

COCULPABILIDADE DO ESTADO EM PERSPECTIVA: uma análise a partir do superencarceramento feminino

COCULPABILITY OF THE STATE IN PERSPECTIVE: an analysis from women's overweight

Marcella Carvalho de Castro¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir o aumento do encarceramento feminino, demonstrando como o Direito Penal tem sido seletivo e como tem contribuído para acentuar as desigualdades sociais. Dentro dessa perspectiva, será analisado o princípio da coculpabilidade como uma forma de responsabilização do Estado, ainda que indireta, uma vez que, ao negligenciar direitos básicos, este pode contribuir para que essas mulheres se tornem vulneráveis e propícias à marginalização. Evidentemente, o referido princípio deveria ser aplicado a todas as mulheres que cometem crimes que guardem relação com a situação de vulnerabilidade impulsionada pelo Estado. A escolha pelo enfoque do encarceramento feminino se deve ao fato de que o número crescente de mulheres presas é mais significativo do que em relação aos homens, pela própria transformação no papel da mulher nas mais diversas esferas sociais, incluindo a criminal. Para tanto, a metodologia utilizada será a de análise bibliográfica e levantamento de dados acerca do perfil das mulheres em situação de cárcere. Ao final, serão apresentadas hipóteses de como o princípio da coculpabilidade poderia ser aplicado no Brasil e qual seria a mais adequada para que o Estado reconheça sua parcela de responsabilidade pelo abandono a essas mulheres.

Palavras-chave: Coculpabilidade. Seletividade Penal. Encarceramento Feminino. Atenuante genérica. Vulnerabilidade.

Abstract: This article aims to discuss the increase of female incarceration, demonstrating how criminal law has been selective and has contributed to accentuate social inequalities. From this perspective, the principle of co-liability will be analyzed as a state responsibility, albeit indirect, since neglecting basic rights can contribute to these women

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso. E-mail: mccastro@estudante.ufla.br

becoming vulnerable and conducive to marginalization. Of course, this principle should apply to all women who commit crimes that are related to the state-driven vulnerability situation.

The choice of the approach to female incarceration is due to the fact that the increasing number of women in prison is much more significant than men, due to the transformation in the role of women in the most diverse social spheres, including the criminal one. To this end, the methodology used will be bibliographic analysis and data collection about the profile of women in prison. In the end, it will be presented hypotheses of how the principle of co-liability could be applied in Brazil and what would be the most appropriate hypothesis for the State to recognize its share of responsibility for abandoning these women.

Keywords: Coculpability. Penal selectivity. Female incarceration. Generic attenuating. Vulnerability.

Sumário: 1. Introdução. 2. As mulheres no cárcere. 3. Vítimas do fracasso do Estado Democrático de Direito: ausência de direitos e garantias individuais. 4. A coculpabilidade do Estado frente ao encarceramento feminino em massa. 4.1- Noções introdutórias acerca do princípio da culpabilidade. 4.2- Contextualização histórica. 4.3- Conceito de coculpabilidade. 4.4- A coculpabilidade como atenuante genérica 5- Considerações finais. 6- Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A ênfase escolhida na abordagem do presente artigo é do encarceramento feminino, uma vez que em comparação com o encarceramento masculino, tem crescido de modo muito mais expressivo².

Todavia, por algum motivo o Estado continua se omitindo frente à realidade de um aumento exorbitante de mulheres cumprindo penas privativas de liberdade ou preventivas. Tal fato seria por si só problemático, porém outra constatação não pode ser esquecida, a de que o perfil dessas mulheres é bem delimitado: são jovens, negras, com

² Entre os anos de 2000 e 2016 o aumento dos homens no sistema prisional foi de 293%, em detrimento de um aumento de 656% da população feminina encarcerada nesse mesmo período. Fonte: INFOPEN Mulheres, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2ª edição.** / organização Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa. - Brasília: Ministério da Justiça e segurança pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 14-15.

baixa escolaridade, sem oportunidade de emprego, com filhos dependentes e em sua maioria envolvidas com o tráfico de drogas, conforme será demonstrado oportunamente através de dados do Levantamento Nacional de Informações penitenciárias - INFOPEN Mulheres.³

Se uma das finalidades do Estado Democrático de Direito é buscar equilibrar as desigualdades sociais e econômicas existentes e tal objetivo não tem sido efetivado, uma hipótese viável e coerente seria a aplicação do princípio da coculpabilidade no momento da aplicação da pena como atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, desde que o cometimento da prática delitiva por essas mulheres, guarde relação com os aspectos de vulnerabilidade social que elas sofrem.

Para discorrer sobre tal hipótese, no primeiro capítulo será apresentado um panorama geral do perfil das mulheres privadas de liberdade, com ênfase no caráter seletivo do Direito Penal, e como o mesmo tem sido usado como produtor e reproduzidor das desigualdades sociais.

O segundo capítulo trará a discussão de como o perfil das mulheres no cárcere atinge especificamente a parcela da população carente de direitos e garantias individuais básicas, evidenciando assim como o Brasil tem falhado com os seus objetivos fundamentais elencados na Constituição Federal e conseqüentemente tem falhado como um Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo apresentará de forma objetiva o conceito de culpabilidade para a doutrina. Posteriormente, será abordada uma breve contextualização histórica sobre o princípio da coculpabilidade, bem como as principais definições doutrinárias a fim de que seja encerrada a discussão buscando defender a hipótese de aplicação da coculpabilidade do Estado como atenuante genérica, de acordo com o artigo 66 do Código Penal.

2. AS MULHERES NO CÁRCERE

Para iniciar a discussão é essencial a apresentação de um panorama geral das mulheres no cárcere. A mudança no papel da mulher na sociedade pode ser vista sob diversas perspectivas, uma delas é na área criminal, nesse sentido: “A mudança na posição das mulheres em termos sociais e econômicos gera alterações materiais e estruturais na

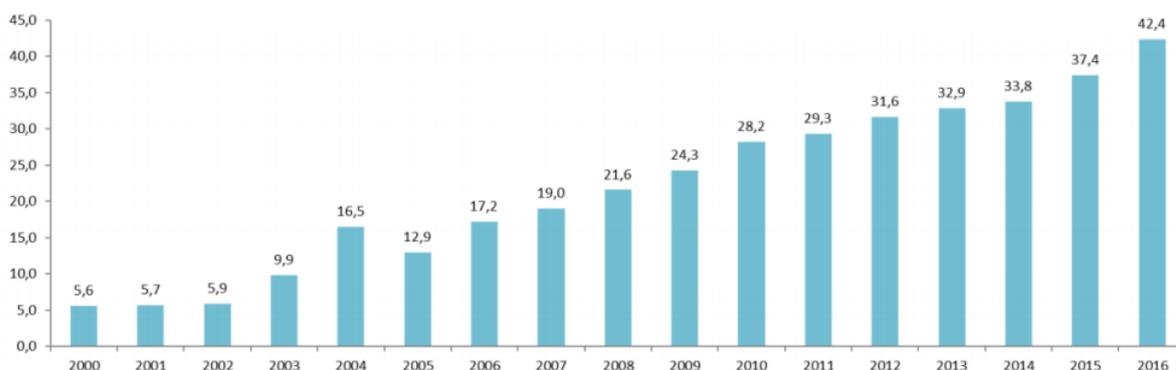
³ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 5: “O INFOPEN compila informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, por meio de um formulário de coleta estruturado preenchido pelos gestores de todos os estabelecimentos prisionais do país. Ao longo de sua existência, o processo de coleta e análise dos dados do INFOPEN foi continuamente aprimorado, em um processo de valorização da cultura de análise de dados como uma ferramenta estratégica para a gestão prisional.”

sociedade, principalmente nos mercados econômicos em expansão, como tráfico de drogas, pois passa a demandar mais pela mão de obra feminina, principalmente em épocas de crise ou de expansão econômica, conseqüentemente, traz cada vez mais a mulher para o âmbito público”.⁴

Antes de refletir sobre a problemática do aumento do número de mulheres presas no Brasil é preciso compreender qual o perfil dessas mulheres. A princípio, é importante salientar que o Direito Penal tem sido um instrumento que evidencia a seletividade de uma parcela específica da sociedade. A relação entre o cárcere e a sociedade é o que melhor evidencia a relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso).⁵

De acordo com os últimos dados disponibilizados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- Infopen Mulheres 2018, à época contabilizávamos 42,3 mil mulheres encarceradas, uma aumento de 656% (seiscentos e cinquenta e seis) em um período de 16 anos – entre os anos de 2000 e 2016.⁶

Gráfico 2. Evolução das mulheres privadas de liberdade (em mil) entre 2000 e 2016¹⁶



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen. Dados consolidados para a série histórica.

Entretanto, tão preocupante quanto o número crescente de mulheres no cárcere é a constatação de *quem são* essas mulheres⁷. Segundo os dados do Infopen Mulheres,

⁴ RAMOS, Luciana de Souza. **Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas**. 2012. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p. 71-72.

⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**- introdução à sociologia jurídico-penal. Rio de Janeiro: REVAN, 2011. p. 186.

⁶ INFOPEN Mulheres, *Op. cit.*, p. 14.

⁷ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 165: “As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social [...] A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos”.

mulheres entre 18 e 24 anos representam 27% (vinte e sete por cento) do total de encarceradas no Brasil e estão no topo da pirâmide como a faixa etária que mais priva mulheres de sua liberdade; em segundo lugar, jovens entre 25 e 29 anos representam 23% (vinte e três por cento) da população feminina no cárcere⁸. Ou seja, metade das mulheres encarceradas no Brasil são jovens, na faixa etária de busca e preparação para entrarem no mercado de trabalho. Outro dado que pode explicar o porquê dessas mulheres estarem em situação de desemprego ou de remuneração precária é que 45% (quarenta e cinco por cento) das mulheres presas possuem apenas ensino fundamental incompleto⁹. Por isso, Ramos explica que “a falta de autonomia econômica e a capacidade de gerar renda própria coloca as mulheres em uma situação mais vulnerável e aumenta a probabilidade de que grupos de mulheres caiam na pobreza e nas economias informal e subterrânea, na qual o tráfico de drogas¹⁰ tem destaque”.¹¹

Quando passamos para análise da cor/raça/etnia das mulheres presas podemos visualizar, mais uma vez, qual parcela da população feminina é atingida: mais de 62% (sessenta e dois por cento) das mulheres presas são negras¹². Ramos acredita ser importante traçar um paralelo com a situação das mulheres negras no mercado de trabalho, para melhor entender e talvez explicar o alto índice de mulheres negras e pardas dentro dos presídios femininos. Conforme a autora: “Há um processo de pauperização das mulheres negras e pardas, historicamente sustentado pelo regime escravocrata no período colonial. Assim, considerando que, a partir de dados do PNAD e de pesquisas recém publicadas sobre o tema, a maioria das famílias brasileiras são monoparentais, chefiadas por mulheres, na sua maioria negra, e que estão, majoritariamente, inseridas no mercado informal de trabalho, verificar-se-á que há um caminho histórico que reflete o processo de exclusão e de afirmação do lugar precarizado das mulheres negras no mercado de trabalho”.¹³

A alta porcentagem de mulheres negras presas revela o caráter de discriminação racial sofrido por elas, sendo que uma das formas de superar a dificuldade do acesso ao mercado de trabalho é procurando meios informais de sustento. Um dos meios utilizados por essas mulheres deixou de ser apenas o trabalho informal, para ser informal e ilegal,

⁸ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 37-39. Acesso em 15/06/19.

⁹ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 43. Acesso em 15/06/19.

¹⁰ 62% das mulheres presas respondem pelo crime de tráfico de drogas. Fonte: INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 53. Acesso em 20/06/19.

¹¹ RAMOS, Luciana de Souza. *Op. cit.*, p. 60.

¹² INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 40. Acesso em 20/06/19.

¹³ RAMOS, Luciana de Souza. *Op. cit.*, p. 69.

sendo o tráfico de drogas um dos principais impulsionadores do encarceramento feminino em massa.

Consequentemente, o principal tipo penal responsável pelo encarceramento feminino é o tráfico de drogas. Analisar o tipo penal propulsor do número crescente de mulheres privadas de sua liberdade, nos ajuda a entender como o Direito Penal tem seletivamente atingido determinada parte da população feminina. Nesse sentido: “Compreender a natureza dos crimes tentados ou consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou ainda aguardam julgamento nos ajuda a formular análises acerca dos fluxos do sistema de justiça criminal, desde sua fase policial até a fase da execução penal, e seus padrões de seletividade, evidenciados na preponderância dos crimes praticados sem violência, crimes contra o patrimônio e crimes ligados ao tráfico de drogas entre os registros das pessoas privadas de liberdade”.¹⁴

Os dados apresentados pelo Infopen demonstram que, em Junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres presas, o que representa um aumento de 656% (seiscentos e cinquenta e seis por cento) em relação ao total registrado no início dos anos 2000, dentre as quais 62% (sessenta e dois por cento) estão privadas de sua liberdade por responderem por tráfico de drogas.¹⁵

Entretanto, no que tange a natureza dessas prisões, outra constatação se faz relevante: 45% (quarenta e cinco por cento) das mulheres estão presas sem condenação, ou seja, quase metade das prisões são de natureza cautelar. Entre as presas já condenadas, 32% (trinta e dois por cento) foram sentenciadas em regime fechado, 16% (dezesseis por cento) em regime semiaberto e 7% (sete por cento) em regime aberto. Importante refletir o que esse número alto de prisões sem sentença transitada em julgado representa, partindo da perspectiva de que a liberdade é um direito fundamental inerente à pessoa humana e que é atingido diretamente nas prisões cautelares. Por isso, quanto a essas prisões, é necessário que sejam admitidas apenas de forma excepcional, nos casos de absoluta necessidade e quando nenhum outro meio for possível como alternativa à restrição de liberdade.¹⁶

A partir dos dados apresentados, o caráter seletivo do sistema punitivo fica ainda mais evidente. Para Campos o sistema penal começa a funcionar como uma forma de reproduzir as relações sociais, verticalizando a estrutura da sociedade e acentuando os

¹⁴ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 53. Acesso em 26/06/19.

¹⁵ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 53-54. Acesso em 26/06/19.

¹⁶ ALMEIDA, Marcio Alexandros Antunes de. **Críticas e alternativas à prisão preventiva**. – Porto Alegre, 2010. 147 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. p. 8.

processos de marginalização. Sendo assim, o sistema penal funciona como um sistema violador de direitos, dentre os quais está o cárcere.¹⁷

Nesse mesmo sentido, Greco afirma que: “O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece.”¹⁸

Os números supracitados reforçam que o perfil das mulheres alvo do sistema de justiça criminal possuem um foco determinado. Por isso, a forma discriminatória e seletiva como o sistema penal age reproduz as relações de opressão contidas nas relações sociais.¹⁹

Corroborando com esse entendimento, Baratta leciona que não apenas as normas do Direito Penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existente, mas o próprio Direito Penal também exerce uma função de reprodução e de produção dessa desigualdade. O autor pontua que a aplicação seletiva das sanções penais, especialmente o cárcere, contribui para manutenção da escala vertical da sociedade, atingindo diretamente os estratos sociais mais baixos de modo que seja impedida sua ascensão social.²⁰

3. VÍTIMAS DO FRACASSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AUSÊNCIA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

O Estado Democrático de Direito, como o Brasil assim se define no artigo 1º da Constituição Federal²¹, deveria ser pautado em valores que estão expressos ou implícitos no texto constitucional. Isso significa dizer que todo o poder legislativo, executivo e

¹⁷ CAMPOS, Carmen (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p.14.

¹⁸ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 158.

¹⁹ Andrade, Vera Regina. **Verso e reverso do controle penal: (dês)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. In Fragmentos de uma grandiosa narrativa: homenagem ao andarilho do Humanismo (Alessandro Baratta). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p.91.

²⁰ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 166.

²¹ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

judiciário, bem como a sociedade, devem caminhar buscando a melhor forma para que direitos fundamentais sejam efetivados.

Os direitos elencados no artigo 5º da Constituição Federal são representativos²² dos direitos fundamentais. Entre eles estão o direito à vida, à liberdade – de ação, de pensamento e expressão, de crença, de consciência, de locomoção-, à privacidade, à intimidade, à igualdade, entre outros.

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que são vistos como direitos de defesa (garantias negativas), também são vistos como direitos de prestações (garantias positivas) para o exercício das liberdades, relacionados a obrigações de fazer por parte do Estado. Mas, além disso, os direitos fundamentais devem ser um “vetor” a ser seguido, tanto pelo Poder Público como por particulares, de modo que a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais sigam esse ideal.²³

Contudo, todos os direitos fundamentais carregam em si características específicas e essenciais, como: a relatividade, pois não há um direito absoluto ou ilimitado; a imprescritibilidade, por não desaparecer pelo decurso do tempo (daí extrai-se a ideia de exigibilidade); a inalienabilidade, pois não há como um indivíduo transferi-lo a outro titular; a irrenunciabilidade, porque em regra os direitos fundamentais não podem ser renunciados; e a efetividade, que vincula o Poder Público a agir de forma que os direitos fundamentais sejam efetivados, na maior escala possível aos cidadãos.²⁴

Nessa perspectiva, Moura defende que o princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito na Constituição Federal de 1988 e decorre de princípios como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e do pluralismo jurídico.²⁵ O autor ainda defende que a coculpabilidade viabilizaria o sistema do garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli²⁶.

²² Representativos e não taxativos.

²³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Salvador, BA: Juspodivm, 2017. p. 323.

²⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.*, p. 342-344.

²⁵ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal** -1.reimp.-Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. p. 85.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed., rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91: “Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. [...] Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas [...] 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoa; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da ampla defesa.

A dignidade da pessoa humana deve ser buscada através de todos os institutos jurídicos, de modo que todo ser humano seja livre em seus atos; tenha igualdade de condições materiais de vida e moradia; tenha oportunidades iguais de acesso à cultura, meio ambiente, saúde, educação e emprego.²⁷

Entretanto, resta claro que a sociedade encontra-se dividida em classes distintas, formada por uma classe dominante e privilegiada, em detrimento de outra classe vulnerável e sem privilégios; carentes até mesmo de direitos básicos que deveriam ser garantidos pelo Estado. Na falta dessas medidas de efetivação dos direitos individuais e sociais básicos por meio do Estado, o Direito poderia ser uma ferramenta para proporcionar uma maior igualdade entre essas classes. Todavia, conforme também compreende Moura: “O Direito Penal ainda reflete diretamente o pensamento e a ideologia da classe dominante, selecionando, marginalizando e excluindo socialmente os menos abastados financeiramente, sendo estes o alvo primordial das normas jurídico-penais, o que gera maior exclusão social.”²⁸

Dessa forma, embora o texto da Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*²⁹, garanta igualdade a todos, sem distinção de qualquer natureza é evidente que a sociedade é repleta de desigualdades, ou seja, o que está previsto no texto da lei é tão somente uma igualdade formal. Por esse motivo, as desigualdades ainda permeiam a camada mais marginalizada da população.

Para Ferrajoli “a igualdade jurídica, seja formal ou substancial, pode ser definida como igualdade nos direitos fundamentais. São, de fato, os direitos fundamentais as técnicas mediante as quais a igualdade em ambos os casos é assegurada e perseguida.”³⁰

Nesse viés, salienta-se que é necessário o Brasil caminhar como um Estado Democrático de Direito, preocupado em perseguir meios de efetivação de direitos individuais e sociais básicos de modo que garanta o desenvolvimento social e econômico de todo e qualquer indivíduo, principalmente daqueles que, por algum motivo, já se encontram em posições desfavoráveis na sociedade. Esse foi o interesse precípua da Constituição Federal de 1988.³¹

²⁷ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 90.

²⁸ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 21.

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 835.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed., atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2012. p. 389: “Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. [...] Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, [...] de uma igualdade “perante” a lei, mas de uma igualdade “feita” pela lei, uma igualdade “através da lei”.

Ainda que se tenha buscado como solução para alcançar a igualdade material tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade, aqueles que operacionalizam o Direito, e principalmente o Direito Penal, não se preocupam com a parte da população que vive em situações sociais diferentes da classe dominante. Sendo assim, o sistema penal se torna um reprodutor das desigualdades sociais.

Segundo Zaffaroni, Alagia, Slokar e Batista o princípio da igualdade/isonomia é violado no momento em que a lei distingue as pessoas, ainda que indiretamente, e também quando a autoridade pública aplica distintiva e arbitrariamente a lei.³²

Nesse contexto, não se pode dizer que o Estado seja responsável por essas mulheres optarem pela criminalidade, mas é um convite a uma reflexão de como o Estado pode propiciar essa escolha, ao negligenciar direitos básicos.

Como lembra Bonavides, no tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição de 1988 estabelece objetivos fundamentais para a República, como a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Além disso, enuncia direitos sociais como a educação, saúde, lazer, a segurança etc.³³ Entretanto, uma vez que o Estado não tem propiciado o desenvolvimento dessas mulheres que estão em condições sociais desfavoráveis, seria viável compreender que o Estado compartilha dessa responsabilidade, mesmo que de forma indireta. Nas palavras de Greco: “Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.”³⁴

No artigo 3º, inciso III³⁵ da Constituição Federal, o Brasil coloca como tarefa fundamental reduzir as desigualdades sociais e regionais, porém sem adotar mecanismos que propiciem materialmente essas reduções. Da mesma forma, ainda no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, garante que promoverá o bem de todos, sem preconceito de

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 46.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 386.

³⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral: volume I : arts. 1º a 120 do CP**. 14. ed., rev., ampl e atual. até 1 de janeiro de 2012. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 212.

³⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

qualquer origem, contrariando o caráter discriminatório e seletivo que os dados já apresentados no primeiro capítulo revelam.

Diante disso, Moura defende que a aplicação do princípio da coculpabilidade decorre do reconhecimento da exclusão social inerente ao Estado, de forma que o mesmo seja responsabilizado indiretamente. Todavia, o autor alerta que é necessário ter cuidado para que os papéis não se invertam erroneamente de modo que o Estado seja transformado em criminoso e o criminoso em vítima. Dessa forma, aplicar o princípio da coculpabilidade no caso concreto, seria uma forma de reconhecer o papel do Estado e da sociedade no cometimento de crime por pessoas que vivem situações específicas de marginalização e falta de acesso a direitos básicos, “propiciando a diminuição da seletividade e da visão ideológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais”.³⁶

4. A COCULPABILIDADE DO ESTADO FRENTE AO ENCARCERAMENTO FEMININO EM MASSA

Antes de adentrarmos especificamente na defesa do princípio da coculpabilidade do Estado como uma forma genérica de atenuar a pena, cumpre delimitarmos algumas definições doutrinárias acerca do que seria a culpabilidade no Direito Penal e, a partir dessa concepção, discorrer sobre o que seria o princípio da coculpabilidade.

4.1. Noções introdutórias acerca do princípio da culpabilidade

De acordo com o conceito analítico de crime³⁷, a culpabilidade, juntamente com a ilicitude e a tipicidade formam o que é uma conduta punível ou não (concepção tripartida). A culpabilidade para Moura “é uma das pedras angulares de todo o nosso sistema penal, uma vez que a culpabilidade, após a evolução do Direito Penal, passa a ser requisito necessário para a existência de um crime e sua consequente punição”.³⁸

Segundo Bittencourt, a culpabilidade é um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal, e caracteriza uma garantia frente a possíveis excessos do poder

³⁶ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 61.

³⁷ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial**. 14 ed., ver., atual. e amp. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015. p. 204: “Trata-se do modelo preferível, seja por razão científico-sistemática, seja por motivo pedagógico seja ainda por fundamento de cunho prático e garantista”.

³⁸ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 50..

punitivo estatal.³⁹ Essa responsabilidade penal impõe uma subjetividade “não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva. [...] a culpabilidade não se presume”.⁴⁰

A lição de Bitencourt é que, no Direito Penal, o conceito de culpabilidade tem um sentido triplo. O primeiro é a culpabilidade como fundamento da pena, no sentido da possibilidade ou não de aplicação de uma pena a um determinado fato (por isso a exigência de requisitos como: consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a lei). O segundo sentido, seria a culpabilidade como um limite da pena, para que a pena aplicada não seja excessiva de modo que ultrapasse a própria culpabilidade. O último sentido trata o conceito da culpabilidade como uma responsabilidade individual e subjetiva, que deve ser inerente a culpabilidade, uma vez que não pode haver uma responsabilização objetiva.⁴¹

Nesse sentido, conclui-se que a culpabilidade é uma reprovação pessoal pelo ato (ação ou omissão), contrário ao ordenamento jurídico, desde que naquele momento o agente poderia ter agido de outra forma. Por isso, ao examinar a culpabilidade deve ser analisado os aspectos objetivos e subjetivos, bem como as circunstâncias e especificidades relativos à autoria.⁴²

Zaffaroni e Pierangeli entendem que a culpabilidade se divide em dois níveis. O primeiro é que não pode haver delito se não for ao menos culposos (*nullum crimen sine culpa*). O segundo é que a culpabilidade pressupõe um caráter de reprovabilidade para que haja o delito. Nesse sentido, a culpabilidade é um juízo de reprovação que fundamenta-se no fato de que um homem é capaz de autodeterminar-se, sendo assim, caso haja um prejuízo na autodeterminação do ser humano, a culpabilidade deve desaparecer.⁴³ Ou até mesmo, conforme discute-se no presente trabalho, a culpabilidade pode e deve ser atenuada.

4.2. Contextualização histórica

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 1: parte geral. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2015. p. 436: “Essa compreensão provém do princípio de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*). Nesse sentido, a culpabilidade apresenta-se como fundamento e limite para a imposição de uma pena justa.”

⁴⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2007. p. 104.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 437-438.

⁴² PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 341-342.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: R. dos Tribunais, 2015. p. 544-545.

Superada uma breve conceituação sobre a culpabilidade, podemos aprofundar à discussão acerca do que seria o princípio da coculpabilidade. Para isso é relevante traçar uma contextualização histórica sobre o tema.

Nilo aponta que o artigo 5º, inciso I do Código Penal da República Democrática da Alemanha (1968) surgiu como um “pontapé inicial” sobre o princípio da coculpabilidade, no qual dispunha que “uma ação é cometida de forma reprovável quando seu autor, não obstante as possibilidades de uma conduta socialmente adaptada que lhe tenham sido oferecidas, realiza, por atos irresponsáveis, os elementos legalmente constitutivos de um delito ou de um crime”.⁴⁴

Por outro lado, existem três correntes que tentam explicar o surgimento do princípio da coculpabilidade: I) no século XVIII com as ideias iluministas; II) nos direitos socialistas; III) no início do século XX. Moura defende que a explicação mais coerente seria o surgimento do princípio juntamente com o Estado Liberal, que por sua vez, proporcionou um liberalismo e um individualismo exacerbado, acentuando ainda mais as desigualdades sociais e o Direito como um mecanismo de controle social.⁴⁵

Zaffaroni e Pirangeli defendem que o conceito do princípio da coculpabilidade foi uma ideia introduzida pelo direito penal socialista, herdeira do pensamento de Jean Paul Marat.⁴⁶

Moura complementa a contextualização histórica afirmando que há registros da utilização da coculpabilidade às avessas, com o objetivo de aplicar pena mais branda aos detentores de melhores condições sociais. Em outras palavras, para a classe dominante a pena aplicada seria de multa, em detrimento da classe mais baixa que seria aplicado as penas de prisão e corporais. Esse fato histórico caminha de forma oposta ao ideal de coculpabilidade buscado nos dias de hoje.⁴⁷

Naquela época, a coculpabilidade às avessas se apresentava de três formas: a primeira, tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; a segunda, aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômico; e a terceira como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social e penal⁴⁸. Contudo, acerca da coculpabilidade como aumento de reprovação penal, tal previsão não faria sentido, visto que a reprovabilidade da conduta daqueles já excluídos socialmente encontra-se inserida

⁴⁴ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 105.

⁴⁵ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 65-66.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547.

⁴⁷ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁸ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 130.

no ordenamento, não necessitando de uma previsão que aumente ainda mais essa reprovabilidade.⁴⁹

Em suma, não há uma resposta unânime que explique a origem histórica do princípio da coculpabilidade. Entretanto, a conceituação do princípio segue uma mesma linha ideológica de raciocínio. É o que será apresentado a seguir.

4.3. Conceito de coculpabilidade

A princípio Greco acredita que a coculpabilidade surge no Direito Penal “para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”⁵⁰. Como dito anteriormente, a finalidade do princípio da coculpabilidade não é inverter os papéis de modo que o Estado se torne um criminoso, até mesmo porque seria impossível exigir que o Estado cumpra alguma pena.

Acontece que, conforme leciona Zaffaroni e Pierangeli: “Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘coculpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar.”⁵¹

Diante disso, podemos concluir que as oportunidades não ofertadas às pessoas socialmente mais vulneráveis, bem como o seu histórico de vida, devem refletir no modo como o Estado detentor do *jus puniendi*⁵² lida com tal realidade no momento de exercer o poder punitivo.

⁴⁹ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 69-73.

⁵⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral: volume I : arts. 1º a 120 do CP**. 14. ed., rev., ampl e atual. até 1 de janeiro de 2012. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 412.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 537.

⁵² ZANOTELLO, Marina. **O princípio da coculpabilidade no Estado Democrático de Direito**. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 21: “O Estado, ente de direito público detentor do “jus puniendi”, encarregado de tutelar os direitos, deve mais ainda se esforçar para que seus atos, atos de seus agentes, cumpram os valores preconizados pela Constituição e realizemos direitos fundamentais, no que tange às suas relações com os indivíduos.”

Fazendo um paralelo entre a triste situação de desigualdade social e o ideal de igualdade, não faria sentido valorar da mesma forma condutas praticadas por pessoas inseridas em contextos sociais tão distintos. Para Ferrajoli, o princípio da igualdade⁵³ é um princípio normativo e um juízo de valor que ocorre justamente porque os homens são diversos. Mas, na igualdade no sentido formal as pessoas devem ser consideradas tão iguais quanto for possível.⁵⁴ Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos leciona que: “Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais e desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.”⁵⁵

Em outras palavras, as pessoas só podem ser consideradas iguais até o patamar em que isso é possível. Por óbvio, uma igualdade completa entre a sociedade é uma utopia. Mas, no momento em que essa desigualdade torna-se excessivamente desproporcional, é inviável o tratamento idêntico à classe privilegiada e à classe vulnerável.

A definição de Moura é no sentido de que: “A coculpabilidade é uma *mea-culpa* da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito na nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.”⁵⁶

O referido autor ainda salienta que o prefixo “co” quer dizer estar junto, mesmo que indiretamente. Ou seja, apesar do Estado não participar efetivamente da prática do delito ele se torna responsável indireto, e por isso deve procurar meios de minimizar a criminalidade na busca do bem comum. Já o termo culpabilidade representa a inadimplência do Estado no cumprimento dos seus deveres básicos, principalmente aqueles relacionados à inclusão socioeconômica de todos os indivíduos, e desde que a situação de vulnerabilidade dessas pessoas tenham relação com a conduta delitiva praticada por elas. Em outras palavras, se, naquele caso concreto, há um juízo de menor reprovabilidade, dada a situação de hipossuficiência do indivíduo que influencia no cometimento do crime.⁵⁷

⁵³ Tanto a igualdade formal como a substancial/material.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 835.

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3 ed. Curitiba: Fórum, 2004. p. 265-266.

⁵⁶ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 17.

⁵⁷ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 63.

Para Nilo ao analisar o juízo de reprovabilidade - que por sua vez é inerente a culpabilidade - deve ser considerada a experiência social dos réus, as oportunidades que lhes foram ofertadas, bem como a assistência que lhes fora disponibilizada. Uma vez que essa análise apresente resultados prejudiciais ao réu, deve-se abrir um precedente de responsabilidade geral do Estado, uma vez que foi negligente em determinados aspectos e ao mesmo tempo é o responsável por impor a pena a essas pessoas. Nas palavras do autor “a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.⁵⁸

Portanto, apesar do princípio da coculpabilidade não estar explícito no ordenamento jurídico, a construção doutrinária caminha no sentido de reconhecer ainda que implicitamente a aplicação do princípio ao caso concreto. Ressalta-se que: “A coculpabilidade tem previsão expressa no anteprojeto de lei que visa reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro: O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas.”⁵⁹

Sendo assim, enquanto a inclusão do princípio da coculpabilidade ainda está fase inicial de discussão, defende-se a hipótese de aplicação do referido princípio como uma atenuante genérica.

4.4. A coculpabilidade como atenuante genérica

O artigo 66 do Código penal dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Nas lições de Zaffaroni o princípio da coculpabilidade “hoje faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito que reconhece direitos econômicos e sociais e, portanto, tem cabimento no código penal mediante disposição genérica do art. 66.”⁶⁰

Nesse sentido, ao lembrarmos o perfil de mulheres que estão sendo criminalizadas e do caráter seletivo do sistema penal, seria viável seguirmos o raciocínio de que se o Estado não tem proporcionado condições mínimas de dignidade e de apoio material a essas mulheres, o Estado não possui a capacidade de julgá-las como se não houvesse qualquer responsabilidade por parte dele. Entretanto, não se pode responsabilizar diretamente o Estado: “O Estado, como detentor do jus puniendi, é

⁵⁸ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 105.

⁵⁹ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 121-122.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547.

incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Isso ocorre porque o Estado não é detentor dos principais elementos que caracterizam a formação de um delito, ou seja, ele não possui vontade, consciência, discernimento, dentre outras coisas que caracterizam o sujeito ativo do delito. Além disso, seria impossível o Estado, concretizar seu direito de punir mediante a aplicação e a execução da sanção penal, já que seria uma autopunição.”⁶¹

Desta forma, uma opção viável e possível seria a aplicação do princípio da coculpabilidade por meio do artigo 66 do Código Penal, como uma atenuante genérica. Na definição de Nucci atenuantes “são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade, sem qualquer ligação com a tipicidade”.⁶² Por sua vez, as atenuantes genéricas são aquelas que abrem margem a discricionariedade do juiz, ao entender que uma determinada circunstância é relevante para atenuar a pena, seja ela anterior ou posterior ao crime. Para Masson “atenuantes genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena.”⁶³

Nessa perspectiva, o princípio da coculpabilidade se adaptaria ao artigo 66 do Código Penal, pois o Magistrado, no momento da dosimetria da pena, poderia atenuar a pena das mulheres em situação de vulnerabilidade como uma forma de retribuir a ausência do Estado pela sua negligência e sua omissão. Na opinião de Zanotello, a aplicação da coculpabilidade no artigo 66 do Código Penal seria um mecanismo para a implementação da igualização e da justiça social.⁶⁴

Ademais, podemos concluir que o atual sistema penal tem evidenciado o viés excessivamente punitivista dos juízes. Os dados demonstram que ao longo dos anos a participação das mulheres em crimes graves como o homicídio diminuiu. Em 2005, do total de mulheres presas, apenas 8% (oito por cento) respondiam por homicídio simples e qualificado; já no ano de 2016, houve a diminuição para 6% (seis por cento) de mulheres que respondiam por esse tipo penal. Outro dado relevante é que, nos crimes contra o patrimônio, não houve alterações relevantes ao longo de 11 anos. Em 2005, 8% (oito por cento) das mulheres respondiam por furto simples e qualificado; em 2016 esse número permaneceu o mesmo. Já as mulheres que praticaram roubo simples e qualificado houve

⁶¹ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 63-64.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 18. Rio de Janeiro. Forense, 2018. p. 529.

⁶³ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado** – Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 662

⁶⁴ ZANOTELLO, Marina. *Op. cit.*, p. 107.

uma pequena alteração, somavam 9% (nove por cento) em 2005 e em 2016 esse número passou para 11% (onze por cento).⁶⁵

Em contrapartida, o aumento do número de mulheres encarceradas pelo crime de tráfico de drogas aumentou consideravelmente. Em 2005, 49% (quarenta e nove por cento) das presas respondiam pelo crime e em 2016 esse número aumentou para 62% (sessenta e dois por cento). Sendo assim, podemos inferir, a partir desses dados, que os demais crimes se mantiveram quase estáticos ao longo dos anos e o tráfico de drogas, por sua vez, cresceu consideravelmente.

No ano de 2000, no qual ainda não estávamos sobre a égide da Lei de Drogas, aproximadamente 5.6 mil mulheres se encontravam presas. Já no ano de 2006, ano em que a Lei 11.343/2006 foi instituída, eram 17.2 mil mulheres na situação de cárcere, sendo que no ano de 2016 esse número saltou para 42.4 mil mulheres privadas de sua liberdade⁶⁶, dentre as quais 62% (sessenta e dois por cento) respondem por tráfico de drogas⁶⁷.

Por isso, podemos afirmar que o grande impulsionador do encarceramento feminino em massa é o tráfico de drogas. Conseqüentemente, também é o principal causador do aumento 656% (seiscentos e cinquenta e seis por cento) de mulheres encarceradas no Brasil⁶⁸.

No que tange ao crime de tráfico de drogas, se faz necessário uma análise de como a situação de vulnerabilidade dessas mulheres propiciam a sua entrada no mundo do crime. A princípio, ressalta-se que a grande maioria dessas mulheres ocupam tarefas de menor importância no tráfico, entretanto, a punição acontece muitas vezes de forma desproporcional, com penas excessivamente longas ou de caráter provisório. Ramos explicita que: “É comum ouvirmos gestores do sistema de segurança pública afirmar que é impossível combater a entrada da droga nos presídios, chegam a dizer que ela é fundamental para a manutenção da cadeia em um ambiente calmo. Mas quem paga o preço dessa calma? Quem fomenta essa circulação de drogas dentro das unidades? O preço do ambiente calmo, na cadeia, é o aumento no encarceramento de mulheres, que cada vez mais se arriscam para levar pequenas quantidades de droga para esse universo paralelo, dentro das prisões”.⁶⁹

⁶⁵ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 55.

⁶⁶ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 15.

⁶⁷ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 53.

⁶⁸ INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 14.

⁶⁹ RAMOS, Luciana de Souza. *Op. cit.*, p. 16.

Todavia, essa circunstância não é única e não deve ser vista isoladamente, outros fatores podem ser tão ou mais relevantes para essa escolha, como a necessidade econômica e a busca por autonomia financeira, visto a situação de exclusão no mercado de trabalho dessas mulheres econômico e socialmente vulneráveis⁷⁰.

Além disso, outras situações de vulnerabilidade podem propiciar a entrada dessas mulheres no crime. Uma delas é falta de acesso a uma educação adequada que as impede de se inserir no mercado de trabalho e conseqüentemente impossibilita seu sustento e o sustento de seus filhos; ou situações em que envolvam abandono familiar, situação de rua, fome, violência doméstica e familiar, entre outras situações que possam colocar essa mulher em posição de vulnerabilidade.

Entretanto, isso não significa dizer que a condição financeira ou social é determinante para as mulheres optarem pelo crime, mas sim que a falta de direitos básicos que o Estado poderia fornecer para essas mulheres propiciam essas escolhas. Dentro dessa perspectiva de abandono do Estado frente a essa realidade é que o mesmo deveria ser coculpabilizado.

Ademais, apesar da grande parcela das mulheres estarem de privadas de sua liberdade por cometerem um crime considerado como menos grave⁷¹, o número de mulheres em situação de cárcere segue uma lógica contrária, aumentando de modo expressivo nos últimos anos⁷². Discute-se aqui se a característica de *ultima ratio* do Direito Penal vem sendo cumprida, ou se este tem sido utilizado como instrumento de controle social para todo e qualquer caso.

Nessa perspectiva, Moura também defende o princípio da coculpabilidade como um aliado na busca pelo Direito Penal mínimo, pelas seguintes razões: “a) a positivação da co-culpabilidade gera mais uma disposição na legislação penal, que atenuará ou diminuirá a pena do cidadão [...]; b) diminuição da população carcerária, propiciando um avanço no caminho para solucionar o problema da superlotação das prisões brasileiras; c) o reconhecimento da prescrição em tempo mais curto; d) o propiciamento da não-intervenção penal em casos extremos de exclusão social, ou nos casos em que essa exclusão social, econômica e cultural leva o agente ao desconhecimento da lei e, às vezes, a erro, por desconhecer a ilicitude do fato.”⁷³

⁷⁰ RAMOS, Luciana de Souza. *Op. cit.*, p. 60.

⁷¹ Levando em consideração crimes contra à vida e crimes cometidos com violência ou grave ameaça, como por exemplo homicídio (simples ou qualificado) e roubo (simples ou qualificado).

⁷² Entre os anos de 2000 e 2016 o aumento dos homens no sistema prisional foi de 293%, em detrimento de um aumento de 656% da população feminina encarcerada nesse mesmo período. Fonte: INFOPEN Mulheres. *Op. cit.*, p. 14-15.

⁷³ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 150-151.

Portanto, entende-se que a futura inclusão do princípio da coculpabilidade favorecerá diversos aspectos do Direito Penal e do Processo Penal como um todo.

Em suma, pretende-se que no momento da análise de cada prática delitiva verifique se o grau de autodeterminação da mulher, de forma que não sejam ignoradas suas experiências sociais, visando alcançar uma punição o mais justa possível. Conforme Zanolello: “Se constatar-se que a autodeterminação do sujeito se encontrava reduzida, bem como se atestar a sua inferiorização em decorrência de condições sociais adversas, existirá um imperativo fático imposto pela sociedade organizada e pelo Estado e deverá ser reconhecido o estado de vulnerabilidade do sujeito, com a consequente redução, ou dependendo da circunstância, a exclusão de sua responsabilidade penal.”⁷⁴

Ademais, a hipótese da coculpabilidade como atenuante genérica é apenas uma possibilidade viável entre outras existentes. Moura em capítulo específico elenca outras quatro possibilidades. A primeira é acrescentar a ideia da coculpabilidade como uma circunstância judicial no artigo 59 do Código Penal no momento da primeira fase de aplicação da pena. Essa hipótese é refutada pelo referido autor, no sentido de que seria inútil reconhecer a coculpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena, visto que a pena não poderia ficar a baixo do mínimo legal.

A segunda possibilidade é a positivação no artigo 65 do Código Penal, com o acréscimo de mais um inciso. Essa hipótese limitaria o poder de decisão do julgador, entretanto, de qualquer forma, a doutrina e jurisprudência entendem que não poderia abaixar a pena para além do mínimo legal.

Já a terceira e quarta hipóteses são elencadas como audaciosas. A terceira seria acrescentar um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, como uma causa de diminuição da pena, caso o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas e sociais. Ou seja, quanto mais grave a situação de vulnerabilidade do indivíduo, mais diminuída será sua pena. Por sua vez, a última hipótese seria a coculpabilidade como mais uma causa de exclusão da culpabilidade, já que dada a condição de tamanha vulnerabilidade e miserabilidade não incidiria sobre a pessoa qualquer reprovação social ou penal. Ressaltando que em todas as hipóteses o estado de miserabilidade deve ser uma das causas determinantes do crime.⁷⁵

Em suma, dentre as hipóteses possíveis para aplicação do princípio da coculpabilidade, aquela que parece ser mais adequada e viável, vislumbrando uma

⁷⁴ ZANOTELLO, Marina. *Op. cit.*, p. 137.

⁷⁵ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 127-130.

aplicação a curto prazo, é a coculpabilidade como uma atenuante genérica conforme o artigo 66 do Código Penal. Isso se deve ao fato de que a partir de uma previsão legal já existente, o Magistrado se obrigaria a fazer uma interpretação e, a partir dela, decidir se naquele determinado caso concreto se aplicaria ou não a coculpabilidade. De acordo com Barcellos e Barroso: “O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”.⁷⁶

Sendo assim, entre a hipótese de se acrescentar mais uma previsão legal, que deveria passar por todo trâmite legal e que seria uma possibilidade a longo prazo⁷⁷, e a hipótese de uma mudança na interpretação dos Magistrados de um dispositivo legal já existente, a segunda escolha parece ser mais adequada.

Ademais, a aplicação da atenuante genérica já seria suficiente para que o princípio venha ser utilizado no ordenamento jurídico e minimize a situação das mulheres no cárcere, quando o crime que as colocou naquela situação guardar relação com sua vulnerabilidade decorrente do abandono do Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, conclui-se que, apesar de um dos fundamentos do Brasil, como um Estado Democrático de Direito, ser minimizar as desigualdades sociais e erradicar a pobreza, a tarefa tem se mostrado totalmente inviável da forma como se encontra. Um marco considerável, que exemplifica essa realidade, é o encarceramento feminino em massa, delimitado por perfil específico de mulheres no sistema penitenciário.

A partir dos dados trazidos no decorrer do texto, podemos inferir como o Direito Penal tem sido uma ferramenta de seletividade, uma vez que a grande maioria das mulheres privadas de sua liberdade é, de alguma forma, vulnerável. A vulnerabilidade social e econômica dessas mulheres não deveria ter como resposta do Estado a privação de sua liberdade.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista da EMERJ, v. 6, n. 23. 2003. p. 28.

⁷⁷ ZANOTELLO, Marina. Op. cit., p. 106. Isso não significa dizer que a posituação é desnecessária ou inadequada, visto que seria uma forma de minimizar o arbítrio judicial e de conferir obrigatoriedade em sua análise e aplicação.

Uma solução, pelo menos a curto prazo, visto que não necessitaria de uma positivação legal é a aplicação do princípio da coculpabilidade como uma atenuante genérica no momento da dosimetria da pena. Valendo-se para tanto do artigo 66 do Código Penal.

Essa seria uma hipótese viável que retribuiria à ré, em face da negligência do Estado em não oportunizar acesso a direitos básicos, impedindo-as de ter o mínimo de condições essenciais para uma vida digna, em outras palavras, seria uma resposta do Estado frente ao abandono e descaso com essas mulheres. Por isso, embora o princípio da coculpabilidade não seja explícito no ordenamento jurídico, ele seria uma resposta justa que responsabilizaria indiretamente o Estado frente à sua omissão que de alguma maneira contribuiu para impulsioná-las à marginalidade.

Ressalta-se que ainda hoje o tema é pouco debatido, com uma escassez bibliográfica e jurisprudencial, principalmente por ser uma proposta que se contrapõe aos interesses das classes dominantes. Mas, apesar de tal consideração, é relevante levantar uma discussão que critique a postura do Estado de utilizar o Direito Penal como um propulsor das desigualdades sociais e proponha uma solução que minimize as consequências para aquelas que praticaram alguma prática delitativa que guarde relação com sua situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcius Alexandros Antunes de. **Críticas e alternativas à prisão preventiva.** – Porto Alegre, 2010. 147 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revan: 2011.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista da EMERJ, v. 6, n. 23. 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: volume 1 : parte geral.** 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2015

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 27. ed., atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2012.

CAMPOS, Carmen (org.). **Criminologia e feminismo.** Porto Alegre: Sulina, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Salvador, BA: Juspodivm, 2017

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed., rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014.

INFOPEN Mulheres, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2ª edição.** / organização Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa. - Brasília: Ministério da Justiça e segurança pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral: volume I : arts. 1º a 120 do CP**. 14. ed., rev., ampl e atual. até 1 de janeiro de 2012. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2005.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal - 1.reimp.**-Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 18. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

RAMOS, Luciana de Souza. **Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas**. 2012. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial**. 14 ed., ver., atual. e amp. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3 edição. Curitiba: Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: R. dos Tribunais, 2015.

ZANOTELLO, Marina. **O princípio da coculpabilidade no Estado Democrático de Direito**. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinariedade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia, etc. Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

- a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;
- b) *Processo Penal*;
- c) *Crime e Sociedade*;
- d) *Sistema Prisional*.

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais de Direitos Humanos. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* - Comentário Jurisprudencial. Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas realizadas em âmbito acadêmico (como teses de doutorado), há a seção **Resenhas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico.

2. Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço *revista@ibccrim.org.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc ou docx). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

2.1. Elementos textuais de artigos científicos

- a) Os artigos deverão ser precedidos de uma **página de apresentação** da qual se fará constar: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade

⁷⁸ RBCCrim. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao>. Acesso em: 15/11/2019.

exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES;

b) Os trabalhos devem ter preferencialmente **entre 20 a 40 páginas**. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, usar a **Times New Roman, corpo 12**. Os parágrafos devem ter **entrelinha 1,5**; as **margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, francês, inglês ou italiano. Em qualquer caso, deverão ser indicados, **no idioma do artigo e em inglês**, o **título do trabalho, o sumário, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave**.

e) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

f) O **título** do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

g) A **qualificação/afiliação** do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu **respectivo estado da federação e a cidade**); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado **e-mail para contato**. Exemplo:

Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. *E-mail*.

h) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé **qualquer financiamento ou benefícios recebidos** de fontes comerciais (por ex. se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for **resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento** (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

i) O **resumo** deverá ter até 200 palavras, apresentando seus objetivos, problema(s), justificativa, metodologia e hipótese(s).

j) A numeração do **sumário** deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No Sumário deverão constar os itens com até três dígitos.

Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências bibliográficas.

k) As **referências bibliográficas** deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). Há preferência por texto que utilizem referências em **formato completo em notas de rodapé** ao final de cada página. Contudo, também são aceitas referências em formato autor-data.

l) A **bibliografia** consultada deverá ser referenciada ao final do trabalho, devendo conter somente os textos citados no artigo. A bibliografia deverá ser abrangente, citando referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada.

m) Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. **Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado.** Citações diretas de outros autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado ("destaque do original").

n) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o link e a data de acesso.

2.2. Cientificidade e ineditismo

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, resumizando os estudos prévios sobre a temática e informar aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Portanto, serão publicados artigos que **apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais**, a partir de **revisão doutrinária sólida e/ou pesquisa empírica inédita**. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual das ciências criminais acerca da temática abordada.

Os trabalhos submetidos deverão ser **inéditos** (nunca publicados/divulgados) e **não deverão estar sob avaliação em outro periódico**. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na internet; já publicados no exterior (ainda que em outra língua);

publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os trabalhos que, embora publicados anteriormente em anais de eventos científicos, apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (identificar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão).

2.3. Aprovação por comitê de ética

Quando o trabalho utilizar-se de dados obtidos por meio de pesquisas empíricas inéditas envolvendo seres humanos (como, por exemplo, a realização de entrevistas ou questionários), impõe-se a análise do projeto por comitê de ética da Instituição de Ensino Superior à qual o autor esteja vinculado. Tal informação deverá estar expressa no corpo do artigo ou em nota de rodapé, identificando o comitê de ética, a instituição e o número do processo em que houve a aprovação do respectivo projeto.

2.4. Resenhas e comentários jurisprudenciais

Serão publicadas **resenhas** de livros de interesse jurídico e científico para a linha editorial do periódico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado.

Os **comentários jurisprudenciais** poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas.