôs-se a fazer uma análise do tratamento penal aplicado no sistema prisional feminino, a partir de informações coletadas em programas de pesquisas do Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional (Depen).

Constatou-se que as razões que mais se destacaram para envolvimento da mulher em atividade criminalizada decorrem das diversas vulnerabilidades que historicamente lhes foram incutidas, tais como: baixa escolaridade, falta de acesso a atividades profissionais que permitam aferir renda, dupla jornada de trabalho, responsabilidade precípua pela sustentação de filhos e família.

Os dados produzidos na presente pesquisa revelam que, em relação às mulheres encarceradas, a instituição prisional é ineficaz para cumprir sua atribuição. O modelo de instituições totais impossibilita um tratamento penal adequado. A pena privativa de

liberdade nos moldes atuais, no que se refere à mulher, funciona como um fator provocador do comportamento criminoso.

A mulher, mãe, afastada do seu convívio familiar, acaba por gerar uma enorme fragilidade na instituição família. Os laços entre filhos e pais se rompem, o marido (pai) deixa de realizar a visita à mulher (esposa) presa e, em geral, procura uma outra companheira e passa a conviver com ela, criando um novo núcleo familiar.

A pesquisa demonstrou que muito dessa situação decorre de uma “estratégia” de sobrevivência que a mulher passa a adotar diante da sua nova condição de encarcerada e das dificultosas e promíscuas relações interpessoais dentro de uma unidade prisional.

O cenário produz o que tratamos como “órfãos do cárcere” – filhos que perdem a sua referência com a prisão da mãe. Constatamos que, por mais que o pai seja uma pessoa presente, a mãe é o principal referencial de apoio, de segurança e orientação. Diante dessa situação, o que se vê são filhos passando a morar com outros familiares mais distantes, com os quais não possui vínculos fortes de referência.

Outra alternativa seria se aproximar do novo núcleo familiar inaugurado da união do pai com uma nova mulher. Porém, essas agregações têm se mostrado frágeis quanto à criação de vínculo de amor e compreensão, tão necessários à criança, ao adolescente e ao jovem, para que haja uma compreensão adequada de convivência, de respeito ao outro. Fatores essenciais ao bom equilíbrio social.

As facções criminosas, instaladas principalmente em regiões de vulnerabilidade social, aproveitam o cenário para fazerem suas ofertas de “companheirismo”, de “compreensão”. Passam para as crianças, os adolescentes e jovens órfãos do cárcere valores construídos pelo grupo criminoso. Replicam e amplificam todo o conceito do consumo instituído pelo capitalismo exacerbado, com um consumo bem além do necessário e com grande exposição de situações fantasiosas de felicidade.

Apurou-se que o Ministério da Justiça e Segurança Pública vem desenvolvendo projetos, através do Depen, que auxiliam o tratamento penal, principalmente o Projeto (Re)Integra. Porém, também vislumbramos que as diretrizes do projeto, assim como

a grande maioria dos demais aplicados ao tratamento penal pelos estados brasileiros, estão voltados para a cadeia de produção, ou seja, capacitação profissional da presa.

Há uma carência quase que total de projetos que fomentem a importância de preservação dos laços familiares. Necessidade de uma nova modalidade de punição à mulher, haja vista que a pena privativa de liberdade só vem a servir para atender ao sentimento de vingança da sociedade. Nos moldes atuais, não vem cumprindo sua finalidade de ressocialização, muito pelo contrário, contribui de forma efetiva para uma rotulagem do egresso.

O encarceramento constitui uma experiência violenta para toda a família, sendo fundamental que estratégias sejam adotadas no sentido de amenizar a ausência da pessoa que era a principal responsável pelo cuidado das crianças.

Outro fator decorrente da condenação criminal e do consequente encarceramento é a rotulagem de criminosa. O estigma da passagem pelo sistema criminal se revela mais um obstáculo para que o egresso do sistema prisional encontre reais oportunidades para se inserir de forma honesta no convívio social. As portas de boas possibilidades se fecham, afinal, quem quer se aproximar do condenado, daquele que outrora era referenciado como o “terrível traficante”, ou de um homicida?

A situação gera um ciclo vicioso que desconstrói o discurso de “defesa social” quanto ao encarceramento em massa, produzido pelas autoridades encarregadas das políticas públicas de segurança pública. Tal como ocorreu na política manicomial aplicada aos doentes mentais. Eles eram segregados em espaços distantes, isolados do contato com a família e do convívio social, e os resultados colhidos foram catastróficos. Assim também são os efeitos que o isolamento do encarcerado vem produzindo no que se refere à criminalidade.

Já passou da hora de se compreender o crime como um fenômeno social, e não individual, como se entendia na vigência da criminologia clássica. Hoje, estamos vivendo em uma sociedade plural, em que os direitos e garantias constitucionais devem ser aplicados e respeitados. A criminologia se tornou crítica com novos paradigmas, os quais são rejeitados pelo Estado na construção de suas políticas públicas.

Delegar exclusivamente às instituições prisionais a tarefa de reeducar, ressocializar, reintegrar é a utilização de uma estratégia de intervenção minimizada e atenuada de combate à criminalidade que, como visto na pesquisa, está historicamente fadada ao insucesso.

Os projetos desenvolvidos pelo sistema de justiça criminal voltados à recuperação da mulher encarcerada são desprovidos de responsabilidade administrativa por sua realização, orçamento precário, ausência de recursos pedagógicos adequados à valorização do sujeito.

Ao se proporem políticas públicas integradas para a construção da cidadania, para garantir direitos fundamentais, tais como educação, trabalho, segurança, democracia e bem-estar social, deve-se ter especial atenção ao cuidado individual diante do contexto social que se enfrentará ao sair do sistema prisional, diante de uma realidade de vulnerabilidade social e da cidadania incompleta.

Deve haver ações conjuntas para que a sociedade e, principalmente, a comunidade para onde retornará o egresso ao convívio social estejam empenhadas no mesmo sentimento. Para tanto, a comunidade deve receber os cuidados e atenção de políticas públicas que garantam o pleno exercício da cidadania.

Elevados investimentos exclusivamente em ações repressivas em segurança pública, como na compra de equipamentos ou construção de unidades prisionais, têm se mostrado ineficazes para uma política honesta e justa de Defesa Social. Essa postura só tende a aumentar o descrédito da instituição policial que, em decorrência do clima de beligerância que se forma como consequência das constantes ações violentas a que a comunidade é submetida, cada vez mais se afasta de seu propósito de cuidado, para atuar no enfrentamento e embates em locais de vulnerabilidade social.

A cidadania só dá seus frutos caso algo realmente significativo individual e coletivamente aconteça e à medida que as condições que se vinculam às garantias dos direitos e a dignidade humana forem aplicadas plenamente e de forma honesta. Com essa estratégia sim, é possível a ruptura cultural de vingança, do vigiar e punir, paradigmas que norteiam o atual modelo de defesa social, que diante de tais distorções acaba se tornando fonte formal do comportamento criminoso.

Conforme extraímos dos estudos em criminologia realizados na presente pesquisa, inobstante se ter a compreensão da existência de diferenças de ordem biológica entre sexos, o lugar que a mulher ocupa no mundo foi construído através de uma racionalidade que supervalorizou as diferenças físicas e minimizou as igualdades, de forma a levar a mulher a uma condição social de submissão e exclusão.

Os processos psicológicos que marcam a construção social do lugar de mãe são respostas a condicionamentos e expectativas sociais. São, portanto, resultados de um envolver-se da história.

As mães presas continuam a ser mães, independente da condição de encarceramento. No entanto, o exercício da maternidade e, particularmente, a manifestação do “amor materno” torna-se prejudicado, uma vez que essas mulheres estão submetidas a uma série de dispositivos jurídico-penais que limitam seu contato com o mundo exterior.

Das hipóteses avaliadas na pesquisa, a que se confirmou foi a primeira, ou seja, que o modelo de educação aplicado à mulher representa fator determinante na produção de subjetividades que aumentam a sua percepção do outro e das consequências pela prática de um ato delitivo. Porém, parte dos argumentos da segunda hipótese também se confirmaram, pois o modelo de educação aplicado à mulher foi moldado na concepção de Aristóteles e de Platão, que tem o homem por pilar de sobrevivência e no patriarcado.

Esse formato de inserção da mulher na sociedade moldou o seu comportamento no convívio social, colocando-a em posição hierárquica abaixo, de modo a ser formado sentimento de inferioridade, tornando-a um ser invisível socialmente, tolhido de suas iniciativas como protagonista, restando-lhe, na maioria das vezes, um papel coadjuvante frente ao protagonismo masculino.

Os dados quantitativos e qualitativos ao longo da pesquisa comprovaram que a mulher tem maior percepção do outro que homem e o encarceramento dela afeta grandemente o equilíbrio social. Todo esse conjunto de informações nos fornece as condições de reposta ao problema formulado.

As informações colhidas na pesquisa revelam que, apesar de todo histórico de barreiras, de submissão, de invisibilidade que foi imposto à mulher, ela preservou sua essência. Essa insubstituível qualidade se vislumbra naquilo que chamei de “olhar de mulher” de “olhar de mãe”. Um olhar capaz de transmitir comprometimento, acolhimento, aspectos vitais no equilíbrio social e que, pela mulher não ocupar postos-chave responsáveis por política públicas, infelizmente não compõem as ações do poder público que deveriam trazer uma boa convivência social.

Em relação aos delitos, ganha expressão o envolvimento das mulheres com crimes de entorpecentes, pois é no tráfico de drogas que elas reproduzem posições de menos valia. Em geral, o seu envolvimento está relacionado ao poder masculino na hierarquia dessa atividade criminosa.

A experiência de ser mãe da mulher encarcerada, nos moldes atuais, é apenas uma experiência possível, fortemente limitada, e muitas mães encarceradas apenas geram um sentimento de culpa e vergonha. A inexistência de projetos que possam minimizar esses efeitos é notória, até mesmo a realização de visitas no ambiente prisional é bastante limitada, pois se prioriza a segurança da unidade prisional ao tratamento penal adequado.

A pena privativa de liberdade executada no modelo imposto pela Lei de Execução Penal e aplicada pelo sistema de justiça faz com que as unidades prisionais cumpram apenas o papel de dispositivos sociais de exclusão, idealizados e construídos a partir de uma lógica androcêntrica de submissão da mulher.

Torna-se, assim, injusto reprovar com a mesma intensidade e condições indivíduos que ocupam papéis sociais diferentes no contexto social, principalmente diante das vulnerabilidade de direitos fundamentais a que foi submetida historicamente a mulher, o que causa uma afronta direta ao princípio da igualdade.

Ganhou destaque atualmente a condição de invisibilidade das mulheres condenadas à pena de prisão. Um dos fatores atribuídos a essa condição é a inexpressiva criminalidade feminina, quando comparada à masculina, o que priorizou o sistema carcerário masculino. A mulher criminosa é duplamente discriminada, por ser mulher e por ter rompido com o modelo inferiorizado que a sociedade impõe.

As mães encarceradas que vêm seus filhos no caminho do crime são tidas como irresponsáveis, abandonadoras, quando, na verdade, o sistema de justiça criminal lhes impõe uma enorme barreira para construir uma relação amorosa que poderia afastá-los da criminalidade. Acabam, assim, sendo tratadas como desprovidas de qualidades maternas.

Desse modo, não se pode ter um equilíbrio social capaz de produzir justiça, redução de criminalidade, defesa social, se a sociedade os mantém como indivíduos separados uns dos outros, sem os direitos e garantias aplicados de forma igualitária para que se proporcione uma vida digna a todos.

Os direitos sociais devem ser priorizados e viabilizados através do sistema de justiça criminal, de modo que vivamos sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Sendo assim, o Direito com todo seu arcabouço de princípios e normas deve ser aplicado, ou seja, o Direito em sua integridade.

Verificou-se que as decisões judiciais, principalmente as decorrentes de ação criminal, em que as camadas mais vulneráveis da sociedade são autores de crimes, ainda estão fortemente ligadas a um extremismo positivista, desconectado da real situação que envolve a distribuição de renda e os acessos aos serviços essenciais de saúde, educação. Circunstâncias que são fomentadoras do comportamento criminoso.

A aplicação dessa qualidade de ver o outro com respeito e com sentimento de acolhimento, identificado na pesquisa como um traço marcante da personalidade da mulher, só poderá ser efetivada por aquilo que a obra de Dworkin, em seu livro “Sobre Raposas e Ouriços”, sintetiza: na sociedade tudo gira em torno de uma proposta não arquimediana, que conjuga teorias da interpretação ética, moral, direitos e política, acerca da unidade e da integralidade dos valores.

Conforme preleciona Dworkin, devemos nos esforçar para compreender os valores de modo coerente (sem conflitos), extraíndo o melhor deles. Cada um de nós tem o dever de fazer de nossa própria vida a mais valiosa, a partir de nós mesmos. Assim, devemos tratar os outros de modo igualmente valioso. Todos têm direito a uma vida eticamente independente, com oportunidade de escolher.

É importante destacar que, conforme dados colhidos pelo Infopen/2014, o tráfico de drogas é o principal crime que tem levado a mulher à prisão, assim, qualquer política de desencarceramento que pretenda se mostrar efetiva para mulheres deve abranger as que são mantidas presas pelo tráfico. Dessa forma, são inefetivas políticas que poderiam ser desencarceradoras, como o indulto por meio de decreto presidencial publicado anualmente, pois excluem de sua aplicação as pessoas que estão presas por crimes hediondos e, conseqüentemente, pelo tráfico de drogas.

As instituições sociais devem se orientar pelo respeito ao princípio da dignidade humana. As decisões judiciais devem estar fundamentadas na melhor interpretação das práticas existentes, de forma que se possa limitar o poder coercitivo do Estado. Nesse diapasão, não há que se falar em resistência ao se aplicar a decisão proferida no HC 118.533 pelo Supremo Tribunal Federal, ao tráfico privilegiado, aquele praticado por mulheres primárias que não pertencem a “organização criminosa”, por não ter caráter hediondo.

Por conseguinte, não só as previsões legais e extralegais já existentes, como o indulto e conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, serão mais facilmente aplicáveis. Como essas mulheres estarão submetidas ao regime comum na execução penal, significa obter o direito de sair do cárcere por meio da progressão de regime ou livramento condicional mais cedo.

A aplicação dos textos normativos à disposição do sistema de justiça criminal não pode estar restrita à sua literalidade, de forma que possam valer direitos fundamentais de proteção das mulheres diante uma situação de vulnerabilidade. Um bom exemplo dessa postura é o art. 4º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que prevê a consideração dos fins sociais, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica.

Assim é que, partindo dos textos normativos, dos princípios, tratados, convenções internacionais e do marco teórico (o direito em sua integralidade, Ronald Dworkin) – o qual nos orientou na construção desta pesquisa em relação à mulher encarcerada e ajudou a responder ao nosso problema sobre de que maneira o traço do “Olhar de Mulher” pode ser replicado em nossa sociedade, de forma a compor uma estratégia de enfrentamento à criminalidade – fazemos as sugestões que se seguem:

- Fundamental que torne mais visível a questão da mulher encarcerada, de modo que sejam construídas políticas públicas adequadas para minimizar seus efeitos no âmbito familiar, pois, mesmo em um percentual de encarceramento bem menor que o masculino, as consequências da prisão da mulher trazem transtornos muito mais graves para o equilíbrio e convívio social;
- Que se atente em cumprir o estabelecido nos mecanismos já instituídos nos tratados e legislações que garantem e resguardam os direitos e a dignidade da mulher encarcerada;
- Que se promovam ações de capacitação e treinamento aos profissionais do sistema prisional que atuam em unidades destinadas ao encarceramento de mulheres;
- Que a administração da unidade prisional feminina esteja atenta a estabelecer uma rotina e dinâmica prisional adequada às necessidades específicas das mulheres presas, de forma que possibilite maior interação familiar, criando projetos que incluam os filhos para distensionar o ambiente prisional e estreitar os laços familiares;
- Que ações de projetos e oficinas desenvolvidas pela unidade prisional feminina estejam voltadas para o resgate da dignidade e da autoestima, ao invés de atividades exclusivamente voltadas ao setor laboral produtivo;
- Que se elabore proposta legislativa a fim de que haja uma reformulação no que se refere à punição de atos criminosos, em que haja envolvimento direto e indireto de mulheres;
- Formulação de mecanismos de execução penal específicos à mulher encarcerada, com novas alternativas à pena privativa de liberdade, para que, em delitos que não envolvam violência, possam ser aplicadas penas alternativas, conciliatórias, de mediação e até mesmo domiciliar, através de equipamentos de monitoração eletrônica;
- Que na elaboração de políticas públicas se atentem à construção de uma educação voltada para um olhar pedagógico-social para questão do encarceramento e os reflexos no convívio social, em face do modelo atual; é fundamental que os tutores das crianças e adolescentes possam receber assistência, até mesmo financeira, para que os filhos mantenham as visitas e os contatos com suas mães encarceradas;

- A despenalização para crimes praticados por pessoas em situação de vulnerabilidade social, através da substituição de sanções penais privativas de liberdade por controles sociais não estigmatizantes;
- Adotar medidas e mecanismos de humanização na pena, colocar em prática o Princípio Constitucional da Intransmissibilidade da Pena e promover o vínculo familiar da apenada;
- Que na aplicação do direito, os julgadores não o tratem como um sistema hermético, voltado para si mesmo, afastando-se os elementos extrajurídicos, tais como a moral, a justiça, a política, de modo que o Direito se aproxime de uma resolução jurídica pura, atribuída de forma segura e devidamente fundamentada na resolução dos conflitos;
- Que se promovam projetos de forma que o sistema de justiça criminal se desenvolva como um corpo integrado e articulado para se ter parâmetros na busca de práticas socialmente convergentes do que vem a ser crime, ou seja, uma redefinição de seu conceito socialmente compartilhado;
- Que os órgãos de Controle da Justiça (Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil) fomentem boas práticas aos operadores do Direito, no sentido de que a compreensão atribuída pela norma jurídica não fique estática, presa ao momento histórico em que foi concebida, e sim voltada para a compreensão do momento em que precisa ser inserida e ser aplicada de modo que o texto e o contexto apresentem uma relação direta e que haja uma aplicação condizente com as expectativas sociais existentes;
- Que desde a fase inquisitorial, no oferecimento da Denúncia pelo MP, no transcorrer dos atos processuais e nas decisões concernentes à medida privativa de liberdade, sejam incorporadas às peças processuais informações de gênero (papel social da mulher) e necessidade de aplicação das Regras de Bangkok.

É preciso a conscientização da importância do papel da mulher para que se torne possível a sua colocação na posição de destaque na sociedade, diante da sua importância fundamental para uma sociedade mais justa, acolhedora e igualitária, de forma que se torne possível a diminuição da cultura da violência, da intolerância, da exclusão e da segregação em todos os níveis.

O atual modelo de “defesa social” adotado como política pública revela que a pena privativa de liberdade aplicada em um modelo de encarceramento em massa de pessoas pobres, financeiramente falando, pois são as mais sujeitas ao rol de tipos penais previstos nos textos normativos, na codificação penal, representa apenas “castigo” e fonte formal de criminalização. O que nos revela uma estratégia de política criminal da neutralização, de combate ao delinquente, da marginalização, fazendo-o um inimigo da sociedade, o qual dela precisa ser extirpado. Por essa orientação, temos visto que a sociedade se afasta da responsabilidade de contribuir para a recuperação do indivíduo desviante e por ele passa a nutrir sentimento de vingança.

A mudança desse comportamento social só será possível a partir do momento em que a sociedade reconheça sua responsabilidade por aquilo que seus membros se tornaram, que passe a entender o crime como um fenômeno social, e não um comportamento individual isolado. É preciso fornecer ao delinquente aquilo que ele nunca recebeu (direitos e garantias fundamentais) e reparar aquilo que se perdeu, o respeito ao ser humano, o “olhar de mulher”, o “olhar de mãe”.

Reconhecer a mulher como um protagonista social e sua importância no processo de transformação social, de uma virada cultural em nossa sociedade, é fator preponderante.

REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. Feminismos plurais. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, D. A de. **O princípio da lesividade como limite à ingerência penal no uso de drogas**. São Paulo: Dialética, 2020.
- ALMEIDA, Rita Heloisa de. **O diretório dos Índios**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1977.
- AMAR, Ayush Morad. **Temas de Criminologia**. Resenha Universitária. V. II. São Paulo, 1982.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: codificação da violênciana era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, n. 30, p. 24-36, 2003c. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>. Acesso em: 13 maio 2016.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodrê de. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica**. 8. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Torrieri Gimarães. São Paulo: Martin Claret, 2018.
- BAIGÚN, David *et al.* **Estudios sobre Justicia Penal**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2005.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Ed. Casa Rui Barbosa, 1999.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Reavan Ltda, 2011.
- BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v.6. n. 2, 1993.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. Tradução de Ana Paula Zommer. In: **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. Nova Iorque: The Free Press, 1997.

BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. **Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra**. Lisboa: AAFDL, 1993.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BÉO, Cintia Regina. **A sistematização e a hermenêutica como instrumento garantidores da efetividade dos direitos da mulher na Constituição Federal de 1988**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BERGALLI, Roberto. Control y liberación en America Latina. Poder y Control. **Revista hispanolatinoamericana de disciplinas sobre el control social**, Barcelona, 1987.

BORGES, Francisco J. Motta; MELLO, Claudio. A Ambição do ouriço: Um ensaio sobre a versão final da Filosofia do Direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, v. 22, n. 2, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/regrasdebangkok>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Calculando Custos Prisionais 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/calculando-custos-prisionais-panorama-nacional-e-avancos-necessarios.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). **Resolução CNPCP nº 4, de 15 de julho de 2009**. Dispõe sobre a estada, permanência e posterior encaminhamento das(os) filhas(os) das mulheres encarceradas. Brasília, 2009a. Disponível em: <https://bitly.com/wpnuN>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. **CPI Sistema Carcerário**. Biblioteca Digital Câmara. Brasília. 2009b.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890.** Código Penal, 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 01 de agosto de 1996.** Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 15abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. **Grupo de Trabalho Interministerial: Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino – Relatório Final.** Brasília, DF: Ministério da Justiça, dez. 2007. Disponível em: <https://bityli.com/rSvbC>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Brasil, 1984. Disponível em: <https://bityli.com/dFdHY>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 7.353 de 29 de agosto de 1985.** Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7353.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Lei Maria da Penha. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.257 de 08 de março de 2016.** Brasília, 2016. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13257&ano=2016&ato=306QzZq50dZpWTf48>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.675, de 11 de julho de 2018.** Brasília, 2018b. Disponível em: <https://bityli.com/CFiGq>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Depen. **Relatório de Inspeção Estado do Espírito Santo.** Brasília, 2009a. Disponível em: file:///C:/Users/spereira/Downloads/es_2009.pdf. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Relatório SEI/MJ,8674099**. Brasília, 2019a. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/Acesso/sistema-eletronico-de-informacoes-sei>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020 – 2023)**. Brasília, 2019b. Disponível em: www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres**. 2017. Brasília, 2018a. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Brasil. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen**: Painel interativo. Dados atualizados em 25/06/2020. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://bityli.com/gryLf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Edital de Chamamento Público nº 17/2021. 19/11/2021**. Chamamento do Projeto (Re)Integro para a seleção de organização da sociedade civil interessada em celebrar termo de colaboração. Departamento Penitenciário Nacional, 19 nov. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/TCuCo>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social – 2021/2030**. Brasília-DF, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/planos/plano_nac-_de_seguranca_publica_e_def-_soc-_2021__2030.pdf/view. Acesso em: 15 maio de 2022.

BRASIL. Ministério da Segurança Pública. **Departamento Penitenciário Nacional**. Brasília, [2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Segurança Pública. **Departamento Penitenciário Nacional**. Brasília, INFOPEN 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 247**: Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bityli.com/BUeDF>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans**. Sexta Turma. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

BUTLER, Judith. **A vida psíquica do poder. Teorias da Sujeição**. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022.

CAMPOS, Carmem Hein de. **O Discurso Feminista Criminalizante no Brasil: limites e possibilidades**. 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

CARDIA, Nancy (Coord.). **Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação a violação de direitos humanos e violência: um estudo em 11 capitais de estado**. São Paulo: Nevusp, 2012. Disponível em: <http://goo.gl/0ny4Gp>. Acesso em: 01 jul. 2022.

CARUSO, Haydée. Documento técnico de análise e avaliação do Projeto Parcial. In: **Consultoria 4 do Projeto OEI/BRA/14/002 – Inovação da Gestão no Ministério da Justiça II. Termo de Referência nº 6692 – Edital nº 051/2020**. Documento nº 15683613. ed. Sistema Eletrônico de Informações: Processo nº 08016.006391/2021-41, 2021.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de Preceito Fundamental: Identidade Constitucional e vetos à Democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAI, Cassius Guimarães. A Tutela Jurídica dos Direitos Humanos no Brasil: Anotações no Cenário da Constituição Federal de 1988. **Julgar**, n. 22, 2014. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/01/10-C%C3%A1ssius-Chai.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CHAI, Cassius Guimarães. **Plea bargain and criminal fair trial procedure: the aftermath criticism on the evidence gathering against international human rights standards and compliance standards balancing**. In: Collected Papers International Symposium on Global Governance over Corruption and Terrorism The 3rd G20 International Symposium on Fugitive Repatriation and Asset Recovery and The 8th International Forum of Contemporary Criminal Law, 2019.

CHAI, Cassius Guimarães. Análise das doutrinas do mootness e do ripness no direito norte-americano e as nocividades para uma democracia entre livres e iguais decorrentes da distinção ontológica entre um controle concreto e abstrato de constitucionalidade. Uma contribuição para o processo discursivo da jurisdição constitucional brasileira: tempo e risco como elementos concretos do controle

normativo. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**, São Luís, n. 13, jan./dez. 2006.

CHRISTIE, Nils. El delito no existe. In: BAIGÚN, David *et al.* **Estudios sobre Justicia Penal**, Buenos Aires, p. 553-561, 2005.

COLOMER, Esther Gimenez-Salinas. **Tratamiento jurídico de la delincuencia de menores em España. Doctrina Penal**: Teoria y práctica em las ciencias penales. Buenos Aires, 1981.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Regras de Bangkok** - Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras. 2016. Disponível em: [cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf](https://www.cnj.br/portal/images/stories/pdf/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf). Acesso em: 15 abr. 2022.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

COURA, A. de C.; OMMATI, J. E. M. Problemas da teoria das fontes do direito à luz da ideia de direito como integridade de Ronald Dworkin. **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 21, n. 3, p. 311-336, 2020.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermans e o Direito Brasileiro**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

CUNHA, Manuela I. P da. A prisão e as suas novas redundâncias. **Direito e Justiça**, v. especial, p. 119-126, 2004. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/5226>. Acesso em: 15 mar. 2022.

DECLARAÇÃO Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-19. Acesso em: 15 mar. 2022.

DEL PRIORE, Mary. **Ao sul do corpo**. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1993.

DOTTI, René A. Princípios do processo penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 1. p. 73-102, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeiera. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: WMFMartins Fontes, 2005.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Instituto de Atendimento Socieducativo do Espírito Santo. **Observatório Digital**. 2022. Disponível em:

<https://iases.es.gov.br/observatorio-digital-da-socioeducacao/em-cumprimento-de-programa-MSE>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social. **Programa estado Presente**. Disponível em: <https://sesp.es.gov.br/publicacoes-2>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social. Painel de Homicídios. **Vítimas de Crimes Letais Intencionais**. Disponível em: <https://sesp.es.gov.br/2022>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Recurso da Acusação. Afastamento do privilégio. Quantidade de drogas Apreendidas insuficiente para comprovar a dedicação a atividade criminosa. Recurso improvido. **Magister Online**. Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ezequiel Turibio; Julg. 10/11/2021; DJES 29/11/2021.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Coação moral irresistível. art. 22 do código penal. Alegação de ameaça por parte de traficantes. Palavra da acusada dissociada das provas dos autos. Afastada a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Condenação mantida. Dosimetria da pena adequada. Recurso improvido. **Magister Online**. Rel^a Des^a Elisabeth Lordes; Julg. 06/10/2021; DJES 08/11/2021.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Habeas corpus. art. 121, §2º, i, cp. excesso de prazo não verificado. Prescrição afastada. Alvará de soltura expedido. Requisitos do art. 312, CPP. não demonstrados. Liminar ratificada. Ordem concedida. **Magister online**. Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Eder Pontes da Silva; Julg. 23/02/2022; DJES 11/03/2022.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado tentado. Despronúncia. Impossibilidade. Decote da qualificadora do motivo torpe. Necessidade. Decote da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido. **Magister Online**. Rel. Juiz Conv. Ezequiel Turibio; Julg. 06/12/2021; DJES 16/12/2021.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelações criminais. Ministério público e defesa. Artigo 121, §2º, i, iii e iv, do código penal. **Magister Online**. Rel. Des. Willian Silva; Julg. 27/10/2021; DJES 08/11/2021.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Habeas corpus homicídio. Fundamentação idônea. Excesso de prazo. -requisitos preventiva reiteração delitiva. Ordem denegada. **Magister Online**. Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Adalto Dias Tristão; DJES 27/09/2011.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação criminal. Homicídio qualificado. Recurso defensivo. Decisão contrária a prova dos autos. Inocorrência. Autoria e materialidade comprovadas. Conselho de sentença que escolheu uma das versões apresentadas nos autos. Farta prova testemunhal a apontar os réus como autores do crime. Qualificadoras comprovadas. apenamento proporcional e dentro dos parâmetros legais. Apelo improvido. **Magister online**. Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Adalto Dias Tristão; Julg. 06/06/2018; DJES 12/06/2018.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação criminal. Preliminar de cerceamento de defesa. Abordagem probatória. Confusão com o mérito. Não conhecida. Ato infracional analogo ao crime de homicídio qualificado. Prática sob influência do estado puerperal. Ausência de provas do abalo psicológico. Inocorrência. Aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida. Impossibilidade. Recurso conhecido e improvido. **Magister online**. Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Subst. Rogerio Rodrigues de Almeida; Julg. 24/02/2016; DJES 04/03/2016.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação criminal. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Réu denunciado juntamente a outras 3 mulheres. Não comprovação do dolo de duas denunciadas em atos de traficância. Companheiros não denunciados. Pleito de desclassificação para a conduta tipificada no art. 349 do cp. ré que lançou drogas em terreno baldio a pedido do marido. Conduta desclassificada para favorecimento real. pedido de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da lei nº 11.343/2006. Concedida apenas para uma das rés. Não concedido ao apelante thiago. Recurso dos apelantes thiago, adriely e **ELIANE** Parcialmente providos. Recurso do ministério público improvido. **Magister online** Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 19/08/2020; DJES 07/10/2020.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Habeas corpus. Tráfico de drogas. art. 33, da lei nº 11.343/06. Prisão preventiva. Desnecessidade. Imposição de medidas cautelares. Habeas corpus parcialmente concedido. **Magister online** Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Helimar Pinto; Julg. 23/02/2022; DJES 11/03/2022.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Recursos em sentido estrito. Pronúncia por homicídio qualificado. Pedido de impronúncia ou anulação da pronuncia por falta de indícios de autoria. Impossibilidade. Qualificadoras. Lastro probatório mínimo. Materialidade e indícios de autoria. Recurso improvido. **Magister online**. Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Adalto Dias Tristão; Julg. 05/07/2017; DJES 12/07/2017.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano**. São Paulo: EDUSP, 2001.
FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**. Cidade do México: BEFDP, 2008.

FERREIRA, Maria Luísa Ribeiro. A mulher como o “outro”: a filosofia e a identidade feminina. **Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto**, v. 23-24, p.139-153, 2007.

FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

FERRO, Ana Luíza Almeida. **Robert Merton e o funcionalismo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito**. Curso dado no College de France (1981-1982). Trad. Márcio Alves da Fonseca, Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**. V.I A vontade de saber. Trad. Maria Tereza daCosta Albuquerque. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1983.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. **A história da loucura**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GRAZIOSI, M. Infirmis sexus: la mujer em el imaginário penal. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, p. 55-95, 1999.

GOFFMAN, E. **A representação do Eu na vida cotidiana**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOIFMAN, Kiko. **Valetes em show motion: a morte do tempo na prisão**. São Paulo: Livraria Unesp, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERMANN, Leda. **Violência doméstica e os Juizados Especiais Criminais: a dor que a lei esqueceu**. Campinas: Servanda, 2002.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Mulheres em Prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres**, 2017. Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Reincidência Criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

JESUS, T. A. C.; LIMA, V. F. P. Sociedade de risco e mensagem punitiva: uma análise sobre o recente ativismo judicial no Brasil como proposta para contenção do medo. **Revista Sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas**, Brasília, 2020.

KALOUSTIAN, Silvio M. (Org). **Família brasileira a base de tudo**. São Paulo: Cortez; UNICEF, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAMAS, Marta. Género, diferencias de sexo y diferencia sexual. **Identidad femenina y discurso jurídico**, Argentina, 2000.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

LARRAURI, Elena. **Mujeres, Derecho penal y criminología**. Ed. Sigilo XXI de España Editores S.A., 1994.

Mônia Clarissa Hennig; MORAES, M. V. **A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A DEFINITIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL: A TEORIA DE HART E AS CRÍTICAS APONTADAS POR DWORKIN**. Revista de Direito e Garantias Constitucionais v.20 n.3. FDV Publicações. Vitória, 2019.

LESCH, Heiko. **La Función de la Pena**. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999.

LOPES, José Reinaldo. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, Rosalice. **Atualidades do Discurso Disciplinar – a representação da disciplina e do disciplinar na fala dos agentes de segurança penitenciária**. 1998. Dissertação (Mestrado em Psicologia do Desenvolvimento Humano) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história: O amor materno atrás das grades**. 2004. Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. São Paulo: Vozes, 1997.

MANENTI, Caetano. Reintegrar x reincidir. **IPEA**, ano 12, edição 84, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3173&catid=28&Itemid=39#:~:text=O%20resultado%20mostrou%20que%2C%2

Odestes,%2C4%25%20na%20m%C3%A9dia%20ponderada. Acesso em: 28 mar. 2022.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo, 2017. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito) teorico-do-direito. Acesso em: 12 abr. 2022.

MACHADO, Alcântara. Projeto do Código Criminal Brasileiro de 15 de maio de 1938. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65859>. Acesso em: 15 mar. 2022.

MACHADO NETO, Zahidé. **Direito penal e estrutura social**. São Paulo: Edusp, 1977.

MARTINS, Simone. A mulher junto às criminologias: de degenerada à vítima, sempre sob controle sociopenal. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 21, n. 1, p. 111-124, jan./abr. 2009.

MENDES, Luiz Alberto. **Memórias de um Sobrevivente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. São Paulo: Atlas, 2021.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. La normalidade del delito y el delincuente. **Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, Madri, n. 11, p. 325-346, 1986.

MONTEJO, Alda Facio. **Cuando el género suena câmbios trae: umametodologia para el aálisis de género del fenómeno legal**. San José: ILANUD, 1992.

NICODEMOS, Carlos. Menoridade Penal: inimputabilidade x impunidade: desafios para o próximo século. **Revista da Faculdade de Direito de Valença**, Valença, v. 2, n. 2, p. 106-114, 1999.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral (ONU). **Convenção sobre eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher**. Nova York, 1979. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139389>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos**. 2000. Disponível em: <https://bityli.com/VWZps>. Acesso em: 15 abr. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Luiz Guilherme M. Legislação penal da escravidão. **Revista dos Tribunais**, ano 8, v. 777, p. 485-504, 2000.

RAMÍREZ, Juan Bustos. Criminología y evolución de las ideas sociales. In: BERGALLI, Roberto; MIRALLES, Teresa. **El Pensamiento Criminológico**: um análisis crítico. V.1. Bogotá: Temis, 1983.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. **O poder de Eva**. O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos: problemas suscitados pela discriminação positiva. Coimbra, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 131, p. 283-295, 1996.

RODRIGUES, Anna Maria M. **Coleção do Pensamento Político Republicano**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos *et al.* 3 ed. Lisboa: Veja, 1998.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2. ed. Rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALLA, Fernando Afonso. **O encarceramento em São Paulo; das enxovias à penitenciária do tempo**. 1997. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

SANTOS, Milton. **O Espaço Dividido**. Trad. Myrna T. rego Viana. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed Thomson Ruters, 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Ed. Revistados Tribunais, 2008.

SCHMALLEGER, Frank. **Criminology Today**: an Integrative Introduction. Eight edition. United States of America: Pearson, 2017.

SELLIN, Thorsten. L'effet intimidant de la peine: étude de sociologie criminelle. **Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé**, Paris, n. 4, 1960.

SEN, Amartya Kumar. **Identidade e Violência**. A ilusão do destino. Trad. José Antônio Arantes. São Paulo: Iluminuras Ltda., 2015.

SILVA, Juciane Prado Lourenço da; PINTO, Flávia Fernandes. **Nota Técnica Nº 6/2021/ONSP-PRODOC/ONSP/DEPEN/ MJ**. Tratam os autos de proposta de aplicação, pré-teste, de estratégia de formação, prevista no Projeto (Re)Integro - uma perspectiva de participação social na execução penal para a promoção da cidadania e a prevenção da criminalidade. Documento nº 16145472. ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Sistema Eletrônico de Informações: Processo nº 08016.017885/2021-51, 2021.

SILVA, Marilda S. **Dignidade e transgressão**: mulheres no tribunal eclesiástico em MG. Unicamp, São Paulo 2001.

SILVA, Roberto da. A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. *In*: SILVA, Enid R. A. da (coord). **O direito à convivência familiar e comunitária**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 287-302.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais**: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quarier Latin, 2008.

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I. **Prisioneiras**: vida e violência atrás das grades.. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOARES, Janine Borges. A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 51, p. 255-286, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, L. L. e MORBACH, Gilberto. **INTERPRETAÇÃO, INTEGRIDADE, IMPÉRIO DA LEI: O DIREITO COMO ROMANCE EM CADEIA**. Revista de Direito e Garantias Constitucionais v.20 n.1. FDV Publicações. Vitória, 2019.

URZUA, Enrique Cury. La pena tra retribuzione e rieducazione: un'incongruenza gestibile? *In*: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. T.41. Madrid, 1978.

VISCARDI, Nilia. Disciplinaminto, control social y estigma: três conceptos para uma sociologia del conflito: el caso de la violencia em el espacio escolar em Uruguay. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, v. 1, n. 1 p.168-199, 1999.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia:** aproximacion desde um margen. Colômbia: Temis, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Os limites do aprisionamento. **Fascículos de Ciências Penais**, PortoAlegre, v. 1, n. 3, p. 51-55, 1988.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional:** O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.