



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Teoria da Co-Culpabilidade Como Forma de Legitimação do Discurso Penal
e Resgate do Estado Social

Manoela Lima Costa Ferreira

Rio de Janeiro
2015

MANOELA LIMA COSTA FERREIRA

A Teoria da Co-Culpabilidade Como Forma de Legitimação do Discurso Penal e Resgate do Estado Social

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PENAL E RESGATE DO ESTADO SOCIAL

Manoela Lima Costa Ferreira

Graduada pela Faculdade de Direito de Valença. Advogada.

Resumo: Com a Constituição de 1988 e o reconhecimento dos direitos fundamentais de 3ª geração, são impostas determinadas obrigações ao Estado. Caracterizada a necessidade de sua intervenção na sociedade, o Estado desempenha importante papel na promoção da dignidade humana e isonomia substancial. Todavia, em que pesem as imposições da Constituinte, verifica-se patente inércia por parte do Estado no cumprimento de suas obrigações constitucionais. A essência do trabalho é abordar a influência da inércia estatal no cometimento de infrações penais pelos seguimentos sociais negligenciados, propondo uma divisão da responsabilidade imposta entre o infrator e o Estado.

Palavras-chave: Direito Penal Constitucional. Inércia Estatal. Penalização.

Sumário: Introdução. 1. Omissões do Estado Social de Direito. 2. Funções da Pena e a Atual Deslegitimação do Discurso Penal. 3. Da Necessidade de Objetivação da Hipótese de Atenuação da Pena. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A instauração do Estado Social de Direito é o marco da afirmação dos direitos fundamentais sociais e políticos. Com a derrocada do liberalismo, reconhece-se que o Estado deve adotar posturas intervencionistas para a promoção de uma vida digna em sociedade. O Estado deve proporcionar aos seus administrados o mínimo existencial, mediante a adoção de uma postura positiva, com implementação de políticas públicas, inclusive.

Ocorre que se verifica uma crise de inefetividade das normas constitucionais, caracterizada pela inércia do Estado no cumprimento das obrigações que lhe foram impostas pela Constituição. Com isso, determinados seguimentos da sociedade, aos quais as oportunidades de desenvolvimento não são deferidas, restaram segregados e marginalizados.

O não provimento das garantias mínimas de dignidade aos indivíduos negligenciados é fator de grande influência no cometimento de infrações penais por estes indivíduos. Assim, a responsabilidade do Estado por sua inércia injustificada leva a uma necessária atenua-

ção da pena imposta aos indivíduos em questão, mediante uma divisão da imputação final entre estes e a sociedade.

O primeiro capítulo do presente trabalho abordará as omissões do Estado Social de Direito quanto às suas incumbências em relação à promoção da vida digna, de forma isonômica, a todos os seus administrados.

O segundo capítulo abordará as funções da pena privativa de liberdade, com ênfase na atual deslegitimação de sua incidência, na medida em que não se vislumbra, na atualidade, a sua razão ressocializadora.

O terceiro capítulo se destina a propor a objetivação e reconhecimento efetivo da coculpabilidade como fator atenuante da pena, como forma de vincular a repartição da responsabilidade entre o apenado e o Estado inerte, na medida em que a discricionariedade conferida ao julgador pelo conceito jurídico indeterminado torna letra morta a disposição legal a que se fará alusão.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica e documental, de natureza explicativa - qualitativa.

1. OMISSÕES DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Desde a sua implementação, o Estado passou por diversas fases e cada uma delas caracteriza, em última análise, sua conduta positiva ou negativa em relação aos administrados. Atualmente, com o reconhecimento dos direitos fundamentais de 3ª geração e da importância do postulado da dignidade humana, o Estado encontra-se em sua fase mais atuante, tendo em vista a necessidade de um Estado Interventor¹.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137-138.

No Estado Social de Direito, algumas obrigações são impostas ao poder público. Todas essas obrigações encontram fundamento de validade na Constituição de 1988 e buscam, em última análise, promover a dignidade humana. Esse conjunto de normas mandamentais a que o Estado se submete são considerados filamentos da dignidade humana, e são obrigações inescrutáveis para que se garanta o mínimo existencial, que é direito fundamental de todo e cada indivíduo².

Seja pela demanda de prestações positivas, seja pela negligência injustificada de seus dirigentes, o Estado encontra-se em falta, inadimplente para com suas obrigações constitucionais. O que se verifica é um descaso profundo em relação a determinados indivíduos, descaso este que implica rompimento com a isonomia substancial. Isso porque é possível visualizar que os indivíduos a que se alude encontram-se em situação extremamente diversa daquela em que se enquadram outros seguimentos sociais, que foram brindados com suas garantias fundamentais.

A ausência do Estado no que se refere à saúde, educação, alimentação e lazer é uma omissão que influencia sobremaneira na formação do indivíduo. Trata-se de um fator exógeno, que propicia um ambiente precário e distante de tudo aquilo que é necessário para o desenvolvimento de um cidadão.

Ainda que o texto constitucional determine, propague, exalte e obrigue a dignidade humana, como postulado e fundamento da República, a inércia estatal rompe com todos os seus filamentos e cada dever não cumprido importa em uma violação a um direito fundamental consagrado, reconduzível à própria dignidade humana, como é o caso da isonomia substancial. Esse preceito é desrespeitado na medida em que é possível visualizar, no dia-a-dia, a diferença no desenvolvimento, nas oportunidades, no próprio conceito de vida que leva uma parcela da sociedade em relação à outra. Este é um efeito do descumprimento, por parte do

² Ibid., p. 607-609.

Estado, das obrigações constitucionais a si imposta. Não basta que a Constituição consagre e imponha, que todos os seus dispositivos reconduzam à dignidade humana, se a omissão reiterada e legitimada no interesse de alguns permanecer. Com efeito, também viola-se a constituição por meio de omissões e a conduta passiva no que se refere ao provimento das condições mínimas de dignidade aos seus administrados, é violação patente à Constituição/88.

Concluindo-se pela responsabilidade do Estado na promoção dos direitos fundamentais, mediante a tomada de medidas intervencionistas e implementação de políticas públicas para a consecução da isonomia substancial e da dignidade humana³ e, verificadas as omissões inconstitucionais em que incorre o Estado no cumprimento de suas obrigações, resta evidenciado que alguns grupamentos sociais foram negligenciados. Esses indivíduos, que se formam em um ambiente precário, sem as mínimas condições de desenvolvimento, inclusive psicológico, são influenciados pelas condições sociais em que se encontram; situação que não foi remediada pelo Estado, que tem o dever constitucional de fazê-lo. As normas constitucionais que constituem verdadeiros mandamentos direcionados ao Estado tornam-se letra morta diante de graves omissões. As normas constitucionais sofrem, assim, de uma verdadeira crise de inefetividade, o que repercute na esfera de interesses e direitos fundamentais dos indivíduos.

Os Tribunais Superiores vêm legitimando o intervencionismo judicial, no sentido de determinar a implementação das políticas e medidas que objetivam o alcance verdadeiro da dignidade humana e isonomia material⁴. Contudo, é necessário que se observe o princípio da separação dos poderes, que também constitui pilar do Estado. Diante disso, é imperioso consagrar outros meios de atenuar as mazelas ocasionadas pela inércia estatal no rompimento com direitos e princípios fundamentais, sob pena de silenciar qualquer argumento que busque desconstituir a assertiva de que a Constituição nada mais é do que letra morta.

³ Ibid., p. 613; 656-657.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 554.075 AgR, Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307>> .Acesso em: 17 nov. 2015.

2. FUNÇÕES DA PENA E A ATUAL DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PENAL

Classicamente, a pena privativa de liberdade, sanção penal por excelência, possui determinadas funções, que objetivam esclarecer e atestar sua utilidade, necessidade e suficiência, conforme demanda o Estatuto Penal.

Nesse contexto, diversas teorias foram elaboradas e, ao longo do tempo, equacionou-se o entendimento segundo o qual a função da pena privativa de liberdade socorre-se de uma Teoria Mista, que abrange não só a Repressão, como a Prevenção⁵. A repressão refere-se ao castigo infligido ao contraventor da norma penal incriminadora que, com sua violação, cria um estado de intranquilidade social⁶.

A Prevenção, que subdivide-se em Especial e Geral, encerra o aspecto psicológico da sanção penal. É dizer, uma vez que a reprimenda subjacente à restrição da liberdade de locomoção seja imposta ao agente que comete um crime ou contravenção penal, a coletividade experimenta um sentimento de temor à certeza de aplicação efetiva do direito, restando inibida, de forma geral, de praticar condutas contrárias ao tipo penal. Sob a ótica especial, a pena exerce função negativa e positiva. Na primeira hipótese, deve ser reconhecido que, na segregação do indivíduo reside o fim último da pena, ou seja, estando o sujeito momentaneamente encarcerado, não será possível o cometimento de crimes ou contravenções no seio social.

Positivamente, a prevenção especial opera-se diretamente sobre o psicológico do infrator, individualmente considerado, com a proposta de inculcar-lhe sentimento de repulsa à conduta delitiva, para que o agente, uma vez segregado, abstenha-se de cometer futuras infrações penais. Nesse aspecto reside, também, a aclamada ressocialização do apenado que, após

⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2003, p. 543.

⁶ *Ibid.*, p. 81-82.

certo período de tempo segregado, sob a condição de “reeducando”, estaria apto a retornar ao convívio em sociedade, portando-se da forma que dele, legitimamente se espera⁷.

Sintetizadas, teologicamente, as funções da pena, é necessário questionar até que ponto a pena privativa de liberdade cumpre os objetivos a que se propõe. Indaga-se: a sanção penal cumpre, efetivamente, as suas funções?

O cumprimento efetivo das funções da pena é o que legitima o discurso penal, no que se refere à sanção. Teoricamente, as funções da pena não podem limitar-se à reprimenda do mal praticado ou à neutralização do malfeitor, sob pena de deslegitimação de toda a dogmática penal punitiva.

Em confronto à função repressiva absoluta, o próprio ordenamento jurídico respalda a imprescindibilidade da existência de uma pena útil e necessária. Além de proporcional ao mal causado, o aspecto funcional da pena não pode ser ignorado⁸.

Verificado que é necessário compatibilizar os dois aspectos do funcionalismo penal, deve-se perscrutar o efetivo cumprimento da função preventiva especial na atualidade, notadamente sob a ótica positiva da ressocialização.

Nenhum ramo do direito pode pretender abster-se de preocupações com o destino do ser humano, justamente por ser ele o centro e o destinatário de toda ciência jurídica, regras e princípios inerentes que, aliás, foram construídos e lapidados para reger suas interações. Nessa linha, não seria legítimo relegar a ressocialização do ser humano que viola a norma penal a um compartimento estanque, negando vigência a seus direitos e garantias fundamentais, na esteira do que se convencionou chamar Direito Penal do Inimigo. A ressocialização, portanto, e conforme consignado, é um fator indissociável da aplicação da pena privativa de liberdade

⁷ Ibid., p. 541-542.

⁸ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016.

e constitui um dos vetores, inclusive, de que se vale o julgador no momento de aplicar a quantidade e a espécie de reprimenda penal.

Não se pode conceber um ordenamento repressivo que não seja temperado pelo resguardo de direitos e garantias fundamentais, pelo postulado da dignidade humana e demais valores de carga axiológica imensurável, sob pena de violação à Carta Constitucional, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de total deslegitimação do discurso penal. Nessa linha, a busca pela ressocialização a que se propõe a pena deverá ser, imprescindivelmente constatada nos casos postos a julgamento.

Ocorre que, diante do cenário atual de criminalidade massiva, superlotação carcerária e ausência de políticas públicas voltadas aos integrantes dos segmentos sociais mais pobres, é forçoso reconhecer que o fenômeno da ressocialização não passa de um programa, de uma falácia do discurso penal, a ensejar sua deslegitimação⁹.

As condições sub-humanas e a negligência no tratamento dos sujeitos encarcerados, o convívio de diferentes personalidades no ambiente carcerário, entre outros fatores, demonstram que a função ressocializadora da pena não vem sendo cumprida. Entre outras diversas recomendações, o apenado deve ser mantido em ambiente carcerário condizente com suas condições pessoais, com sua inclinação para o crime e com a infração efetivamente cometida. Contudo, os recursos escassos de que o Estado é dotado não permite o dispêndio necessário de verba pública para a consecução desta finalidade. Da mesma sorte, os escassos recursos públicos também não podem ser empregados na melhoria da qualidade de vida, em programas educativos e cuidados básicos referentes à saúde, educação e lazer quando se trata de alguém a quem foi imposta a pena privativa de liberdade.

O indivíduo é, assim, duplamente negligenciado e penalizado: primeiro porque, quando em liberdade, o Estado foi omissivo em relação às suas obrigações constitucionais soci-

⁹ GRECO, op. cit., p. 544-546.

ais, o que exerceu influência externa no comportamento do infrator, tangenciando certa inclinação criminosa¹⁰. Depois de segregado, incide a segunda afronta por omissão e, com muito mais intensidade, os direitos fundamentais do indivíduo segregado são violados e completamente esquecidos pelo Estado.

O discurso jurídico-repressivo que ora buscava validade nas variadas funções da pena privativa de liberdade não mais encontra respaldo. Atualmente é necessário reconhecer que a pena privativa de liberdade não exerce a sua função preventiva, mormente sob o aspecto especial voltado à individualidade do infrator. Uma vez encarcerado, relegado a um ambiente degradante e em contato com diferentes criminalidades, o sujeito se vê sozinho e desolado. O sentimento de revolta, a influência negativa exercida pelo novo ambiente em que é encerrado destoam de qualquer aspecto ressocializador que o discurso penal possa levantar. A realidade atual é que, ao contrário do que se propõe, a segregação carcerária vai de encontro às possibilidades de reeducação individual, reduzindo-as ou aniquilando-as.

Diante dessas considerações, conclui-se que a pena privativa de liberdade, na atualidade, restringe-se à neutralização provisória do contraventor, além da retribuição à intranquilidade social causada pelo descumprimento à norma penal. Tal conclusão gera um impasse e demanda soluções.

Para que se legitime a sua existência, mister que a pena privativa de liberdade cumpra sua função ressocializadora. Se o Estado é incapaz de prover a reeducação do apenado, o que demandaria maiores esforços na preservação e promoção da qualidade de vida e, em última análise, de sua dignidade, a pena deve ser relida e reestruturada. Deve ser encontrado o equilíbrio, devem lhe ser restauradas e devolvidas as funções primordiais, sob pena de se reconhecer que o afastamento da sanção seria a única solução. Segmentos mais radicais pregam,

¹⁰ SOARES, Orlando. *O Estado, as Classes Dominantes e os Excluídos: o Darwinismo Social como Fundamento da Escola de Direito do Evolucionismo*. Rio de Janeiro: Ed. do Livro, 1999, p. 25-26; 62.

justamente, a abolição da pena privativa de liberdade, à mingua de outras equações que levem à sua convivência harmônica com os postulados do Estado de Direito e com o discurso jurídico-penal. Em que pesem as bases sólidas desse tipo de argumentação, a abolição da pena que não cumpre suas funções indissociáveis criaria vários outros problemas para os quais também não restariam soluções.

Diante disso, devem ser buscadas medidas tendentes a equilibrar e resgatar a legitimidade do discurso penal. Deve-se buscar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, e a aplicação da pena de forma que, com estes, convirja.

Para tanto, é necessário identificar a principal causa do aumento da criminalidade e da ineficiência da pena para fins de ressocialização, o que não é tarefa árdua, uma vez que, nesse contexto, a inércia do Estado é notória.

Conforme explicitado, o encarceramento, na maioria dos casos, promove a segunda penalização. O Estado mantém-se inerte, e sua omissão se vê com maior clareza. Nesse momento, apela-se ao ativismo judicial.

É vasta a jurisprudência que responsabiliza o Estado pelas condições a que determinados presos são submetidos. Há casos em que o Estado é condenado a compensar os danos morais suportados por aqueles que estão sob sua custódia e são vitimados por sua inércia¹¹.

Nesse sentido, insere-se a responsabilidade civil objetiva do Estado. A administração é responsável, independentemente da comprovação de culpa, pelos danos físicos e psíquicos causados àqueles sobre os quais possui dever de guarda e cuidado.

Ocorre que, repetidamente o Estado é condenado a indenizar os prejuízos suportados e, ao invés de as condenações estimularem a mudança ou tomada de alguma postura positiva, os prejuízos são, da mesma forma, repetidamente causados.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. AC 8287 MS 2006.008287-3. Relator: Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4012723/apelacao-civel-ac-8287/inteiro-teor-12135959>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

Nesse cenário, o operador do direito deve se valer de mecanismos tendentes a modificar a realidade dos jurisdicionados que se encontram nesse tipo de situação, mediante a concretização das normas, especialmente daquelas que consagram direitos fundamentais.

À guisa de exemplo, no RE 580.252¹², o Ministro Luís Roberto Barroso propôs, à míngua de indenização em dinheiro, a diminuição da pena, pelo instituto da remição, a despeito de qualquer previsão legal neste sentido. De acordo com a proposta do Ministro, para cada dia três dias vivido em condições degradantes, um dia de pena deveria ser abatido.

A modulação da quantidade de pena imposta, na espécie, coaduna-se com a máxima efetividade dos direitos fundamentais¹³. Verificado, na hipótese, que o pagamento pelos prejuízos morais não seria capaz de compensar minimamente os danos advindos das condições a que foi submetido o apenado, optou-se por solução diversa, que busca fundamento de validade diretamente na Constituição e pretende atender à proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que ateu-se à exata condição em que se encontrava o indivíduo, entendendo-se que a remição da pena seria a medida mais eficaz para reequilibrar a situação concreta posta a análise.

O que se busca solucionar no confronto entre a realidade da vida carcerária e os objetivos da sanção penal, é justamente a legitimação de sua existência, uma vez que sem a reprimenda a sociedade seria relegada a um estado de caos. Nesse contexto, o julgador deve se socorrer dos postulados que norteiam o Estado de Direito, cujo centro é o ser humano, seja em liberdade ou privado desta. Não se pode diferenciar o indivíduo pela condição em que se encontra, a fim de legitimar omissões inconstitucionais, conforme o que vem sendo feito. O que se deve ter em mente é adoção de medida diametralmente oposta, ou seja, a concretização

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 580.252, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStd/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

¹³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

da isonomia material, que consiste em tratar os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade¹⁴.

3. DA NECESSIDADE DE OBJETIVAÇÃO DA HIPÓTESE DE ATENUAÇÃO DA PENA

O Estatuto Penal, além de prever causas especiais de aumento e de diminuição de pena relacionadas diretamente ao tipo penal incriminador, contempla hipóteses genéricas de atenuação e agravação da sanção penal. Constam do artigo 65¹⁵ as atenuantes genéricas e, tão logo tenham sido positivadas, o legislador entendeu por bem introduzir um artigo 66¹⁶, de acordo com o qual “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

A previsão sob comento, ainda que timidamente, abre a possibilidade para que se aplique a Teoria da Co-Culpabilidade do Estado, conquanto a omissão em que incorre poderia ser considerada uma circunstância relevante não prevista expressamente em lei. Ainda assim, diante da crescente criminalidade, muitos julgadores são reticentes ao atenuar a pena, vinculados que estão a uma mentalidade de repressão e neutralização do indivíduo infrator da norma.

De acordo com a leitura do dispositivo supramencionado, extrai-se que a atenuação da pena, ainda que as circunstâncias sejam relevantes, não consubstancia uma obrigação, mas limita-se a facultar que o julgador proceda à dosagem da sanção penal, de acordo com o seu livre convencimento. Não se trata, nem mesmo, de um dever subjacente à necessidade de mo-

¹⁴ SILVA, Nícolas Trindade da. *Da Igualdade Formal a Igualdade Material*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40530&seo=1>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

¹⁵ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016.

¹⁶ Ibid.

tivação das decisões judiciais, uma vez que não é nem mesmo imposto ao magistrado que consigne as razões pelas quais entende não haver circunstância relevante apta a atenuar a pena.

Coaduna-se com o direito fundamental à liberdade de locomoção, diretamente vinculado à dignidade humana, o reconhecimento de existir, na realidade, uma obrigação da qual o julgador não pode se desincumbir e, então, o apenado poderia valer-se de, ao menos, um esforço argumentativo por parte do julgador, o que lhe poderia servir, inclusive, para fins de eventual recurso a instâncias superiores.

Na medida em que a co-culpabilidade seja positivada, em critérios menos vagos quanto for possível, o julgador não poderá abster-se de se pronunciar acerca das influências exógenas do ambiente em que aquele a quem se julga foi relegado, fazendo com que a circunstância conste de sua sentença. Tal postura, ainda que por determinação legal, se incutida na mentalidade dos operadores do direito, num movimento pró-liberdade, dignidade e igualdade material se disseminaria no âmbito do Judiciário e, uma vez consagrada a possibilidade de uma divisão do encargo penal, seria possível considerar um Poder Executivo mais ativo, um verdadeiro Estado Social e prestacional.

Com efeito, ao começar a arcar, ainda que de forma indireta, com parte da sanção imposta aos jurisdicionados, nas ocasiões em que se constatou sua inércia no desenvolvimento do indivíduo a despeito de obrigações constitucionais, o Estado seria coagido a adotar posturas diferentes. Diante da ação positiva, não seria concebível repartir o encargo penal. Cuidasse, portanto, de compelir os vários atores a adotar as condutas que lhes foram atribuídas pela Constituição Federal e não de criar manobras e Teorias voltadas à impunidade.

A positivação de uma determinação legal quanto à necessidade objetiva de se considerar, objetivamente, que existe uma responsabilidade por parte do Estado no cometimento da

infração sob análise no caso concreto tende a remediar o incessante desrespeito ao princípio da igualdade e a constante violação, ainda que por omissão, a direitos fundamentais vários.

O comando legal que se propõe seja introduzido constituiria uma etapa de individualização das penas que, diga-se de passagem, é também um direito fundamental¹⁷. Verifica-se que, apesar da existência de um critério trifásico como balizador a ser observado na dosimetria da pena, uma circunstância extremamente relevante passa sempre despercebida. Na ausência de uma obrigação legal, cujo descumprimento acarrete sanção, não será viável a garantia e promoção de direitos fundamentais que propõe a Constituição Cidadã

CONCLUSÃO

A despeito da instauração do Estado Social, assim concebido com a promulgação da Carta de 88, é possível verificar que determinados indivíduos têm, recorrentemente, os seus direitos fundamentais violados. O Estado, concebido como prestacional pela constituinte, incorre em inércia no que diz respeito à consecução da dignidade de determinados seguimentos da sociedade, desobedecendo aos mandamentos constitucionais, agredindo direitos e se distanciando, a cada dia mais, da almejada igualdade substancial, com a qual se pretende construir uma sociedade livre e fraterna.

A Teoria da Co-culpabilidade pretende ser um remédio para anestesiar as mazelas da inação do Estado, propondo a divisão do encargo penal entre o infrator da norma e o Estado que o negligenciou. Nesse contexto, se reconhece que a omissão do Estado prejudica o desenvolvimento do ser humano, relegado à vida em comunidades, apartado da educação, do lazer,

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

da alimentação, do trabalho e do convívio, em geral, com os direitos e garantias concebidos para a formação de um indivíduo sadio, em todos os sentidos.

A Teoria, ainda, busca funcionalizar a pena, há muito tempo distanciada de suas finalidades e impassível de promover a ressocialização. Propõe, ainda, a positivação de uma circunstância atenuante a ser analisada e considerada quando do cometimento das infrações penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 554.075 AgR, Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 580.252, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStd/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. AC 8287 MS 2006.008287-3. Relator: Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4012723/apelacao-civel-ac-8287/inteiro-teor-12135959>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Nícolas Trindade da. *Da Igualdade Formal a Igualdade Material*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 nov. 2012. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40530&seo=1>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

SOARES, Orlando. *O Estado, as Classes Dominantes e os Excluídos: o Darwinismo Social como Fundamento da Escola de Direito do Evolucionismo*. Rio de Janeiro: Ed. do Livro, 1999.