

JURISPRUDÊNCIA DO TJPB EM 2022: ANÁLISES DE DECISÕES DESFAVORÁVEIS A MULHERES ACUSADAS DE TRÁFICO DE DROGAS

Cheísa de Arroxelas Macêdo Pereira¹

Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Junior²

Rebecka Wanderley Tannuss³

RESUMO

Nas últimas duas décadas, o número de mulheres encarceradas no Brasil aumentou aproximadamente 412%, estando cerca de 55% delas presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas, previstos nas leis nº 6.368/1976 e nº11.343/2006, respectivamente, a antiga e atual lei de drogas do país (BRASIL, 2022a). Não obstante, a literatura aponta para a contradição entre a punição atribuída a essas mulheres e a forma como elas realmente relacionam-se ao tráfico de drogas, visto que ocupam as posições mais precarizadas deste comércio. Diante deste contexto, o objetivo do presente artigo era analisar como as questões relacionadas à figura da mulher, ao crime supostamente cometido e aos elementos técnico-processuais comparecem nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB. A fim de atingi-lo, o método adotado, em um primeiro momento, consistiu em uma pesquisa bibliográfica feita em bases como Scielo, Periódicos CAPES e Google Acadêmico. Em um segundo momento, procedeu-se com a pesquisa documental, em que foi feita uma busca na base de dados do Tribunal de Justiça da Paraíba, ocasião em que foram selecionados casos de mulheres e tráfico de drogas, em que decisões proferidas entre 01/01/2022 e 31/12/2022 foram desfavoráveis a elas. Como resultado, foram localizadas 11 decisões pertinentes ao objetivo deste artigo, em todas elas compareceram argumentos relativos à ré, em 8 foram utilizados argumentos relativos ao fato e em 3 constavam argumentos sobre questões técnica-processuais. Especificamente, os argumentos que mais compareceram nos votos dos desembargadores foram: prescindibilidade materna, habitualidade ao crime, periculosidade, ordem pública, materialidade e traficância em casa. Desta análise, concluiu-se que o TJPB fundamenta suas decisões em argumentos diversos, manuseando e distorcendo o direito de modo a criminalizar estas mulheres, mesmo que a decretação da prisão, definitiva ou provisória, não seja compatível ao caso concreto, sendo, o TJPB, portanto, um tribunal punitivista.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Encarceramento Feminino. Maternidade. Ordem Pública. Tribunal de Justiça.

¹ Mestranda em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Paraíba; Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

² Doutor em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Professor do PPGDH/UFPB.

³ Doutora em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Professor do PPGDH/UFPB.

TJPB JURISPRUDENCE IN 2022: ANALYSES OF UNFAVORABLE DECISIONS TO WOMEN ACCUSED OF DRUG TRAFFICKING

ABSTRACT

In the last two decades, the number of incarcerated women in Brazil has increased by approximately 412%, with approximately 55% of them being imprisoned for drug-related crimes, as provided in laws nº 6.368/1976 and nº11.343/2006, respectively, the former and current drug laws of the country (BRAZIL, 2022a). Nevertheless, the literature points to the contradiction between the punishment imposed on these women and how they actually relate to drug trafficking, as they occupy the most precarious positions in this trade. In this context, the objective of this article was to analyze how issues related to the figure of women, the allegedly committed crime, and the technical-procedural elements appear in the judicial decisions of the Court of Justice of Paraíba - TJPB. In order to achieve this, the method adopted, in the first moment, consisted of bibliographic search made in databases such as Scielo, Periódicos CAPES and Google Scholar. In the second moment, proceeded with the documental research, in which a search was made in the database of the Court of Justice of Paraíba, and cases of women and drug trafficking were selected, in which decisions delivered between 01/01/2022 to 31/12/2022 were unfavorable to them. As a result, 11 decisions pertinent to the object of this paper were found, in all of them arguments related to the defendant were present, arguments related to the facts were used in 8 of them, and arguments on technical-procedural issues were present in 3. Specifically, the arguments that appeared most frequently in the judges's decisions were: maternal indispensability, habitual involvement in the crime, dangerousness, public order, materiality, and drug trafficking at home. From this analysis, it was concluded that the TJPB bases its decisions on various arguments, manipulating and distorting the law in a manner that criminalizes these women, even when the detention, whether permanent or provisional, is not compatible with the specific case, thus characterizing the TJPB as a punitive court.

Key-words: Critical Criminology. Female Incarceration. Maternity. Public Order. Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas duas décadas, a quantidade de pessoas presas no Brasil sofreu um aumento exponencial, tendo o número de mulheres encarceradas elevado-se em, aproximadamente, 412% (BRASIL. 2022a). Atualmente, o país apresenta a segunda maior taxa de encarceramento feminino da América Latina e, em valores absolutos, tem a terceira maior população de mulheres encarceradas do mundo (FAIR; WALMSLEY, 2022).

Do total de mulheres presas no Brasil, mais da metade, cerca de 55%, estão nessa situação sob acusação de terem praticado algum dos crimes previstos nas leis

nº 6.368/1976 e nº 11.343/2006, respectivamente, a antiga e atual lei de drogas do país (BRASIL, 2022a). Esses dados ilustram parte do impacto da falaciosa “Guerra às Drogas⁴” sobre as mulheres, qual seja, seus reflexos no aprisionamento feminino.

Em linhas gerais, a literatura aponta que as mulheres estão sendo presas por tráfico de drogas sem, no entanto, participarem efetivamente desta dinâmica ou, então, ocupando as posições mais precarizadas deste comércio. As atividades relegadas às mulheres no tráfico seguem a divisão sexual do trabalho⁵, são, portanto, funções pouco valorizadas, com retorno financeiro ínfimo e de grande vulnerabilidade à atuação policial, mas para as quais elas são pouco relevantes individualmente. Desse modo, caso venham a ser presas, são substituídas por outras mulheres, sem comprometer o operacional das atividades do tráfico (TANNUSS, 2022; CHERNICHARO, 2014; RAMOS, 2013).

Diante dos contornos que a participação feminina no tráfico de drogas assume, há de se refletir sobre a postura adotada pelo poder judiciário, o responsável em última instância pela criminalização dessas mulheres. Remígio e França (2021) demonstram preocupação com a burocratização do Estado e de suas instituições, incluindo o poder judiciário, visto que operando sob essa lógica, forja-se uma irresponsabilidade dos operadores do direito para com as consequências de seus atos.

Nesse sentido, é urgente e necessária a ruptura com a lógica burocrática que conforma as práticas jurídicas e judiciais, para que as pessoas que operem as normas jurídicas passem a ter capacidade de compreender seus atos e enxergar as consequências dele e que pautem o seu atuar dentro de um modelo de responsabilidade, para além de legal, social, coletiva e moral. (REMÍGIO; FRANÇA, 2021, p. 222)

O exercício da atividade judiciária não deve ser resumido à automatização da subsunção do fato à norma. Ao dispor sobre a importância de se criticar a jurisprudência, Valois (2020) ainda atenta que o processo decisório não é neutro,

⁴ A Guerra às Drogas foi oficializada pelo governo do presidente estadunidense Richard Nixon, na década de 1970. Esta “guerra” situa-se em contextos nos quais o Estado é omisso perante suas responsabilidades sociais, vislumbrando na criminalização de certas drogas e, por conseguinte, pessoas — especialmente, aquelas que, a partir dos marcadores de raça e classe, são marginalizadas na sociedade — uma forma de gerir e exterminá-las. Portanto, não há preocupação com saúde ou segurança pública (CAVALCANTI; BATISTA, 2021; ARGUELLO; MURARO, 2015).

⁵ A partir da ideia de divisão sexual do trabalho, apresentada por Hirata e Kergoat (2007), as atividades relegadas aos homens e às mulheres na sociedade são distintas e hierarquizadas entre si, atribuindo-se às masculinas maior prestígio em sociedade. Enquanto os homens ocupam-se do trabalho produtivo, aquele exercido no espaço público e que resulta em mercadorias, as mulheres, a priori, são responsáveis pelo trabalho reprodutivo, este que é exercido no âmbito privado e que não é remunerado (MELO; CASTILHO, 2009).

sendo este um dos motivos pelos quais expõe a necessidade de aproximar o estudo jurisprudencial ao acadêmico e vice e versa.

Ante os aspectos introdutórios apresentados, isto é, participação de mulheres no tráfico de drogas e a atuação do poder judiciário, o presente artigo teve por objetivo analisar como as questões relacionadas à figura da mulher, ao crime supostamente cometido e aos elementos técnico-processuais comparecem nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB.

A fim de atingir o objetivo mencionado, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, na qual foram selecionados materiais sobre a temática deste artigo em bases de dados como Scielo, Periódicos CAPES e Google Acadêmico. Também procedeu-se com uma pesquisa documental de processos do Tribunal de Justiça da Paraíba. A seleção dos documentos se deu sob os seguintes critérios de inclusão: a) ser uma decisão do TJPB; b) uma das partes ser mulher acusada por crime de tráfico previsto na Lei Nº 11.343/2006 ou ainda na Lei Nº 6.368/76; c) a decisão proferida pelo TJPB ter sido desfavorável à mulher. Já os critérios de exclusão foram: a) não ser uma decisão do TJPB; b) nenhuma das partes ser uma mulher acusada por crime de tráfico previsto na Lei Nº 11.343/2006 ou na Lei Nº 6.368/76, ou seja, foram excluídas decisões referentes apenas a homens ou decisões sobre mulheres, mas que não envolviam crime de tráfico previsto nas leis de drogas; c) a decisão proferida pelo TJPB ter sido favorável ou parcialmente favorável à mulher.

A pesquisa documental foi desenvolvida em 6 etapas. Inicialmente, na primeira etapa, foi realizada uma consulta jurisprudencial na base de dados do Tribunal de Justiça da Paraíba, feita por meio do próprio site deste tribunal. As combinações de termos de busca utilizadas foram: 1) Mulheres E tráfico E Periculosidade; 2) Mulheres E tráfico E Ordem Pública; 3) Mulheres E Tráfico de drogas E Periculosidade; 4) Mulheres E Tráfico de drogas E Ordem pública. É importante mencionar que às buscas foi aplicado o filtro temporal: 01/01/2022 - 31/12/2022.

Assim, a partir da primeira combinação de termos foram encontrados 19 resultados, da segunda 32, da terceira 16 e, na última busca, 28 resultados. Portanto, a princípio, foram localizadas 95 decisões.

Tabela 1 - Termos de busca

Mulheres E Tráfico E Periculosidade	Mulheres E Tráfico E Ordem Pública	Mulheres E Tráfico de drogas E Periculosidade	Mulheres E Tráfico de drogas E Ordem Pública	Total
19	32	16	28	95

Fonte: autoria própria.

Na segunda etapa foram excluídos os materiais repetidos, assim, dos 95 casos inicialmente identificados, constatou-se que apenas 32 eram inéditos. Ainda nesta fase, da leitura inicial dessas decisões, observou-se que somente 15 tratavam sobre mulheres acusadas de tráfico de drogas e 4 destas 15 foram descartadas, pois eram favoráveis ou parcialmente favoráveis às réis. Consequentemente, ao final restaram apenas 11 decisões pertinentes aos objetivos deste artigo.

Tabela 2 - Seleção dos resultados

Resultado bruto	Resultados inéditos	Resultados considerados
95	32	11

Fonte: autoria própria.

A terceira etapa consistiu na leitura minuciosa dos 11 resultados encontrados, em que, dentre outras informações, como a classe da ação, tipo penal, modalidade da prisão, primariedade, maternidade, atentou-se, especialmente, à argumentação dos julgadores.

Na quarta etapa foram reunidas as informações identificadas anteriormente, referentes a cada uma das 11 decisões em análise. Já na quinta, esses dados foram categorizados e organizados em tabelas. Na sexta e última etapa, foi realizada a análise dos dados obtidos a partir do referencial teórico da Criminologia Crítica, dialogando com os materiais localizados a partir do levantamento bibliográfico feito inicialmente.

2 OBSERVAÇÕES INICIAIS SOBRE MULHERES ACUSADAS DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme pormenorizado na introdução, o presente artigo realizou uma busca na base do Tribunal de Justiça da Paraíba, tendo localizado 11 julgados desfavoráveis a mulheres acusadas de tráfico de drogas. De início é fundamental esclarecer que algumas informações, por mais importantes e objetivas que fossem, nem sempre eram mencionadas nas decisões de maneira explícita ou ao menos suficientemente clara.

Primeiramente identificou-se, em conformidade aos critérios de inclusão adotados, que todas as réis eram acusadas pelo crime previsto no art. 33 da Lei Nº 11.343⁶, ou seja, de tráfico de drogas, e apenas uma das mulheres foi acusada cumulativamente de outro crime, qual seja, posse de arma (art. 12 da Lei Nº 10.826, o Estatuto do Desarmamento). Essa é uma informação relevante, posto que o fato dessas mulheres terem sido presas desarmadas e contra elas, via de regra, não ter sido cumulada acusação por posse ou porte de armas é um forte indicativo de que a atuação feminina no tráfico não é sequer potencialmente violenta.

A partir dos dados disponíveis identificou-se que essas mulheres eram, em sua maioria, primárias (4)⁷, mães (9)⁸ e foram presas em casa (4)⁹. As características identificadas convergem com a descrição feita pela literatura quanto às mulheres encarceradas, isto é, de que são mulheres negras, jovens, de baixa escolaridade, mães, réis primárias e, no caso das que são presas por tráfico, o que representa a maioria delas, exercem esta atividade em suas casas, o que as permite conciliar trabalho remunerado com o não remunerado (MENDES, 2020; HELPES, 2014; SILVA, 2013).

Da leitura das decisões, foi identificado que 7 das 11 mulheres estavam presas preventivamente. Não obstante a desarmonia perante à realidade, na qual as réis são primárias e não agiram com violência ou grave ameaça, a decretação da prisão

⁶ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2022b).

⁷ A reincidência só foi identificada em 3 casos, nos outros 4 não foi possível identificar com certeza a primariiedade/reincidência.

⁸ A maternidade foi mencionada explicitamente em 9 casos, mas essa informação não constava em 2 casos.

⁹ Essa informação só constava em 6 processos, tendo-se identificado ainda uma mulher presa na rua e uma próxima a um presídio.

preventiva não é medida excepcional. Este instituto é largamente aplicado quando diante das acusações por tráfico de drogas, mesmo que a análise do caso concreto demonstre não haver necessidade de medida tão rigorosa, principalmente considerando que não há sequer uma condenação (HELPES, 2014).

Seja ao enfrentar pleitos pela revogação da prisão preventiva, seja diante de outros requerimentos, a análise das 11 decisões reiterou o posicionamento punitivista do Estado ao enfrentar casos de mulheres e tráfico de drogas. Do total de ações propostas, 10 foram iniciativa da defesa das mulheres e uma do Ministério Público, em que interpôs uma apelação, na qual recorria de sentença que absolveu a ré, tendo tido seu pedido acolhido e a ré, portanto, condenada por tráfico de drogas.

Quando diante de mulheres denunciadas por tráfico de drogas, via de regra, o poder judiciário, não apenas o TJPB, profere decisões desfavoráveis às acusadas. No Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR, por exemplo, do total de *habeas corpus* impetrados por acusados de tráfico de drogas, 94% foram denegados (TROMBINI, 2018). Atentando para a classe das ações localizadas no TJPB¹⁰, por mais que a maioria das decisões analisadas não resulte na condenação das rés por tráfico de drogas, o posicionamento verificado ilustra, desde já, a seletividade e o punitivismo que permeia a atuação do poder judiciário ao enfrentar esses casos.

As decisões estão em descompasso ao que se verifica da suposta participação feminina no comércio de substâncias ilícitas. Faz sentido, portanto, o resultado encontrado por Silva (2013), segundo a qual, os magistrados do primeiro grau tendem a simplesmente reproduzir os dispositivos legais, sem desenvolver um raciocínio jurídico que, de fato, se debruce sobre a situação concreta.

Considerando as informações coletadas sobre as mulheres que foram acusadas e até mesmo já sentenciadas por tráfico de drogas, como os desembargadores do TJPB sustentam suas decisões? Isto é, como o poder judiciário tem argumentado nesses casos ?

¹⁰ Ao todo eram 8 decisões em *habeas corpus*.

3 ARGUMENTOS UTILIZADOS NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

Sobre o processo de tomada de decisão, a literatura aponta que em um primeiro momento os membros do judiciário julgam, isto é, opinam sobre um fato, valendo-se não apenas de fundamentos legais, mas também de critérios e aspectos que pessoalmente lhes são importantes, como a formação familiar, opiniões políticas, religiosas e seus interesses socioeconômicos. A decisão propriamente dita ocorre em um segundo momento, em que o julgador precisa expor sua opinião, subsumindo-a aos critérios legais, ainda que estes não tenham sido originalmente os responsáveis pela tomada de suas decisões (BARRETO, 2017; FREITAS, 2017; SILVA, 2013). Logo, ao analisar um julgado, é preciso atentar que mesmo ele estando fundamentado em dispositivos legais ou no entendimento jurisprudencial, o processo decisório do qual decorre não é neutro.

As decisões judiciais desfavoráveis na vida das mulheres negras refletem essa «colonialidade da justiça». Cada vez mais homens brancos, jovens, oriundos da classe média alta, compõem o judiciário brasileiro e são eles que definem o futuro de vida e de morte das mulheres negras que ocupam a ponta do microtráfico de drogas. (ALVES, 2017, p. 111)

Alves (2017) traz importantes reflexões sobre a ausência de neutralidade no processo decisório. A autora atenta, nesse sentido, que, via de regra, homens brancos e de classe média alta ocupam a posição de julgador, enquanto as rés são mulheres negras que, nos casos de tráfico, ocupam as posições mais baixas desse mercado. Ante esse panorama, Alves (2017) aponta que na justiça penal a hierarquia social é reforçada, pois encontra em argumentos como “personalidade desajustada e perigosa” e “personalidade incompatível com o convívio social” espaço para se materializar, garantindo que os corpos negros continuem a ser controlados e desumanizados.

Da leitura das 11 decisões que são objetos do presente artigo, os argumentos utilizados pelos desembargadores foram organizados em três categorias, quais sejam: a) ré; b) fato; c) questão técnica-processual. Isto é, a construção argumentativa trazia questões relativas à própria ré, ao fato em si, e a questões técnica-processuais, em correspondência à natureza do argumento.

Antes de proceder com as observações, esclarece-se que esses argumentos não existiam de maneira isolada dentro dos discursos dos desembargadores, em verdade, muitas vezes se complementavam e eram utilizados em conjunto. Considerando as 11 decisões analisadas, em todas os desembargadores relatores utilizaram argumentos sobre a ré, em 8 sobre o fato e em 3 traziam argumentos relativos a questões técnica-processuais.

Tabela 3 - Natureza dos argumentos

Ré	Fato	Técnica-processual
11	8	3

Fonte: autoria própria.

Logo, a maioria das decisões não se limitou a argumentos de uma única natureza, em geral houve uma combinação de fundamentos relativos às rés ou ao fato. Para cada uma dessas três categorias, foram criadas subcategorias, de acordo com o que se observou nas decisões. Vale salientar, então, que esta categorização ocorreu *a posteriori*, a partir da análise dos julgados.

Em continuidade, cumpre analisar em específico cada uma dessas categorias e algumas de suas subcategorias. No que tange a essas últimas, decidiu-se promover uma análise mais detalhada das duas mais frequentes de cada categoria. A referência foram os argumentos relativos a questões técnica-processuais, já que foram identificados apenas dois argumentos desta natureza.

3.1 ARGUMENTOS RELATIVOS À RÉ

Como mencionado anteriormente, em uma mesma decisão eram utilizados mais de um argumento, pertencessem ou não a uma mesma categoria. Nesse sentido, identificou-se uma multiplicidade de argumentos relativos à pessoa da ré.

Tabela 4 - Argumentos relativos à ré

Prescindibilidade materna	Habitualidade	Periculosidade	Autoria	Insuficiência das condições favoráveis
6	6	5	4	4

Fonte: autoria própria.

Conforme se extrai da Tabela 4¹¹, o principal argumento, no que tange à ré, é quanto à prescindibilidade materna. A suposta prescindibilidade da mãe aos cuidados do filho motivou quantidade considerável de indeferimentos de pedidos por prisão domiciliar. Silva (2020), analisando a prisão domiciliar, à luz do *Habeas Corpus* 143.641 do STF, nos Tribunais de Justiça da Paraíba e de Pernambuco, verificou que mesmo essas mulheres sendo mães e não tendo cometido crime com violência ou grave ameaça ou contra seus filhos, isto é, mesmo preenchendo os requisitos legais do art. 318-A do Código de Processo Penal – CPP¹², a prisão domiciliar, na maioria das vezes, não é deferida.

Constatou que o judiciário entende que nessas situações, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar consiste em uma faculdade, devendo ser observado caso a caso. Assim dispunha uma das decisões do TJPB analisadas:

Tabela 5 - Prescindibilidade materna: argumentações (parte 1)

Processo	Trecho
07	<p>Em que pese a documentação acostada (Id. 13828194) apta a comprovar o vínculo maternal entre a paciente e os menores [REDACTED] (5 anos), [REDACTED] (2 anos) e [REDACTED] (1 ano), vejo que não são suficientes para o fim pretendido, pois não restou devidamente demonstrado que a presença física da mãe é imprescindível aos cuidados das crianças, conforme exigência do art. 318, V, e parágrafo único, do Código de Processo Penal, <i>in verbis</i>:</p> <p>“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:</p> <p>(...)</p> <p>V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;</p> <p>(...)</p> <p>Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (grifo nosso)</p>

Fonte: autoria própria.

No caso mencionado acima, o julgador indefere a prisão domiciliar sob a justificativa de que, nos termos da lei, seria necessário demonstrar que a mãe é indispensável aos cuidados dos filhos. Contudo, o dispositivo, por ele mesmo colacionado logo em seguida, não exige prova de que a mãe seja indispensável.

¹¹ Além dos argumentos que constam na Tabela 4, compareceram mais dois argumentos: Idade do filho (1); e Relacionamento (1).

¹² “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:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente” (BRASIL, 2022c).

O art. 318, III, CPP¹³, introduzido ao Código em 2011, requer, para fins de decretação da prisão domiciliar, prova da imprescindibilidade materna aos cuidados da criança. Entretanto, o inciso V, do art. 318, CPP, ao qual o desembargador faz menção, provém do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), de 2016, e da forma como vem posto não demanda demonstração desta imprescindibilidade. Isto porque, o dispositivo mais novel considera que a presença materna é presumidamente necessária aos cuidados e desenvolvimento dos filhos.

O art. 318 do CPP prevê hipóteses nas quais é possível substituir a prisão preventiva pela domiciliar, mas o art. 318-A, também do CPP, introduzido em 2018, ou seja, mais recentemente, prescreve essa substituição quando a mulher presa preventivamente for gestante ou mãe de criança. Primeiramente, na redação do art. 318-A, CPP, não é exigida a comprovação da imprescindibilidade materna, somado a isso, da leitura do referido dispositivo, tem-se que sua aplicação não é uma mera faculdade. Nesse sentido, o artigo ainda enumera explicitamente que as únicas exceções a essa concessão são no caso do crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça ou de ter sido praticado contra o filho.

Em síntese, não há nenhuma orientação legal exigindo a demonstração da indispensabilidade da mãe. Reforçando essa perspectiva, cumpre mencionar que o art. 318-A, CPP, surge após a decisão do *Habeas Corpus Coletivo 143.641* julgado pelo STF e, segundo Silva (2020), o entendimento firmado neste processo fora no sentido de que a presença da mãe é presumidamente imprescindível, salvo contrário teria feito explicitamente ponderações ao deferimento da prisão domiciliar. Não por acaso, na decisão consta que “Para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe.” (BRASIL, 2018a, p. 8)

É interessante de se perceber tantos questionamentos sobre o quanto essencial é a presença dessas mulheres para o desenvolvimento dos seus filhos, principalmente, quando se reflete sobre o que antecede a atuação feminina junto ao varejo de drogas. Isto porque o tráfico desponta para muitas mulheres como uma opção viável para aferir renda, de modo a garantir sua subsistência e de sua família, além de possibilitar que conciliem os afazeres domésticos e os cuidados com os filhos (MARTINS, 2020).

¹³ “III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;” (BRASIL, 2022c)

Os desembargadores do TJPB, em mais de uma ocasião, expuseram entendimento segundo o qual, se a criança estava sob os cuidados de alguém, como os avós, não haveria necessidade, ao menos não *a priori*, da presença materna: “Ademais, desde o dia da sua segregação, o seu filho se encontra sob os cuidados do genitor, conforme denota-se da decisão de Id. 15021323, não estando o menor desamparado e sem receber os devidos cuidados.” (Processo 04) e ainda:

Tabela 6 - Prescindibilidade materna: argumentações (parte 2)

Processo	Trecho
08	<p>Em análise detida da documentação acostada aos presentes autos, vê-se que a paciente não se desincumbiu do ônus de comprovação mínima de situação de vulnerabilidade dos filhos menores e da imprescindibilidade da presença materna para sua integral proteção, de modo que não é possível conceder à paciente o regime fechado em domicílio. [...]</p> <p>Portanto, entendo que a decisão se apresenta devidamente fundamentada, não havendo que reformá-la, até porque a paciente, repito, não preenche os requisitos legais, tão pouco comprovou o estado de vulnerabilidade dos seus filhos menores que se encontram aos cuidados dos avós maternos.</p>

Fonte: autoria própria.

Entretanto, como bem pontua Wurster (2019), é esperado que outras pessoas ou até mesmo o Estado, com a prisão da mãe, responsabilizem-se pelos cuidados da criança, mas isso não é suficiente para se afirmar que essas mães se tornam dispensáveis aos cuidados dos seus filhos. A conclusão que se chega é de que:

Porque presumem-se criminosas e porque são mulheres, e em sua maioria, pobres e negras, os julgamentos passam a se orientar pela pré-compreensão de que, ao contrário das demais mães, cuja maternidade é santificada, devem ser subtraídas do mesmo patamar de proteção legal que são conferidos aos demais sujeitos de direitos. (WURSTER, 2019, p. 113)

Afastadas de seus filhos, muitas mulheres passam a lidar com a culpa, já que sentem como se tivessem os abandonado e também como se tivessem falhado em cumprir com os papéis sociais que lhes foram atribuídos. Em alguma medida, essas mulheres sentem culpa até mesmo pelos supostos efeitos de suas ações na vida de outras famílias. Junto a todo esse peso que carregam, ainda temem eventual desenlace de suas relações familiares (ARGUELLO; MURARO, 2015; CAMPOS, 2011).

Dando continuidade, igualmente frequente foi o comparecimento da questão da habitualidade. Para fins desta subcategoria, considerou-se habitualidade as ocasiões em que os desembargadores arguiam sobre a reincidência das mulheres, mas

também quando mencionavam que elas eram investigadas ou tinham algum antecedente. Isto porque, em mais de uma ocasião verificou-se que não era necessário sentença condenatória transitada em julgado para que essas mulheres fossem consideradas costumazes ao tráfico, recaindo sobre elas uma verdadeira presunção de culpabilidade: “Dessa forma, diante da comprovada dedicação da recorrente em atividade criminosa, haja vista o registro de processo em curso, agiu corretamente a juíza sentenciante ao não reconhecer o tráfico privilegiado.” (Processo 01)

O trecho destacado acima não foi escolhido ao acaso, mas porque explicita a subversão do princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil) e ainda demonstra que essa linha de raciocínio se prolonga, interferindo até mesmo no reconhecimento do tráfico privilegiado, ainda que isso divirja da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ em Tema Repetitivo 1139, segundo a qual: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.” (BRASIL, 2022d)

A redação do art. 33, § 4º, da Lei N° 11.343/06¹⁴ prevê o tráfico privilegiado e, de fato, abre margem para uma atuação discricionária do judiciário, já que veda seu reconhecimento quando o agente do crime se dedicar a atividades criminosas, mas não define o que isso significa. Na pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ; SENAD, 2018), embora sejam verificadas situações em que essa dedicação é associada a uma habitualidade junto ao tráfico, outras questões, como a quantidade de drogas apreendidas, também são utilizadas como justificativa.

Não há segurança jurídica, não há como prever quais aspectos serão levados em consideração. Ainda que a habitualidade seja ponderada para aferir se havia ou não dedicação ao crime, as mulheres continuam sem garantia alguma, já que, como demonstrado, são consideradas culpadas por crimes dos quais sequer foram formalmente condenadas.

¹⁴ Trata-se de uma causa de diminuição de pena, aplicável sob as seguintes diretrizes: “§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (BRASIL, 2022b)

Embora constituam categorias distintas, como mencionado anteriormente, muitos destes argumentos comparecem nas decisões de maneira interligada, assim, da leitura dos julgados em análise e dos trechos colacionados, observa-se que a habitualidade e periculosidade são argumentos correlacionados, já que a periculosidade pode guardar relação com a suposta habitualidade ou com a possibilidade da prática delitiva tornar-se um hábito.

A periculosidade enquanto argumento não comparece apenas nesta pesquisa, em levantamento realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ; SENAD, 2018) verificou-se que, no que diz respeito às circunstâncias pessoais dos réus por tráfico de drogas, sem distinção de gênero, a “alta periculosidade” compareceu em 13,4% das decisões e a personalidade que demonstra “tendência delituosas” em 49,48%. Os dados encontrados por Tannuss (2022) são ainda mais expressivos, tendo se deparado com a periculosidade na argumentação de 74% dos acórdãos do STF e STJ que julgavam mulheres presas por transporte de drogas para presídios.

Os dados obtidos no TJPB estão em consonância ao que outros estudos apontam, tendo demonstrado que a maioria das mulheres que respondem pelo crime de tráfico de drogas são réis primárias, não foram presas com armas e são mães. Ou seja, considerando aspectos objetivos das réis e ainda do próprio fato, não é o caso de dizer que essas mulheres são perigosas.

É preciso ter em mente que o suposto traficante foi alçado à posição de inimigo número um da sociedade e apresentado como um sujeito perigoso. Não obstante, em observância aos que são presos por tráfico, incluindo as mulheres, tem-se que essa alegada periculosidade não condiz com a realidade, sendo a alegação desta apenas uma estratégia retórica para justificar o exercício do poder punitivo estatal sobre certos grupos (BARRETO, 2017; ARGUELLO; MURARO, 2015).

Ao tratar sobre periculosidade e sistema penal cautelar da América Latina, Zaffaroni atenta para a chamada periculosidade da suspeita:

Essa periculosidade, própria do sistema penal cautelar, não se enquadra na velha classificação positivista, posto que não é *pre-delitual* (porque suspeita-se da comissão de um delito) nem *pós-delitual* (porque a periculosidade não pode ser avaliada até que o delito tenha sido comprovado), configurando-se antes como uma terceira categoria alheia às duas tradicionais do positivismo, que é a *periculosidade da suspeita*. (2007, p.110)

Sem decisão condenatória, essa periculosidade é aferida por critérios não objetivos. Projeta-se, portanto, no futuro, sendo uma mera expectativa. Nesse sentido, no que tange às 11 decisões, entendeu-se que comparecia a questão da periculosidade não apenas quando mencionada *ipsis litteris*, mas quando os desembargadores ponderavam o risco de reiteração delitiva e, consequentemente, a intenção de evitá-la¹⁵:

Tabela 7 - Periculosidade: argumentações

Processo	Trecho
06	[...] bem como em razão da real possibilidade de reiteração delitiva, uma vez que a acusada “praticou infrações graves da mesma natureza (tráfico de drogas) em curto espaço de tempo (observa-se que [redigido] foi presa, recentemente, em 13 de agosto de 2021, em virtude do cometimento do delito previsto no Art. 33 da Lei nº 11.343/2006, conforme pode ser visto nos autos registrados sob o nº 0807411-61.2021.8.15.0251, quando lhe fora concedida liberdade provisória, denotando que as medidas cautelares são insuficientes para assegurar a ordem pública)”, como bem asseverou o magistrado. (grifo nosso)
10	Como se vê, o decisum atacado foi suficientemente fundamentado, atendendo aos requisitos do art. 312 do CPP e embasando-se em dados concretos, quais seja, gravidade do delito, porquanto praticado na residência da paciente diante de crianças menores de idade, e na necessidade de conter a reiteração criminosa, não havendo, pois, que se falar em constrangimento ilegal suportado pela paciente (grifo nosso)
07	Noutro giro, analisando os antecedentes criminais do flagranteado(a)(s), é possível identificar a PERICULOSIDADE DO AGENTE , pelo que passo a expor. [...] <u>Nesta senda, o(a)(s) agente(s) tem PERICULOSIDADE acentuada, uma vez que demonstra personalidade voltada para a prática delituosa, inclusive, na presença dos seus filhos</u> ” – grifos (grifo do autor)

Fonte: autoria própria.

Nas decisões apresentadas, não há apenas uma expectativa de que essas mulheres serão condenadas nos seus respectivos processos, o que “comprovaria” sua periculosidade, mas também de que irão reincidir caso respondam o processo em liberdade, já que supostamente são perigosas. Tannuss sintetiza da seguinte forma “[...] os magistrados fazem o uso de uma previsão de reiteração da prática delitiva sob o discurso de uma suposta personalidade perigosa.” (2022, p. 162)

Nesse sentido, seja de maneira consciente ou não, as decisões revelam que no TJPB a periculosidade é entendida como um aspecto ontológico, confluindo com uma perspectiva criminológica positivista:

¹⁵ Apenas no processo 03 a questão da periculosidade foi identificada sem que fosse relativa ao risco de reiteração delitiva: “Nesse viés, manter a genitora afastada da residência e dos filhos mostra-se a solução mais adequada para assegurar os direitos dos menores, sobretudo em razão do efetivo perigo atraído pela presença dela, decorrente do profundo envolvimento com a criminalidade.”

No (sub)mundo a criminalidade está equiparada à marginalidade e composta por uma “minoría” de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o “mal”). [...] A potencial periculosidade social, identificada como anormalidade, é o centro do direito penal para os positivistas. (MENDES, 2017, p. 41)

Mas a periculosidade não é aferida apenas a partir da previsão de reiteração. Essa qualidade também é pensada a partir da quebra de expectativas, isto é, às mulheres são endereçados certos espaços e imposto o exercício de determinadas atividades. Desse modo, quando rompem essa ordem estabelecida, passam a ser lidas como perigosas e sofrem com os efeitos deste juízo de periculosidade. A noção de periculosidade é instrumentalizada de modo a garantir o controle sobre as mulheres (PANCIERI; BOITEUX, 2017).

3.2 ARGUMENTOS RELATIVOS AO FATO

Superada a análise da fundamentação referente à ré, passa-se a verificar os argumentos utilizados pelos desembargadores que guardavam relação com o fato¹⁶:

Tabela 8 – Argumentos relativos ao fato

Ordem pública	Materialidade	Traficância em casa	Natureza e quantidade de droga
5	5	4	3

Fonte: autoria própria.

Segundo Pereira (2020), a ordem pública enquanto justificativa ao encarceramento cautelar surge nos entornos da Alemanha nazista e já nessa época era pensada como uma forma de garantir o aprisionamento seletivo e antecipado. Ultrapassando barreiras espaciais e temporais, essa lógica também foi adotada pelo Brasil, assim, a frequência com que comparece o argumento da ordem pública era esperada, visto ser uma das hipóteses de decretação da prisão preventiva, vide o art. 312, CPP¹⁷.

¹⁶ Além dos argumentos que aparecem na Tabela 8, também foram identificados: gravidade do delito (2); motivação (1); participação do filho (1).

¹⁷ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.” (BRASIL, 2022c)

Anterior até mesmo à discussão sobre a adequação desta justificativa aos casos concretos, é o questionamento sobre o que seria ordem pública. Segundo Gomes (2013), o único conceito de ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro está na Lei Federal nº 88.777 de 1983:

Art. 2º - Para efeito do Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969 modificado pelo Decreto-lei nº 1.406, de 24 de junho de 1975, e pelo Decreto-lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983, e deste Regulamento, são estabelecidos os seguintes conceitos: [...]

21) Ordem Pública -.Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum. (BRASIL, 2019)

A definição apresentada, no entanto, não preenche o conceito, uma vez que também se vale de expressões abstratas como “convivência harmoniosa” e “bem comum”. Ainda que a definição fosse mais objetiva, seria o caso de questioná-la, já que é extraída de uma lei do período da Ditadura Militar de 1964 e que versa sobre o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A ausência de uma definição precisa de “ordem pública”, permite que muitas situações, inclusive muito díspares entre si, sejam consideradas uma ameaça a ela. Dessa forma, essa é uma justificativa que vem sendo amplamente utilizada, como constatou-se no presente artigo, para justificar o encarceramento de pessoas no Brasil, em especial, por meio da decretação de prisão preventiva (GOMES, 2013).

Nas decisões do Tribunal de Justiça da Paraíba, a ameaça à ordem pública comparece das seguintes formas:

Tabela 9 – Ordem pública: argumentações (parte 1)

Processo	Trecho
10	Assim, a concessão de prisão domiciliar demonstrar-se-ia inócuia e ineficaz para a garantia da ordem pública e, precipuamente, para garantir o bem-estar dos descendentes impúberes, que ficariam vulneráveis a crescer em um ambiente onde é realizada prática delituosa de elevada gravidade.

06

Analisando, detidamente, os autos, constato que a decisão que converteu a prisão em flagrante da paciente em preventiva encontra-se devidamente fundamentada, por se encontrar evidenciado o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, **restando demonstrada a necessidade da segregação cautelar para garantia da ordem pública, considerando haver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria do crime, bem como em razão da real possibilidade de reiteração delitiva, [...] (grifo nosso)**

Fonte: autoria própria.

Partindo dos exemplos apresentados acima, depara-se com a ordem pública associada ao suposto risco de reiteração delitiva, à materialidade e aos indícios de autoria. As decisões demonstram o quanto variadas são as supostas ameaças à ordem pública, o que é possível, justamente, pela imprecisão deste conceito.

Para fins desta análise, a ordem pública foi considerada uma subcategoria dos argumentos que versam sobre o fato, baseando-se na tese de Tannuss (2022), que encontrou este argumento relacionado de maneira mais intrínseca ao delito e seus reflexos sobre a sociedade. Não obstante, nas decisões do TJPB, além de se relacionar com o fato, a ordem pública, em alguma medida, também se conecta à ré, quando, por exemplo, as decisões mencionam que a ordem pública resta comprometida pelo receio da reiteração delituosa, isto é, da periculosidade da ré. Desse modo, como mencionado anteriormente, os argumentos, mesmo de categorias diferentes, estão interligados.

Feito esse esclarecimento, chama especial atenção o processo 06, porque, mencionando a questão da materialidade, associa imediatamente, isto é, sem ponderações, o tráfico de drogas a uma ameaça à ordem pública. Ou seja, torna a ameaça à ordem pública algo intrínseco ao tipo penal, e não algo que é avaliado diante das circunstâncias do caso concreto.

Esse não parece ser um posicionamento isolado, visto que o texto do art. 44 da Lei de Drogas, até hoje inalterado, veda a liberdade provisória para os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da referida lei. Diante desta redação, foi então preciso que o STF declarasse incidentalmente, no julgamento do *Habeas Corpus* 104.339, sua constitucionalidade para que fosse possível responder por tráfico em liberdade.

Esse cenário reforça os apontamentos de Pereira (2020), segundo o qual nos crimes de drogas, mesmo que diante de uma gravidade apenas abstrata, entende-se estar demonstrado o risco à ordem pública apto a decretar a prisão preventiva dos acusados. Tão genéricas são as decisões que se valem da ordem pública como

argumento que, conforme salienta Freitas (2017), são usados até mesmo modelos, sobre os quais só são feitas mudanças essenciais para subsumi-los ao caso *sub judice* e, de fato, isso foi verificado na presente pesquisa:

Tabela 10 - Ordem pública: argumentações (parte 2)

Processo	Trecho
03	Porquanto, entendo que, no caso, a prisão preventiva, como indicado pelo Juízo de primeiro grau, é a única medida capaz de, neste momento, acautelar o meio social e preservar a própria credibilidade da Justiça, garantindo, assim, a ordem pública, sendo, portanto, incabível o pleito de substituição daquela por outras medidas cautelares. (grifo nosso)
04	De fato, entendo que, no caso, a prisão preventiva, como indicado pelo Juízo de primeiro grau, é a única medida que se mostra capaz de, neste momento, acautelar o meio social e preservar a própria credibilidade da Justiça, garantindo, assim, a ordem pública, sendo, portanto, incabível o pleito de substituição daquela por outras medidas cautelares. (grifo nosso)

Fonte: autoria própria.

Ainda dentro da discussão sobre ordem pública, nos dois trechos transcritos acima é feita uma correlação com a ideia de credibilidade da justiça. Tannuss (2022) encontrou cenário muito similar, no caso, ao analisar acórdãos referentes a mulheres presas por transporte de drogas para presídios, se deparou com a credibilidade da justiça como um aspecto da ordem pública. A pesquisadora apontou que o encarceramento atende aos clamores populares e é instrumentalizado de modo a fazer com que as pessoas continuem acreditando na justiça. Sob esta perspectiva, o encarceramento não responde necessariamente à lei, mas sim aos interesses de quem o controla, que, por sua vez, em alguma medida preocupa-se em obter o apoio popular.

Como indicado há pouco, a ordem pública não é inovação ou exclusividade brasileira, também comparece na legislação de outros estados, em que se mostra igualmente problemática. A título exemplificativo, na Espanha a ordem pública foi considerada inconstitucional para fins de decretação da prisão preventiva (GOMES, 2013). No Brasil, persiste essa possibilidade, de modo que, considerando o quanto vago é esta expressão, praticamente tudo pode ser compreendido como uma ameaça à ordem pública capaz de, em teoria, legitimar a decretação da prisão preventiva, tornando regra aquilo que era para ser exceção.

Dando continuidade aos argumentos utilizados pelos desembargadores do TJPB, observou-se que muitos deles mencionaram em seus votos a questão da materialidade, categorizada como um argumento sobre o fato. Por um lado, faz sentido

a preocupação dos julgadores em expor a materialidade do crime, uma vez que a Constituição Federal prevê o princípio da presunção de inocência, segundo o qual “a autoria e a materialidade dos fatos de que o réu é acusado devem permanecer sob dúvida;” (LEMGUBER; FERNANDES, 2015, p. 16). Por outro lado, é o caso de se questionar se tamanha ênfase nesse elemento não revela, em verdade, uma ausência de motivação.

Isto porque a maioria dessas decisões respondiam ao pleito da revogação da prisão preventiva ou de sua substituição pela prisão domiciliar. Ocorre que, nos termos do art. 312 do CPP, os indícios de autoria, a demonstração da materialidade e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado são requisitos para a prisão preventiva, não seus motivadores. Para fins de reflexão sobre a discussão proposta, assim dispõem algumas das decisões do TJPB:

Tabela 11 - Materialidade: argumentações

Processo	Trecho
09	Dessa forma, não merece prosperar a pretensão de substituição da medida costritiva por prisão domiciliar. Pelas exposições fáticas e jurídicas acima, aliadas, ainda, aos elementos convincentes insertos no presente álbum processual, onde a materialidade é incontestável, e, ainda, há elementos suficientes de indícios de autoria, não há como acolher a pretensão mandamental. (grifo nosso)
07	In casu, valho-me mais uma vez dos argumentos da Magistrada de piso, que bem fundamentou sua decisão, alegando que “sobre os requisitos autorizativos do decreto preventivo, a recente reforma, além da manutenção das condições anteriores, previstas no art. 312, do CPP – prova da existência do crime e indícios de autoria, cumulada com a imprescindibilidade de resguardo das garantias da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal ou de necessidade de proporcionar a conveniência da instrução criminal – acrescentou outras, a saber: o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, a existência concreta de fatos novos e a contemporaneidade da segregação ” - negritei. (grifo do autor)

Fonte: autoria própria.

Em suma, apesar de ser um remédio constitucional de cognição sumária, a impetração de um *habeas corpus* – principal classe processual analisada – exige a demonstração da materialidade do crime. Assim, é compreensível que ela compareça nas decisões analisadas, sendo necessário, no entanto, nunca perder de vista que, embora a materialidade precise ser demonstrada, ela por si só não justifica a decretação da prisão preventiva.

A traficância em casa é outra subcategoria que merece especial atenção, tendo comparecido inúmeras vezes nos discursos dos desembargadores. Ao mencionarem

essa questão, os julgadores, via de regra, entendiam que essa situação de suposta traficância no ambiente residencial configuraria situação excepcionalíssima apta a justificar o indeferimento da prisão domiciliar, já que colocaria em risco os filhos destas mulheres.

Tabela 12 - Traficância em casa: argumentações

Processo	Trecho
09	Em situações nas quais há apreensão de drogas na residência , com exposição do menor a risco, e, portanto, admitida a excepcionalidade apta a revelar a <u>inadequação da prisão domiciliar</u> , [...] (grifo nosso)
10	In casu, restou demonstrado que a paciente, ao menos em tese, praticou delito de tráfico dentro de seu próprio lar . Assim, a concessão de prisão domiciliar demonstrar-se-ia inócuia e ineficaz para a garantia da ordem pública e, precipuamente, para garantir o bem-estar dos descendentes impúberes , que ficariam vulneráveis a crescer em um ambiente onde é realizada prática delituosa de elevada gravidade. (grifo nosso)

Fonte: autoria própria.

Mesmo preenchendo os requisitos legais dispostos no art. 318-A do CPP, a prisão domiciliar dessas mulheres mães foi negado sob justificativa de que a traficância na residência consiste em uma situação excepcional. A excepcionalidade encontra guarida no *Habeas Corpus Coletivo* 143.641/SP julgado pelo STF que, de fato, possibilitou o indeferimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, quando diante de situações excepcionalíssimas.

Silva (2020), em pesquisa no Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE e no TJPB, também se deparou com essa questão da excepcionalidade, destacando que, não tendo o STF, por ocasião do *Habeas Corpus Coletivo*, fixado quais seriam essas situações, esta responsabilidade foi repassada aos próprios julgadores que, por sua vez, costumam pontuar a suposta traficância na residência como uma dessas hipóteses.

O próprio STF, no entanto, atentou para o fato de que as diretrizes conferidas pelo HC 143.641 estavam sendo adotadas de maneira diversa à pretendida, de modo que Ministro Ricardo Lewandowski, em 24 de outubro de 2018, proferiu nova decisão esclarecendo algumas questões, dentre as quais:

Documentos eletrônicos 471 e 550: não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa, porque não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na

capacidade de fiscalização das forças de segurança. (BRASIL, 2018b, p. 6-7, grifo do autor)

O direcionamento do STF é incontroverso, o fato da droga ter sido apreendida na residência da acusada não configura situação excepcionalíssima capaz de justificar o indeferimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do HC 143. 641.

Somado a isso, há de se observar que, o art. 318-A do CPP já disciplina essa substituição e não recepcionou outras exceções que não a do crime praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou contra seu próprio filho ou dependente. Diante desse contexto, os julgadores do TJPB têm preterido a legislação ao HC Coletivo 143.641/SP. Há ainda uma resistência por parte do judiciário, que pode ser resultado de uma perspectiva baseada em estereótipos, de um certo moralismo ou de outros aspectos, em conceder medidas alternativas ao cárcere quando enfrentam casos de mulheres e tráfico de drogas, mesmo que hajam diretrizes internas e internacionais recomendando-as (GIACOMELLO; SILVA JÚNIOR; GARCIA, 2022).

O que o TJPB e demais tribunais ignoram ou então não atentam é que o espaço privado foi historicamente relegado às mulheres e que, ao trabalhar em casa, ainda que seja com o tráfico, elas conseguem conciliar uma atividade remunerada às responsabilidades domésticas e para com seus filhos (WURSTER, 2019). Assim, era o caso dos julgadores do TJPB ao menos levarem em consideração que muitas mulheres trabalham com o tráfico dentro de casa para garantirem a sobrevivência de seus descendentes. Isso, no entanto, pelos dados obtidos nesta pesquisa, não é ponderado.

Parece importante fazer essa pontuação, a fim de conscientizar que não serão incomuns os casos de mulheres que, por exemplo, guardam drogas na residência. Logo, se essa circunstância for tratada como uma situação excepcionalíssima e que, mesmo não estando prevista em lei, possa afastar a prisão domiciliar da mulher acusada por crime de drogas, irá se limitar significativamente o alcance do art. 318-A do CPP e impedir que atenda sua razão de ser.

3.3 ARGUMENTOS RELATIVOS A QUESTÕES TÉCNICA-PROCESSUAIS

Por fim, além dos argumentos relativos às mulheres e ao fato em si, em três ocasiões os desembargadores fundamentaram seus votos em questões técnica-processuais. Não constam expostos nas tabelas 4 e 8 os argumentos que compareceram apenas uma ou duas vezes, assim, comparando com os dados apresentados na tabela abaixo (Tabela 13), é possível dimensionar o quanto que os fundamentos de natureza técnica-processuais são pouco frequentes na construção argumentativa dos desembargadores do TJPB, ao menos considerando o objeto de pesquisa deste artigo.

Tabela 13 - Argumentos relativos a questões técnica-processuais

Súmula 231 do STJ	Art. 117 da LEP
1	2

Fonte: autoria própria.

A Súmula 231 do STJ dispõe que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (BRASIL, 1999) O STF em Tema 158 de Repercussão Geral fixou a tese similar, segundo a qual “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (BRASIL, 2009) No processo 01, a mulher já havia sido condenada por tráfico de drogas e requeria que fosse revista a dosimetria da pena. O desembargador, então, a fim de justificar a adequação da pena aplicada trouxe à tona a súmula 231 e, de fato, a pena base havia sido fixada no mínimo, razão pela qual não havia como aplicar atenuante, já que implicaria em pena aquém deste patamar.

A aplicação da súmula supramencionada, contudo, não é incontroversa, isto porque há de se verificar sua compatibilidade ao ordenamento jurídico pátrio, vide descompasso com a noção de individualização da pena e o próprio princípio da legalidade. Ora, diante de atenuantes previstas na lei, o que alicerça a diretriz estabelecida por esta súmula? Frente a este e demais questionamentos, a Súmula 231 do STJ é atualmente alvo de discussão, tendo ocorrido em maio desse ano de 2023 audiência pública para tratar sobre o assunto. É preciso pensar nos impactos da observância desta súmula e como ela contribui para que penas desproporcionais e ilegais se imponham sobre mulheres acusadas de tráfico de drogas.

Outro argumento que compareceu foi o art. 117 da Lei de Execução Penal – LEP (BRASIL, 2022e) que prevê a possibilidade de prisão domiciliar para aqueles que cumprem pena em regime aberto. Nas duas decisões em que os desembargadores atentaram para o referido artigo, eles arguiram que, estando as mulheres cumprindo pena em regime fechado, não é possível, mesmo que cumprindo os requisitos legais do CPP, o deferimento da prisão domiciliar. De antemão, é importante esclarecer que não há divergência explícita entre o dispositivo da LEP e o art. 318-A do CPP, já que este último não menciona o regime de cumprimento de pena. Contudo, se houvesse contradição, seria hipótese de, aplicando o critério temporal, prevalecer o dispositivo mais novel¹⁸, portanto, o do CPP, que nada impede a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar para quem cumpre pena em regime fechado.

Cumpre observar que no paradigmático HC Coletivo 143.641/SP não constam restrições à prisão domiciliar de mulheres mães, em função do regime de cumprimento de pena. Ademais, STJ – no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 145.931/MG (BRASIL, 2022f) de mulher acusada de tráfico de drogas e associação para o tráfico – já se manifestou, no sentido de que, mesmo cumprindo pena no regime fechado, é possível decretar a prisão domiciliar. Portanto, até mesmo diante de argumentos que aparecam ser mais técnicos, se verifica uma atuação discricionária e punitivista do judiciário.

As questões técnica-processuais, como era de se esperar, são mais objetivas, não obstante, esse suposto legalismo dos desembargadores do TJPB não está isento de críticas. Essa observância tão rigorosa da lei não foi reproduzida quando a legislação favorecia as mulheres desses processos. Ou seja, o cenário com que se deparou foi de uma verdadeira instrumentalização do direito.

Somado a isso, como bem posto por Remígio e França (2021), a burocratização das práticas jurídicas e judiciais resulta em operações acríticas e, simultaneamente, insurge como uma justificativa para que os aplicadores do direito atuem sem se preocupar com os efeitos destas. Mas o direito deve ser exercido de maneira minimamente crítica, ao aplicá-lo, deve-se levar em consideração que se está lidando

¹⁸ De acordo com a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (BRASIL, 2018b).

com vidas e sopesar, consequentemente, os efeitos nefastos de uma eventual privação de liberdade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tinha como objetivo analisar como argumentos relativos à figura da mulher, ao crime supostamente cometido e aos elementos técnico-processuais comparecem nas decisões judiciais do TJPB desfavoráveis a mulheres acusadas de tráfico de drogas. Da leitura das 11 decisões localizadas, foi possível identificar elementos como primariedade das rés, maternidade, local da prisão e, aspecto fundamental a este artigo, a argumentação do judiciário paraibano no enfrentamento desses casos.

Observou-se que os julgadores não se valem de um único argumento, bem como utilizam fundamentos de diferentes naturezas. Em todos os julgados (11) foram utilizados argumentos relativos à ré, em 8 foram utilizados argumentos relativos ao fato e em apenas 3 foram mencionadas questões técnica-processuais. Esse panorama reitera que muito além de serem julgadas pelo ilícito supostamente praticado, as mulheres são submetidas a um julgamento moral por terem rompido com as expectativas de gênero. Tendo o objetivo proposto sido devidamente alcançado, é oportuno apontar as considerações finais.

Os argumentos mais utilizados, isto é, a “prescindibilidade materna” e “habitualidade”, constroem-se sem qualquer apego à legalidade. Apesar da redação mais novel do CPP dispensar prova da imprescindibilidade materna, os desembargadores ou exigem essa comprovação ou entendem que, quando um familiar assume a responsabilidade pelos cuidados da criança, a presença materna torna-se dispensável. Igualmente sem qualquer fundamento legal, inúmeras vezes observou-se menção a habitualidade apenas pelo fato das rés serem investigadas em outros casos, ignorando a presunção de inocência.

Outras duas subcategorias muito identificadas nas decisões foram a “periculosidade” e a “ordem pública”. A ordem pública é uma válvula de encarceramento, visto que sua imprecisão possibilita que muitos elementos, até mesmo a alegada periculosidade, possam lhe ser tidos como prejudiciais. Assim, conclui-se que o judiciário paraibano presume, sem se ater aos fatos, a periculosidade

dessas mulheres, já que o traficante e quem mais receber esse título, é considerado inimigo da sociedade, e sujeito que coloca em risco a ordem pública.

No que tange aos argumentos técnico-processuais, embora tenham sido pouco utilizados, tem-se que os desembargadores os exploraram em sua literalidade, utilizando-se dispositivos normativos de maneira acrítica. Em contrapartida, quando a aplicação dos dispositivos legais é favorável às mulheres, o judiciário paraibano se opõe a sua aplicação.

Em síntese, é possível concluir que o TJPB enxerga a prisão dessas mulheres como a solução, independentemente da compatibilidade desta medida aos casos concretos que enfrenta. Nesse diapasão, o poder judiciário paraibano aplica o direito à sua conveniência, pois fundamenta suas decisões em argumentos contrários à legislação ou que não encontram qualquer respaldo legal, resultando em decisões ilegais.

Em que pese a importância das informações e reflexões apresentadas ao longo deste artigo, é fundamental que se atente para as discussões plantadas no seu transcorrer. Logo, diante de um judiciário, representado pelo TJPB, tão punitivista, é urgente que se pesquise sobre a defesa dessas mulheres acusadas de tráfico de drogas, verificando se a elas é garantido, na prática, o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, D. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **Revista CS**, Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, n. 21, p. 97-120, janeiro-abril/2017.

ARGUELLO, K.; MURARO, M. Las Mujeres Encarceladas por Tráfico de Drogas en Brasil: las Muchas Caras de la Violencia contra las Mujeres. **Onati Socio-legal Series**. Espanha, v. 5, n. 2, p. 389-417, 2015.

BARRETO, A. L. L. de A. **Urgência Punitiva e Tráfico de Drogas**: as prisões cautelares entre práticas e discursos nas varas de tóxicos de Salvador. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto-Lei Nº 3.689, de outubro de 1941**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm . Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. [Lei de Execução Penal (1984)] **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Brasília, DF: Presidente da República, [2022e]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 26 mai. de 2023.

BRASIL. [Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro]. Decreto-Lei N° 4.657, de 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, Presidência da República, [2018b]. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm . Acesso em: 14 mai. de 2023.

BRASIL. **Decreto Nº 88.777, de 30 de setembro de 1983.** Brasília, DF Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d88777.htm . Acesso em 20 mai. de 2023.

BRASIL. **Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/l11343.htm . Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Período de Janeiro a Junho de 2022. In: **Sisdepen: Estatísticas Penitenciárias.** 2022a. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiOTg3YWE1MTUtNzkzYi00OTIjLTkwM2MtNjA5MWE0Y2NhMGE4IwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 13 out. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira seção). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 145.931/MG, 2021.** Ministro Relator: Sebastião Reis Júnior. Julgado em 9/3/2022, Diário de Justiça eletrônico: 16/3/2022. [2022f]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tiposPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=202101133213 . Acesso em: 14 mai. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Tema repetitivo 1139.** Tese firmada: É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06. Relatora: Ministra Lurita Vaz, julgado em 10/8/2022, Diário de Justiça Eletrônico: 18/8/2022. [2022d]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod tema_inicial=1139&cod tema_final=1139. Acesso em 13 out. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula Nº 231.** A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Terceira seção, em 22/09/1999, Diário de Justiça: 15/10/1999, p. 76. [1999] Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acesso em 13 out. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda turma). **Habeas Corpus 143.461/ São Paulo, 2018.** Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/02/2018, divulgado em: 08/10/2018, publicado em: 09/10/2018. [2018a]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 14 mai. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal pleno). **Habeas corpus 104.339/São Paulo, 2011.** Ministro Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 10/05/2012, Diário de Justiça Eletrônico - 239, divulgado em: 05/12/2012, publicado: 06/12/2012. [2012]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur220869/false>. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema 158** - Fixação de pena aquém do mínimo legal, em face da incidência de circunstância genérica atenuante. Leading case: Recurso Extraordinário Nº 597270. Repercussão Geral. Ministro Relator: Cezar Peluso, julgado em 26/03/2009. Diário de Justiça Eletrônico - 104, divulgado em: 04/06/2009, publicado em 05/06/2009. [2009]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2663001&numeroProcesso=597270&classeProcesso=RE&numeroTema=158>. Acesso em: 13 out. de 2023.

CAMPOS, C. P. Delito y Sobrevivencia: las mujeres que ingresan a la cárcel el Buen Pastor em Costa Rica por Tráfico de Drogas. **Anuario de Estudios Centroamericanos**, Universidad de Costa Rica, v. 37, p. 245-270, 2011.

CAVALCANTI, G. J. V.; BATISTA, G. B. de M. A Origem da “Guerra às Drogas” e a Seletividades Racial. In: ESTRELA, M. L. P; SILVA JUNIOR, N. G. de S.; TANNUSS, R. W. (Orgs). **Criminologia crítica, política criminal e direitos humanos**. João Pessoa: Editora do CCTA, 2021.

CHERNICHARO, L. P. **Sobre Mulheres e Prisões**: seletividade de gênero e crime de drogas feminino para o sistema prisional. 2022. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte, 2022.

de tráfico de drogas no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) –

DPRJ; SENAD. HABER, C. D. (coord). **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. 2018. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>. Acesso em: 15 mai. de 2023.

FAIR, H.; WALMSLEY, R. **World Female Imprisonment** List. 5 ed. [s.l], 10 out. 2022. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf. Acesso em: 13 out. de 2023.

FREITAS, A. J. S. **Prisão preventiva e drogas**: “a polícia prende e a Justiça não solta”. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal de Juiz de Fora, 2017.

GIACOMELLO, C.; SILVA JÚNIOR, N. G. de S.e; GARCIA, R. M. Política de drogas y encarcelamiento feminino en América Latina. In: ELÍBIO JUNIOR, A. M.; CARVALHO, M. E. G.; SILVA JUNIOR, N. G. S de S. E. (Orgs.) **Direitos humanos e tempo presente: diálogos interdisciplinares**. João Pessoa: Editora UFPB, 2022.

GOMES, P. M. **Discursos sobre a Ordem**: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2013.

HELPES, S. S. **Vidas em Jogos**: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora – Minas Gerais, 2014.

HIRATA, H.; KERGOAT, D. Novas Configurações da Divisão Sexual do Trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, v. 37, n. 132, p.595-609, setembro-dezembro, 2007.

LEMGUBER, J.; FERNANDES, M. (Coords.) Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: prisão provisória e direito de defesa. **Boletim Segurança e Cidadania**, Rio de Janeiro, novembro, 2015.

MARTINS, C. B. Trabalho Invisível e Ilícito: reflexões criminológicas críticas e feministas do aumento do encarceramento de mulheres por tráfico de drogas no Brasil. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n.4, p. 2635-2668, 2020.

MELO, H. P.; CASTILHO, M. Trabalho Reprodutivo no Brasil: quem faz? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v.13, n.1, p. 135-158, janeiro-abril, 2009.

MENDES, S. da R. **Criminologia Feminista**: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MENDES, S. da R. **Processo Penal Feminista**. São Paulo: Editora Atlas, 1 ed. 2020.

PANCIERI, A.; BOITEUX, L. Traficantes Grávidas no Banco dos Réus: uma análise crítica do controle penal sobre mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro. In: **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 e 13º Women's Worlds Congress**, Florianópolis, 2017.

PEREIRA, M. C. A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 2, n. 3, 2020, p. 151-169.

Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, 2020.

RAMOS, L. de S. **Por Amor ou Pela Dor?** Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília – Distrito Federal, 2013.

REMÍGIO, R. P. P.; FRANÇA, M. H. de O. Transexualidade no sistema de justiça paraibano: um estudo de caso na Cadeia Pública de Parságada/PB. In: ESTRELA, M. L. P; SILVA JUNIOR, N. G. de S. ; TANNUSS, R. W. (Orgs). **Criminologia crítica, política criminal e direitos humanos**. João Pessoa: Editora do CCTA, 2021.

SILVA, E. B. da. **Prisão domiciliar à luz do habeas corpus 143.641 do Supremo Tribunal Federal e o direito da mulher encarcerada à convivência familiar com os filhos crianças**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, 2020.

SILVA, J. K. do N. **Mulheres no Tráfico de Drogas**: um estudo sobre a resposta do Sistema de Justiça Penal à criminalidade feminina. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2013.

TANNUSS, R. W. **O Corpo Como Campo de Batalha**: Análises sobre o transporte
Tribunal Federal e o direito da mulher encarcerada à convivência familiar com

TROMBINI, M. E. R. **Comportamento decisório e o perfil do julgador**: uma análise dos habeas corpus em tráfico de drogas no TJPR (2013 – 2016). 2018. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal do Paraná, 2018.

Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, 2014.

VALOIS, L. C. **Conflito entre Ressocialização e o Princípio da Legalidade Penal**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020b.

WURSTER, T. M. **O outro encarcerado**: ser mulher importa para o sistema de justiça? 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2019.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

