

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

AGENOR JOSÉ DOS SANTOS FILHO

**O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

MARÍLIA
2012

AGENOR JOSÉ DOS SANTOS FILHO

**O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Trabalho apresentado ao Curso de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria e Direito do Estado.

Orientador:
Prof. Dr. RENATO BERNARDI

MARÍLIA
2012

Santos Filho, Agenor José dos

O princípio da co-culpabilidade na perspectiva dos direitos fundamentais sociais / Agenor José dos Santos Filho; orientador: Renato Bernardi. Marília (SP): 2012. 171 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) apresentada ao Curso de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2011.

1. Direitos Humanos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Fundamentais Sociais. 4. Princípio da co-culpabilidade. 5. Dignidade humana.

CDD: 341.27

AGENOR JOSÉ DOS SANTOS FILHO

**O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e Estado.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Renato Bernardi

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

2º EXAMINADOR: _____
Profª. Dra. Iara Rodrigues de Toledo.

Marília, 24 de fevereiro de 2012.

AGRADECIMENTOS

A **DEUS**, o Grande Arquiteto do Universo, pelo discernimento que me deu de perceber que a vida é uma dádiva e que muito ainda tenho a fazer para merecê-la.

Aos meus pais, **Agenor e Maria**, que, na simplicidade e humildade de um lar, deram carinho e o exemplo de que é possível viver com decência e dignidade na senda do bem.

A **Luci**, mulher e companheira do entardecer da vida, por mostrar-me que é possível ser feliz no amor em qualquer fase da vida.

A **Michelle, Leonardo, Johanna, Samuel, João Eduardo, Paulo Antônio e Pedro Henrique**, pela oportunidade de ser pai pelo sangue e pelo coração, e poder perceber que paternidade e fraternidade têm um fundamento único: o amor.

Aos Irmãos de sangue **Lourival e Loreci**, por todos os momentos que a vida nos possibilitou.

Aos **Mestres e Doutores da Academia e da Arte Real**, por mostrar que a maior obrigação do homem para consigo é aprender e, para com o outro, ensinar.

Ao **Coordenador** do Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM, **Professor Doutor Lafayette Pozzoli**, pelos fundamentos e orientação de como caminhar e alcançar o Mestrado.

Aos **amigos de curso**, pelos momentos de aprendizagem, desconcentração e, principalmente, pela oportunidade de construção de um ambiente de convivência fraterna na Academia.

A **Leninha e Taci**, Assistentes do Curso de Mestrado do UNIVEM, pela presteza, simpatia e amabilidade com que sempre trataram nossos encaminhamentos, dúvidas e pedidos.

Ao **corpo de colaboradores** do UNIVEM, pela dedicação, respeito e atenção. Vocês fazem a diferença.

Homenagem e agradecimentos especiais:

Ao **Professor Doutor Renato Bernardi**, pelo conhecimento, ensino e presteza em orientar-nos na feitura da presente dissertação.

A **Professora Ms Valdete Belon Basaglia**, pelas orientações e ensinamentos acerca do idioma de Camões, bem como pelas revisões de ortografia, pontuação, concordância, coesão e coerência da presente dissertação.

A **Luci**, pelos momentos apropriados da convivência e vida conjugal para dedicar-me à pesquisa e realização do presente trabalho. Interprete isso como uma dádiva pessoal para a construção do saber e do bem.

A vocês o meu respeito e eterna gratidão.

Dedico este trabalho à Maria, Isabel,
Catarina, Antônio e Expedito.

“E se somos Severinos
iguais em tudo na vida,
morremos de morte igual,
mesma morte Severina:
que é a morte de que se morre
de velhice antes dos trinta,
de emboscada antes dos vinte,
de fome um pouco por dia
(de fraqueza e de doença
é que a morte Severina
ataca em qualquer idade,
e até gente não nascida)”.

(MELO NETO, João Cabral de. **Morte e
vida sererina**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 92)

AGENOR FILHO, José dos Santos dos. **O princípio da co-culpabilidade na perspectiva dos direitos fundamentais sociais**. 20102. 171 f. Dissertação de Curso de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

Tem a presente dissertação por finalidade estudar “O princípio da co-culpabilidade na perspectiva dos direitos fundamentais sociais”. Estes se constituem em deveres de prestações estatais positivas com vista a garantir e proporcionar melhores condições de vida aos brasileiros, reduzindo as desigualdades sociais e fazendo com que as pessoas tenham uma vida e uma existência com dignidade. Segundo a Constituição, são direitos que têm aplicação imediata. Em ocorrendo a ausência de prestação desses direitos, ante um estado de miséria e carência, muitos indivíduos são compelidos à prática delituosa (coerção) no afã de obter os meios para satisfazer suas necessidades básicas. A evidência dessa causalidade pode resultar corresponsabilidade penal por parte do Estado; entretanto, se apenas dois direitos fundamentais sociais (educação e trabalho) forem prestacionados, já serão suficientes para que o indivíduo, por si, atenda o seu quadro de necessidades. Há uma relação entre pobreza e criminalidade. A dignidade humana é que torna o homem diferente dos outros seres. A causalidade entre a não prestação positiva dos direitos fundamentais sociais e exclusão social causa lesão ao princípio constitucional da dignidade, fundamento da República Federativa do Brasil. Como encaminhamento de solução para a efetividade dos direitos fundamentais, tem-se, nesta dissertação algumas propostas de solução e estratégias, como o mínimo existencial, a programaticidade da efetividade dos direitos fundamentais sociais, bem como a utilização do planejamento estratégico.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direitos fundamentais sociais; Princípio da co-culpabilidade; Dignidade humana.

AGENOR FILHO, José dos Santos dos. **O princípio da co-culpabilidade na perspectiva dos direitos fundamentais sociais**. 2012. 171 f. Dissertação de Curso de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

It has the present work for purpose to study “The beginning of the co-culpability in the perspective of the social basic rights”. These whether constitute in duties of positive state installments with sight to guarantee and to provide to better conditions of life to the brazilians, reducing the social inequalities and making with that the people have a life and an existence with dignity. According to Constitution, are rights that have immediate application. In occurring the absence of installment of these rights, before a state of misery and lack, many individuals are compelled to practical the delictual one (coercion) in the eagerness to get the half ones to satisfy its necessities basic. The evidence of this reason can result criminal co-responsability on the part of the State; however, if only two social basic rights (education and work) will be given, already they will be enough stops that the individual, for itself, takes care of its picture of necessities. It has a relation between poverty and crime. The dignity human being is that it becomes the different man of the other beings. The reason enters not the positive installment of the social basic rights and social exclusion cause at the outset constitutional injury of the dignity, bedding of the Federative Republic of Brazil. As guiding of solution for the effectiveness of the basic rights, it is had, in this dissertation some proposals of solution and strategies, like a little bit existential, the schedule of the effectiveness of the social basic rights, as well as the use of the strategic planning.

Keyword: Basic rights; Social basic rights; Principle of the co-culpability; Dignity human being.

LISTA DE GRÁFICOS, QUADROS E TABELAS

Figura 1 – Princípios da co-culpabilidade	020
Figura 2 – Pirâmide das necessidades de Maslow.....	082
Gráfico 1 – Nível da população carcerária X população em geral	092
Gráfico 2 – Nível da população carcerária X população em geral	093
Quadro 1 – Conceito de delito.....	009
Quadro 2 – Resumo das teorias do crime	010
Quadro 3 – Exemplo de países sul-americanos, que adotam o princípio da co-culpabilidade.....	041
Quadro 4 – Divisão ou periodização clássica da história.....	057
Quadro 5 – Divisão da história e modelos de estados	060
Quadro 6 – Trabalho, educação e inclusão/exclusão social	084
Quadro 7 – Alterações no art. 208 da Constituição Federal de 1988.....	090
Quadro 8 – Direitos fundamentais sociais e Ministério responsável.....	119
Quadro 9 – Processo de planejamento estratégico.....	135
Quadro 10 – Modelos de organizações (Fonte: WRIGHT, KROLL e PARNELL)	136
Tabela 1 – Relação entre educação e criminalidade	087
Tabela 2 – Quantidade de presos por grau de instrução	090
Tabela 3 – Quantidade de presos por faixa etária	091
Tabela 4 – % de presos e pessoas livres por grau de instrução.....	092
Tabela 5 – Cor da pele/etnia da população carcerária	093
Tabela 6 – Relação entre desemprego, pobreza e presos	096
Tabela 7 – Quadro estatístico de encarceramento por 100.000 habitantes e índice IDH/ GINI.....	097
Tabela 8 – Correlação educação, trabalho e desenvolvimento	099

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	antes de Cristo
AC	Apelação civil
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AI	Agravo de Instrumento
APL	Apelação
art.	artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
d.C.	depois de Cristo
DF	Distrito Federal
DJU	Diário da justiça
ECA	Estatuto da criança e do adolescente
EEUU	Estados Unidos da América
IDH	Índice de desenvolvimento humano
Min	Ministro
nº	número
Rel.	Relator
REsp	Recurso especial
RJ	Rio de Janeiro
RVCR	Revisão criminal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	001
CAPÍTULO 1 - O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE.....	005
1.1 Considerações gerais	005
1.2 Apontamentos sobre a teoria do delito	007
1.3 Da culpabilidade e seus elementos	010
1.3.1 Da imputabilidade.....	011
1.3.2 Potencial consciência da ilicitude.....	012
1.3.3 Inexigibilidade de conduta diversa	013
1.4 Do princípio da co-culpabilidade	013
1.4.1 Culpabilidade pela vulnerabilidade	016
1.5 Os fundamentos da co-culpabilidade como princípio constitucional penal implícito	018
1.5.1 Considerações gerais	018
1.5.2 Natureza e fundamentos do princípio da co-culpabilidade	020
1.5.2.1 A co-culpabilidade e o princípio da dignidade humana	021
1.5.2.2 A co-culpabilidade e o princípio constitucional da igualdade	024
1.5.2.3 A co-culpabilidade e o princípio constitucional da individualização da pena	028
1.6 O princípio da co-culpabilidade no ordenamento brasileiro	030
1.6.1 Anotações preliminares	030
1.6.2 A presença do princípio implícito da co-culpabilidade no ordenamento	032
1.7 Os reflexos da co-culpabilidade	035
1.7.1 Os reflexos da co-culpabilidade na redução da pena	035
1.7.2 Os reflexos da co-culpabilidade na responsabilidade civil do Estado	036
1.8 A co-culpabilidade no direito alienígena	040
1.9 Instrumentalização do princípio no Código Penal brasileiro	043
1.10 Outras considerações acerca do princípio da co-culpabilidade	046
1.10.1 A corresponsabilidade do Estado nos crimes econômicos	046
1.10.2 Co-culpabilidade e estado de necessidade	047
1.11 Seletividade do sistema penal: uma escolha da sociedade.....	048
1.11.1 Considerações gerais	048
1.11.2 O sistema penal	048
1.11.3 Críticas sobre a seletividade do sistema penal	049
1.11.4 O princípio da co-culpabilidade e a seletividade do sistema penal	050
1.12 Considerações finais sobre a co-culpabilidade	052
	053
CAPÍTULO 2 - ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	
2.1 Considerações gerais	053
2.2 Origem e objetivos do Estado	054
2.3 O Estado na concepção de Hobbes e Rousseau	063
2.3.1 O Estado segundo Hobbes	064
2.3.2 O Estado segundo Rousseau	064
2.3.3 Quem está certo: Hobbes ou Rousseau	067
2.4 Direitos fundamentais	069
2.4.1 Direitos fundamentais sociais.....	072
2.4.2 Da efetividade dos direitos fundamentais sociais	073
2.5 As necessidades do homem na sociedade	075

2.5.1	O homem como produto do meio	075
2.5.2	O homem e suas necessidades e desejos	079
2.6	Efeitos da prestação ou não dos direitos sociais	083
2.6.1	Direito à educação	084
2.6.2	Direito ao trabalho	093
2.6.3	Complementariedade entre educação e trabalho	097
2.7	Outros fatores que contribuem para a criminalidade	101
2.7.1	Sensação de impunidade.....	102
2.7.1.1	Considerações iniciais	102
2.7.1.2	As ideias e colocações de Dahrendorf	102
2.7.1.3	Dos indícios ou processos de anomia na sociedade brasileira	104
2.7.2	Desigualdade social.....	105
2.7.2.1	Considerações gerais	105
2.7.2.2	Das consequências da desigualdade social	106
2.8	A escola com fator de inserção no mercado de trabalho.....	107
2.9	Considerações sobre os direitos fundamentais sociais	109
CAPÍTULO 3 - EFEITOS E ENCAMINHAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE SOLUÇÃO		110
3.1	Considerações iniciais	110
3.2	As normas constitucionais definidoras de direitos sociais	110
3.2.1	Apontamentos introdutórios	110
3.2.2	Os direitos constitucionais sociais	111
3.3	Efeitos do déficit dos direitos fundamentais sociais	114
3.3.1	Exclusão social, pobreza e criminalidade	115
3.3.2	A corresponsabilidade penal do Estado	117
3.3.3	Nexo causal e responsabilidade civil	118
3.4	Fundamentos e critérios para um encaminhamento de solução	118
3.4.1	Judicialização e ativismo judicial	120
3.4.2	Reserva do possível e mínimo existencial	123
3.5	A transposição para a programaticidade dos direitos fundamentais sociais não concretizados	128
3.5.1	Da interpretação do art. 5, §1, da Constituição Federal	128
3.5.2	Planejamento estratégico e efetividade dos direitos fundamentais sociais	130
3.5.2.1	Considerações gerais	130
3.5.2.2	O planejamento estratégico como ferramenta	131
3.6	Estratégia global de implementação	138
3.7	Anotações e considerações finais	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS		142
REFERÊNCIAS		147

INTRODUÇÃO

“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno”¹ (FERRAJORI, 1995, p. 385-386).

Ao trocar o estado de natureza pelo estado social, o homem abriu mão de sua liberdade plena e passou para o Estado a função de suprir suas necessidades. Com esse referencial, dentro de um processo evolutivo, surgiu toda uma teoria dos direitos fundamentais com vistas ao equilíbrio de forças entre sociedade e Estado. Desta forma, os direitos fundamentais assumiram, constitucionalmente, suma importância no Estado Democrático de Direito, atribuindo ao cidadão o poder de gerar pretensões diretas contra o Estado ante a sua não prestação positiva. Lembrando que os referidos direitos são iguais para todos os seres humanos, uma vez que seu atendimento conduz à vida e existência com dignidade. É o que prescreve o artigo 6º da Constituição: o Estado deve proporcionar aos seus cidadãos educação, saúde, trabalho, lazer, moradia, segurança, etc.

No entanto, nem todos os indivíduos recebem da sociedade as mesmas oportunidades e capacidades, o que faz com que alguns de seus membros alcancem situações altamente vantajosas e diferenciadas, enquanto outros, uma parte significativa da sociedade, sem discernimento e capacidade intelectual, não tenham condições de alcançar os meios necessários para uma vida digna, já que são sobrecarregados com pobreza, criminalidade e punições.

A miséria e a penúria, bem como a inexistência ou fragilidade de uma educação intelectual, moral e biológica constituem os elementos necessários e potenciais para levar o indivíduo à prática de delitos.

¹ A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade que a história dos crimes: porque são mais implacáveis e talvez mais numerosas que as violências produzidas pelos crimes. O delito, geralmente, é uma violência ocasional, às vezes impulsiva e forçada, enquanto a violência da pena é sempre planejada, organizada por muitos contra um. (tradução nossa)

Sabe-se que o sistema penal é um modelo social punitivo e institucionalizado com ações controladoras e repressoras através da polícia, judiciário e executivo. Alguns doutrinadores e pensadores do direito, entre os quais Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 77) têm em conta que “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social”.

O fato é que “reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade...” (Carvalho, 2008, p. 137).

Os direitos fundamentais sociais, à luz do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, têm aplicação imediata; porém, seu pleno atendimento envolve uma dimensão econômica expressiva num quadro de escassez de recursos e má gestão orçamentária.

Ocorre, ainda, que há quem sustente que os direitos sociais constituem normas programáticas, sem eficácia e efetividade, condicionada à disponibilidade de recursos financeiros e orçamentários.

Dentro deste cenário diferenciador do homem na era atual é que se originou o chamado princípio da “co-culpabilidade”, que propõe, na aplicação da pena, levar em conta a omissão estatal na disponibilidade ou prestação dos direitos fundamentais sociais, bem como dos serviços deles decorrentes e o quanto isso influenciou no cometimento do delito.

Os países que reduziram a criminalidade o fizeram com adoção e introdução de medidas sociais e estratégias econômicas de inclusão social de um vasto contingente de pessoas excluídas, como foi o caso da França no pós-Segunda Guerra.²

Este trabalho de dissertação tem por objetivo abordar os aspectos relacionados aos direitos fundamentais sociais ante ao princípio da co-culpabilidade e averiguar a corresponsabilidade do Estado pela prática de delitos penais cometidos por indivíduos excluídos socialmente, bem como apresentar uma estratégia de atendimento ou efetividade de tais direitos, visto que não há recursos suficientes para o seu pleno atendimento, sem perder de vista o princípio da dignidade humana.

² Sobre o caso francês, interessante se faz dizer que o país, ante o volume de questões sociais decorrentes da Segunda Grande Guerra, desenvolveu todo um conjunto de políticas públicas implementadas em quatro grandes momentos, a saber: a) Anos 60: moradia (construção de conjuntos habitacionais); b) Anos 70: Inclusão social de um grande contingente de “deserdados da fortuna”; c) Anos 80: inserção dos novos pobres esquecidos pelo período de progresso” e, d) inclusão de excluídos e afetados pela crise do trabalho e rebaixamento social (KOWARICK, 2003, p.69-70).

Quer-se, ainda, com a pesquisa, buscar elementos e subsídios para responder os seguintes questionamentos:

a) Há no ordenamento jurídico pátrio elementos que fundamentem a efetiva aplicação do princípio da “co-culpabilidade”?

b) Tem o Estado brasileiro se utilizado do referido instituto como elemento contributivo para definir uma política criminal de justiça social?

c) O Direito Penal brasileiro tem decisões, medidas e ações condizentes com o princípio da co-culpabilidade?

d) O Direito brasileiro reconhece algum grau de responsabilidade do Estado e da sociedade nos delitos cometidos por indivíduos excluídos do processo de inserção social, na conformidade com a perspectiva dos Direitos Fundamentais?

O trabalho de dissertação foi estruturado em cinco partes, a saber: introdução; três capítulos interdependentes e, ao mesmo, complementares, e considerações finais.

A Introdução do trabalho de pesquisa tem por finalidade mostrar a concepção e a lógica de todo o processo investigativo, bem como a forma de construção do conhecimento. As Considerações finais abordam, em síntese, as impressões do autor sobre os resultados alcançados, assim como as respostas às indagações feitas na Introdução.

No **Capítulo I - O princípio da co-culpabilidade**. Sabe-se que o homem, em estado de carência, sem educação, trabalho e outros direitos fundamentais sociais, é potencializado a cometer delitos, ingressando, assim, na criminalidade, fez-se uma incursão na teoria do delito para se chegar ao conceito de culpabilidade e, daí, alcançar o intento do estudo, que é o princípio da co-culpabilidade, o qual tem seu fundamento no fato de que, em muitos delitos, o indivíduo age com uma capacidade de decisão ou autodeterminação, limitada por fatores não condicionantes ou externos ao seu campo momentâneo de percepção. Por tratar-se de um princípio implícito no texto constitucional, a pesquisa buscou elementos para fundamentá-lo em princípios explícitos na própria Constituição da República. Procurou-se, ainda, investigar a presença e sua profundidade do princípio da co-culpabilidade na jurisprudência e doutrina brasileira, assim como se buscou na doutrina, alternativas e possibilidades de instrumentação do referido princípio no direito brasileiro.

No **Capítulo II - Estado e direitos fundamentais sociais** fez-se uma abordagem reflexiva sobre os chamados direitos fundamentais sociais, a título de perspectiva, para fundamentar os aspectos relacionados com o princípio da co-culpabilidade, objeto do Capítulo I. Uma vez que tais direitos têm a ver com as necessidades essenciais e comuns a todo ser humano e, cuja ausência na sua prestação pode provocar carências, necessidades e

sofrimentos que levam o indivíduo à prática de coerção e violência para satisfazer suas necessidades básicas. Buscou-se fundamentos na origem e teoria do Estado, efetividade dos direitos fundamentais sociais, necessidades do homem na sociedade e sua formação social, moral e ética como decorrência ou produto do meio. Estatisticamente, fez-se uma correlação entre a prestação dos direitos fundamentais sociais e criminalidade, comparando-se, ainda, os indicadores pertinentes entre Brasil, América do Sul e Escandinávia.

No **Capítulo III - Efeitos e encaminhamentos constitucionais de solução**. Fundamentado nos capítulos anteriores, busca-se uma relação de causa e efeito entre a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais e os fenômenos sociais decorrentes, como a exclusão social, pobreza e criminalidade, bem como a consequente corresponsabilidade penal e responsabilidade civil do Estado. Pesquisa-se, ainda, na dogmática estrangeira, soluções para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Uma outra solução é a interpretação e a implementação dos direitos fundamentais sociais como normas programáticas. Como proposta de encaminhamento de solução, uma abordagem é feita no chamado planejamento estratégico com atribuição de responsabilidades, para a efetividade e concretude dos direitos fundamentais sociais dentro de um horizonte temporal.

A metodologia utilizada, na presente dissertação, foi o método dedutivo numa pesquisa de cunho explicativo, com vistas a identificar os fatores que contribuem para a ocorrência da miséria e criminalidade, com foco no “porquê” ou na relação entre a inefetividade dos direitos sociais prestacionais e a criminalidade, numa relação de causalidade para efeito de aplicação do princípio da co-culpabilidade penal.

A hipótese de partida, que foi confirmada, era de que a inefetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial trabalho e educação, contribuem para a miséria, exclusão social e criminalidade.

1. O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

No estado em que já se encontram as coisas, um homem abandonado a si mesmo, desde o nascimento, entre os demais, seria o mais desfigurado de todos (ROUSSEAU, 1973, p. 9).

1.1. Considerações gerais

Tem-se que a pena, na sua origem mais remota, resumia-se à vindita, quase sempre fatal e desproporcional. Com o decorrer do tempo, a humanidade, ainda na fase da vingança privada, obteve duas grandes conquistas em termos de regulamentação: o talião e a composição. Com isso, a vingança deixou de ser arbitrária e desproporcional, passando a valer o “olho por olho, dente por dente”.

No curso da história, com a religião decidindo a vida das pessoas, a vingança privada transformou-se em “divina”. O ofendido pelos delitos eram os “deuses”, e os responsáveis pela aplicação da pena ou punição eram os seus sacerdotes. As penas, nessa fase, eram cruéis e desumanas, com o intuito de intimidar a população.

Com o aprimoramento da sociedade, surgiu um poder político e só, então, a vingança deixou de ser divina e passou a ser pública, uma vez que havia um chefe central ou assembleia para aplicar a pena.

Os séculos XVII e XVIII trouxeram o Iluminismo que pôs fim à ferocidade da pena, dando-lhe um caráter humanista. Entretanto, na segunda metade do século XIX começou a se considerar os motivos que levam o homem a cometer um delito, ou seja, conhecer os motivos do criminoso. A história mostra que a pena, ao longo dos tempos, vem diminuindo em termos de crueldade, porém o número de encarcerados aumenta, em função do tipo de Estado.

Nessa época, Marat³ introduziu, na doutrina e literatura penal-criminal, o conceito ou ideia de co-culpabilidade ou culpabilidade, compartilhada entre o agente infrator e o Estado, em sua obra “Plano de legislação criminal” de 1790.

³ Jean Paul Marat (1743-1793) foi um médico, jornalista, filósofo, político e cientista francês que estudou o princípio da co-culpabilidade, que se relaciona com o Direito Penal socialista, em 1790. Segundo ele, a pena talional era mais justa e apropriada, desde que se estivesse numa sociedade justa e igualitária.

Vale lembrar que Beccaria influenciou, sobremaneira, o pensamento de Marat que, além de defender a aplicação dos princípios da legalidade, presunção de inocência, da proporcionalidade, do fim da tortura, penas menos rigorosas e fim da pena de morte, etc., teve, ainda, uma preocupação com as questões sociais de então, especialmente no que tange à defesa dos pobres.

Segundo o pensamento de Marat (2008, p. 75), uma vez que o Estado em não garantindo as condições mínimas de existência do indivíduo, o contrato social estaria descumprido e ele estaria livre para praticar delitos para assegurar a sua existência, visto que “somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para com seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis”.

Neste capítulo, fará feita uma abordagem do citado princípio, para, no segundo capítulo, estudá-lo na dimensão dos direitos fundamentais sociais.

Desde já, torna-se necessário, para efeito deste trabalho, explicitar que os “direitos fundamentais sociais”, aqui tratados, têm a ver com aqueles direitos, mencionados genericamente no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, os quais em outros artigos da Carta, são explicitados ou detalhados, como nos art. 7º, 9º, 10, 11 e 193 (Título VIII).

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ora, no capítulo segundo, pretende-se chegar ao ponto em que a não prestação, por parte do Estado, dos direitos fundamentais sociais constitui um fator potencial para levar uma parcela da população a uma vida de pobreza, miséria e privações, que o homem em estado de carência, sem educação e trabalho é potencializado a utilizar-se da coerção para a obtenção de meios que atendam suas necessidades existenciais básicas, o que potencializa ou possibilita o seu ingresso na criminalidade.

A prestação negativa ou a ausência do Estado na prestação dos referidos direitos levam à exclusão social, gerando analfabetismo, pobreza e criminalidade. Entende-se como pobreza a falta dos recursos e elementos necessários à manutenção e conservação saudável da vida

A pobreza resulta, principalmente, da desigualdade econômica uma vez que a riqueza da sociedade é distribuída de forma desproporcional, reservando muito a poucos e pouco ou quase nada a muitos. Beccaria (2003, p. 15), já em sua época, acrescentava que:

As vantagens da sociedade devem ser distribuídas equitativamente entre todos os seus membros. Entretanto, numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade.

Na mesma linha de entendimento, Garófalo (1912, p. 169), reportando-se aos autores socialistas, acrescenta que, *“para alguno de estos escritores el crime no es más que una reacción contra la injusticia social, la repartición desigual de los bienes condena à uma parte de la población à la miséria, y privándola de la educación la reduce à ignorância”*.⁴

O mencionado autor complementa, ainda, afirmando que *“se ha observado que una nación pobre tiene generalmente mayor criminalidad que una nacional rica”*⁵ (p. 169).

Desta forma, tem-se que uma das origens do crime ou delito reside na desigualdade econômica e na ausência da prestação positiva dos direitos sociais constitucionais por parte do Estado. Em virtude dessas considerações, observa-se que o delito pode resultar da carência de bens necessários à vida, constituindo-se numa reação do indivíduo com vistas à obtenção de bens e serviços imprescindíveis à sua sobrevivência. Como os direitos sociais são direitos subjetivos, o cidadão titular do direito tem a *facultas agendi*, ou seja, tem o poder de agir na sua defesa ou de exigir a prestação ou cumprimento da obrigação por parte do Estado.

1.2. Apontamentos sobre a teoria do delito

Para se falar no princípio da co-culpabilidade torna-se necessário fazer uma incursão na teoria do delito para se chegar ao conceito de culpabilidade e, daí, alcançar o intento do estudo, que é o princípio da co-culpabilidade.

A teoria do delito constitui um dos tópicos mais importantes do Direito Penal, uma vez que seu estudo reveste-se de complexidade e tem por objeto revelar os elementos que determinam ou expressam que um fato é ou não um delito.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 383), a teoria do delito “é a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito”. Os mencionados autores acrescentam, ainda, que

⁴ “Para alguns escritores socialistas o crime não é mais do que uma reação contra a injustiça social. A desigual repartição da riqueza condena uma parte da população à miséria, à falta de educação e à ignorância” (tradução do autor).

⁵ Tem-se observado que geralmente uma nação pobre tem mais criminalidade em relação a uma rica (tradução do autor).

“a teoria do delito é uma construção dogmática, que nos proporciona o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto” (p. 384).

É preciso esclarecer que teoria do delito tem evoluído através do tempo e apresenta diversas correntes de pensamento. Modernamente, de forma predominante, são reconhecidos como essenciais ao conceito de delito os seguintes elementos: a conduta, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim, todo delito é ato ou fato praticado só pelo homem e nos quais estão presentes os elementos citados.

Para saber, então, se determinada conduta é ou não um delito, é preciso lançar mão do Código Penal para verificar se o caso em estudo está descrito como uma conduta proibida. Se não estiver descrita no código, não será delito.

Quando a conduta humana está descrita no código (tipo), ocorre a presença do elemento essencial do delito denominado de “tipicidade”. Todavia, nem toda conduta típica é um delito, visto que o próprio código assim estabelece. Exemplos: art. 23, I, II e III: estado de necessidade, legítima defesa e cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, casos, em que o próprio Código Penal autoriza a realização da conduta, afastando a ilicitude do ato.

Desta forma, quando a conduta não está permitida ou autorizada, diz-se que a mesma contraria a ordem jurídica, sendo uma conduta além de típica, antijurídica. Tem-se, então aqui, a terceira característica essencial do delito.

Ocorre, ainda, que há hipóteses em que o fato decorre de uma conduta humana, tem tipicidade e antijuridicidade, e não é um delito. Exemplo, o fato praticado por um “louco”. Esse, em decorrência de sua incapacidade psíquica, não é amparado por nenhuma justificação para a prática do delito, todavia não comete o delito.

Todo fato decorrente de uma conduta típica e antijurídica é chamado pela doutrina de “injusto penal”. Para ser um delito, é necessário que a conduta seja também reprovável, e que o autor tenha a possibilidade de atuar de outra maneira. Portanto, deve apresentar uma quarta característica essencial: a culpabilidade que decorre do pressuposto de capacitação física e psicológica de atribuição delitiva.

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 390) esquematizam o conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável da seguinte forma, constante do Quadro 1:

DELITO	Caráter genérico: conduta		Caracteres do injusto penal
	Caracteres específicos	Tipicidade	
		Antijuridicidade	
	Culpabilidade		

Quadro 1 – Conceito de delito

Convém observar que os romanos já diziam que *nullum crimen sine actione*, ou melhor, não há crime sem uma respectiva ação. Também é oportuno ressaltar que o estudo da conduta (ou ação), em termos de produção acadêmica, tem sido mais vantajoso, possivelmente, por sua importância em definir o que é delito ou crime.

A ação ou omissão humana consciente e dirigida à obtenção de determinado resultado ou finalidade é o que se entende por conduta que é caracterizada por estas características: a) só pode ser cometidas por ser humano; b) decorre sempre de uma conduta externa (física); c) para o direito penal, só tem importância a conduta humana voluntária; d) decorre sempre de um movimento ou abstenção de movimento corporal humano.

Dentre as teorias existentes sobre a conduta na literatura jurídica, interessa, para efeito deste trabalho, a chamada teoria finalista, por ser esta adotada pelo Código Penal brasileiro. Segundo a mesma, a conduta é a ação humana, voluntária e consciente, dirigida a uma finalidade. É o exercício da atividade final. Neste sentido, Bitencourt (2009, p. 231) diz que “a finalidade ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta”.

Para melhor esclarecimento, o Quadro 2 apresenta um esquema sinóptico das teorias da ação ou conduta.

Os pensadores finalistas retiram o dolo e a culpa do elemento culpabilidade (quarto elemento do fato típico) e os inserem na conduta (primeiro elemento do fato típico). Em consequência disso, o dolo, que até então era normativo, passa a ser natural, prescindindo da potencial consciência da ilicitude. Em vista disso, os adeptos da “teoria finalista” entendem que se deve levar em conta a intenção e a finalidade do agente para que a conduta possa ser imputada ao mesmo. Por outro lado, para a corrente causalista ou naturalista, a conduta é um ato ou comportamento exteriorizado e voluntário do homem, o que caracteriza a certeza de que ele praticou ação voluntariamente. O Quadro 2, apresenta os principais seguidores de cada uma das teorias mencionadas, com os elementos constitutivos de cada uma.

TEORIA	ADEPTOS	Nº DE ELEMENTOS	ELEMENTOS
Causal (O dolo e a culpa estão dentro de culpabilidade)	Liszt, N. Hungria, M. Noronha e Aníbal Bruno	Quadripartida	Tipicidade
			Antijuridicidade
			Culpável
			Punível
Finalista (O dolo e a culpa estão na ação ou conduta)	Mirabete, Capez e Delmanto	Bipartide	Tipicidade
			Antijuridicidade
	Welzel, Bitencourt e Greco	Tripartide	Tipicidade
			Antijuridicidade
			Culpável

Quadro 2 – Resumo das teorias do crime

Ainda, na seara das considerações gerais, faz-se necessário uma abordagem e reflexão sobre o elemento culpabilidade da conduta, o que facilitará a compreensão do princípio da co-culpabilidade.

1.3 Da culpabilidade e seus elementos

Conforme já foi reportado, todo fato decorrente de uma conduta típica e antijurídica é chamado pela doutrina de “injusto penal”. Para ser um delito, é necessário que a conduta seja também reprovável, e que o autor tenha a possibilidade de atuar de outra maneira. Aí surge o quarto elemento ou característica que é culpabilidade ou a reprovabilidade da conduta delitiva. Neste sentido, acrescentam Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 601) que:

Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável, quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.

Portanto, a culpabilidade é a reprovação da conduta típica e antijurídica praticada pelo autor, mediante um juízo de valor, sendo que o mesmo, à época dos fatos, tinha condições de saber que o ato então praticado era proibido pelas normas vigentes e, por isso, poderia ter agido de maneira diferente. Em decorrência disso, o autor deverá arcar com as penalidades previstas em lei.

Sobre a mencionada reprovabilidade, acrescenta Bitencourt (2009, p. 357) que:

[...] somente aquilo que depende da vontade do homem lhe pode ser reprovado. Assim mesmo, segundo Welzel, a reprovação da culpabilidade pressupõe que o autor tenha podido adequar sua resolução de vontade contrária ao Direito de forma correta, isto é de acordo com a norma jurídica.

Para se ter uma clara ideia do que seja a culpabilidade, imaginamos, por exemplo, um indivíduo com grau de curso superior, com excelente posição social e ocupante de um cargo público de projeção nacional. Esse, ao se retirar de uma concessionária com o seu novo veículo importado de alto custo e elevada potência, resolve experimentar o seu limite de velocidade e enceta um teste numa avenida central da cidade, de grande movimento de pedestres, a 180 km/hora; perde o controle do auto, atropela e mata dois adolescentes e uma criança, que se encontravam, no jardim, no lado oposto da rua.

O exemplo denota que o indivíduo deveria nortear-se e motivar-se pela norma que proíbe alta velocidade no perímetro urbano da cidade. Daí a reprovação do injusto e a caracterização culpável e reprovável da sua conduta. São, portanto, elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

1.3.1 Da imputabilidade

Embora a doutrina não tenha um conceito pronto sobre a imputabilidade penal, tem-se que se trata da capacidade do indivíduo aquilatar ou entender a antijuridicidade de sua conduta e ajustá-la conforme o seu entendimento. Assim, a imputabilidade penal tem a ver com a capacidade do indivíduo ser imputado pela prática de uma conduta tipificada.

Ante o exposto, deduz-se que para que seja atribuída ao indivíduo a responsabilidade de uma conduta delitativa, o mesmo deverá não só ter capacidade para compreender a ilicitude do ato, mas também proceder segundo o seu entendimento. Sobre o tema, Mirabete (2007-a, p. 263) observa que “a imputabilidade é aptidão para ser culpável, pressuposto ou elemento da culpabilidade; imputável é aquele que tem capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com o seu entendimento”.

Expressa o art. 26 do Código Penal brasileiro que “é isento de pena o agente que, por doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Muito embora não seja o objeto deste trabalho aprofundar-se no assunto, é interessante acrescentar, a título de referência, que há várias causas que são excludentes da

imputabilidade, como por exemplo: doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado. Já em relação à embriaguez, em regra, não exclui a imputabilidade. Todavia, quando tratar-se de caso de força externa, que obriga o indivíduo a embriagar-se ou mesmo drogar-se, desde que o fato retire da pessoa a sua autodeterminação e a capacidade de querer, entender e analisar, pode excluir a imputabilidade total ou parcialmente. Não se pode esquecer que o Código Penal, no art. 28, I, é contundente ao afirmar que emoção e paixão não excluem a imputabilidade penal.

1.3.2 Potencial consciência da ilicitude

A potencial consciência da ilicitude tem a ver com o desconhecimento ou ignorância do indivíduo de que a conduta ou ação é contrária ao direito. Em outras palavras, o indivíduo ignora a antijuridicidade da sua conduta. Sobre a matéria, Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 616) complementam dizendo que “o que se requer na culpabilidade é a possibilidade exigível de conhecimento e compreensão da antijuridicidade”.

Integra o estudo da potencial consciência da ilicitude o chamado erro de proibição, que reside, sempre, no conhecimento ou na compreensão da antijuridicidade da conduta, e está dividido em:

a) Erro de proibição que afeta o conhecimento da antijuridicidade, o qual pode ser:

I – Direto: ocorre quando o erro dá-se sobre o conhecimento da norma proibitiva.

Exemplo: Indivíduo ignora ser crime atirar e matar uma pessoa que adentrou em sua chácara para subtrair alguns frutos.

II – Indireto: esta espécie de erro ocorre sobre a permissão da conduta e pode ser por uma “falsa suposição de existência de uma permissão que a lei não outorga ou falsa admissão de uma situação de justificação que não existe (justificação putativa)” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 616).

b) Erro de compreensão, que afeta o entendimento da ilicitude ou antijuridicidade da conduta.

O erro de proibição, quanto aos seus efeitos, pode ser de dois tipos: inevitável (ou invencível) e escusável (ou vencível). Diz-se que é inevitável (ou invencível) quando o indivíduo não tem como saber ou conhecer da ilicitude da conduta ante as condições e circunstâncias do caso concreto. Por outro lado, diz-se que o erro de proibição é escusável (ou vencível) quando o agente tinha como saber ou conhecer da ilicitude do fato, em face das

circunstâncias do caso concreto. O primeiro caso exclui a culpabilidade, e o fato não é delito, já o segundo caso não exclui a culpabilidade, contudo pode reduzi-la.

1.3.3 Inexigibilidade de conduta diversa

Dispõe o Código Penal brasileiro, no art. 22, que “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Para uma melhor compreensão do teor da norma *sub examine*, necessário se faz abordá-la por parte: coação irresistível e estrita obediência legal (ou hierárquica).

a) Coação irresistível: Ocorre a figura da coação quando o agente (coator) utiliza a força física ou grave ameaça a fim de que outrem (coato) faça ou não faça algo.

No plano teórico, sabe-se que a coação pode ser física ou moral. Na primeira, o agente se utiliza da força física e, na segunda, o constrangimento ou grave ameaça.

No caso de utilização da coação física irresistível, o coato não enceta a ação de forma volitiva e não há crime em face de inexistência de conduta. Todavia, se for coação moral irresistível, está-se diante de um caso de exclusão de culpabilidade, uma vez que é cabível aí a inexigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade passa a ser do coator que responderá pelo fato típico.

b) Obediência hierárquica: Se a ordem de superior hierárquico não for manifestamente ilegal, está-se diante de uma conduta típica e antijurídica, porém não há culpabilidade, visto que o caso se caracteriza como um erro de proibição, cabendo responsabilidade penal somente ao mandante ou ordenador hierárquico.

Com essa passagem sucinta e reflexiva pela teoria do delito e, especialmente, nos aspectos gerais da culpabilidade (quarto elemento essencial do conceito de delito), pretendeu-se preparar ou sedimentar o caminho para se adentrar na co-culpabilidade que é o aspecto preponderante do presente trabalho.

1.4 Do princípio da co-culpabilidade

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2002, 611), “tem-se afirmado que o conceito de co-culpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista”. Para outros, todavia, a expressão deve-se a Marat. A verdade, porém, é que o referido instituto já faz parte do ordenamento jurídico de vários países, como será demonstrado mais adiante.

A expressão “co-culpabilidade” carrega dois vocábulos, quais sejam: o prefixo “co” e o substantivo “culpabilidade”. O termo “co” indica que alguém está com alguém num determinado contexto, ou que participa ou tem algo a ver, em comum, com uma situação ou fato.

O termo culpabilidade por sua vez, no linguajar jurídico, dentro de uma concepção finalista, é o juízo de reprovação de uma conduta típica e antijurídica, conforme já foi visto anteriormente. Sobre esse assunto, Moura (2006, p. 39) aponta que:

[...] cabe ressaltar que o prefixo “co” quer dizer estar junto, em comum, que divide algo, etc. Daí a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formas de minimizar a criminalidade na busca do bem comum.

A co-culpabilidade passa pelo fato de que, em muitos delitos, o agente, diante das circunstâncias, age com uma capacidade de decisão ou autodeterminação limitada por fatores não condicionantes ou externos ao seu campo momentâneo de percepção.

Sabe-se que na abordagem das necessidades e desejos do homem, por exemplo, o atendimento das necessidades humanas dá-se segundo uma hierarquia, prevalecendo algumas sobre as outras.

Sobre o tema em questão, Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 610-611) acentuam que:

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 conseqüência, 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 “co-culpabilidade, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Rodrigues (2011) oferece um exemplo bastante esclarecedor sobre o âmbito de autodeterminação do sujeito, que ocorre diariamente nas metrópoles brasileiras:

[...] um casal de outro Estado que vem “tentar a vida” no Rio de Janeiro por acreditar que seus sonhos serão realizados na Cidade Maravilhosa. Lutam e não logram êxito, culminando na precária vida embaixo de viadutos, dormindo nas ruas, e sem condições para regressar a sua cidade natal. Imaginemos esse casal surpreendido por policiais quando mantinham conjunção carnal na praça onde vivem. Estaríamos diante do artigo 233 do Código Penal?

Eis, portanto, um caso típico em que o agente atua com um âmbito de autodeterminação, limitado por uma necessidade fisiológica. À luz do direito positivo, ocorreu uma infração ao artigo 233, do Código Penal (praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena: detenção, de três meses a um ano, ou multa), deve o Estado aqui exercer o *jus puniendi* e punir o indivíduo com a pena estipulada no mencionado diploma? Parece evidente que não, pois o agente agiu segundo o preceituado no princípio da co-culpabilidade, cabendo ao caso uma atenuação da pena ou, quem sabe, uma exclusão da culpabilidade.

Mediante o exposto, há que se considerar, para efeito de aplicação efetiva e integral da pena, se o agente encontra-se devidamente assistido em seus direitos fundamentais sociais, ou se encontra desassistido pelo Estado. Para tal, necessário se faz, inclusive, que se estabeleça o nexo da causalidade entre o delito cometido e as carências sociais do indivíduo.

Assinale, ainda, que quando a infração penal envolve as circunstâncias sociais e carências nas quais o agente está envolvido, essas devem ser levadas em consideração pelo juiz no cálculo da pena. Cabe ao magistrado avaliar ou valorar a relação entre o delito e a ausência, ou omissão do Estado na prestação dos direitos fundamentais sociais.

Posta assim a questão, deve-se dizer que a co-culpabilidade implica em partilhar a responsabilidade penal entre o indivíduo e o Estado por condutas delitivas, praticadas pelos cidadãos, quando estes não recebem do Estado as devidas prestações relativas aos direitos fundamentais. Assim, o Estado assume uma parcela de responsabilidade, o que reduz, conseqüentemente, parte da pena aplicada ao autor do delito.

A verdade é que quando o Estado não proporciona a todos os seus membros as mesmas possibilidades, cabe-lhe uma grande parcela de responsabilidade, uma vez que negou para alguns as condições de uma existência com dignidade. O agente infrator responsabilizar-se-á tão somente pelos fatos decorrentes das condições sociais que lhe foram proporcionadas.

Ao se julgar o agente pela prática de um delito no qual se faz presente o princípio da co-culpabilidade, em que a sociedade deixou à míngua o cidadão, ou uma parcela da sociedade, não lhe assistindo convenientemente e negando-lhe a contraprestação dos serviços, previstos nos direitos fundamentais sociais, o Estado é responsabilizado por parte ou até integralmente pelos fatos decorrentes.

Batista (2005, p. 105) assim se expressa sobre o princípio da co-culpabilidade:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando

sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a Co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu [...].

A co-culpabilidade funciona como um instrumento compensatório, uma vez que, por seu intermédio, cobra-se do Estado a sua não prestação ou efetivação dos direitos fundamentais sociais, preconizados na Carta Magna. É uma forma de penalizar o Estado pelo mesmo não promover o bem estar social.

Não resta dúvida de que a miséria, a penúria, bem como a inexistência de uma educação intelectual, moral e biológica condigna constituem ingredientes com alto potencial para conduzir o cidadão à prática de delitos.

A sociedade organizada tem por função precípua o atendimento dessas necessidades. É sua obrigação constitucional. Os crimes cometidos em decorrência da carência de tais necessidades, também, são de responsabilidade do Estado.

1.4.1 Culpabilidade pela vulnerabilidade

Ao que se sabe, o juiz Eugênio Raúl Zaffaroni, ministro da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, já nos primórdios dos anos 80, manifestava-se contrário aos juízos igualitários de reprovação ou censura a pessoas que ocupam papéis distintos na estrutura social, especialmente aqueles relacionados com a posição econômica ou social do indivíduo.

Neste sentido, Carvalho (2002, p. 70-71), reportando-se ao ensino de Zaffaroni, acrescenta:

[...] reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação.

O conceito de vulnerabilidade decorre do princípio da igualdade e da proporcionalidade, o que implica que o poder punitivo do Estado fique limitado, e ao indivíduo somente poderá ser imputado uma pena, quando sua conduta não estiver sujeita a uma situação de vulnerabilidade, criada ou produzida pelo próprio Estado.

Deve-se esclarecer que o vocábulo vulnerabilidade reflete a situação de quem é vulnerável e este, por sua vez, tem a ver com o indivíduo que pode ser vulnerado, ou seja, aquele que é o lado mais fraco da relação, o qual pode ser ofendido, atacado ou ferido. No

caso em questão, a vulnerabilidade é o princípio que expressa, na relação Estado e indivíduo, o excesso do poder punitivo do primeiro em relação ao segundo, tomando como base a proporcionalidade da coerção penal.

Posta assim a questão, infere-se que o princípio da vulnerabilidade ocorre quando as partes envolvidas da relação não guardam uma proporção e igualdade, sem que uma subjugue a outra, ou se apresente com força superior e desproporcional.

Vale observar que uma leitura atenta dos jornais diários que circulam nas cidades mostra que o tecido social é composto por vários grupos ou subgrupos sociais, constituídos com base em elementos comuns, como grupo dos sem teto, dos sem terra, dos excluídos socialmente, dos mendicantes, dos catadores de lixo, dos desempregados, dos analfabetos, etc. São indivíduos que vivem à margem da sociedade porque esta não oportunizou condições de atendimento, ou se agruparam devido a certas carências ou necessidades não atendidas. Em visto disso, milhares de brasileiros vivem em condições sub-humanas e muitos pegam o atalho da criminalidade, uma vez que a sociedade não oportuniza meios para uma sobrevivência com dignidade.

Ante tantas desigualdades e privilégios da sociedade, a racionalidade induz para o fato de ser injusta a reprovação penal igualitária de pessoas socialmente tão distintas, sendo premente a necessidade óbvia de reconhecimento de circunstâncias e elementos caracterizadores das circunstâncias para efeito de aplicação de penas diferenciadas aos diversos infratores, situados em categorias desfavorecidas socialmente.

A carência ou inexistência de prestação relativa a direitos (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, etc.) aumenta a vulnerabilidade de certas camadas sociais sujeitas à pobreza, exclusão social e, por consequência, à criminalidade.

Deve-se dizer que, desta forma, surgiu o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, da lavra de Zaffaroni, que aumenta o espectro de incidência da co-culpabilidade. Sobre o tema, explicita o citado autor (1996, p.270) que: “A *vulnerabilidade* (ou risco de seleção), como todo perigo, reconhece graus, segundo a probabilidade de seleção, podendo estabelecer-se *níveis*, conforme a situação em que se tenha colocado a pessoa”.

Em consonância com o observado, o grau de vulnerabilidade é encontrado, tomando-se por base o estado ou posição de vulnerabilidade (risco ou perigo que a pessoa corre por pertencer a uma classe ou grupo de pessoas) e seu esforço social para a vulnerabilidade (grau de perigo ou risco razão de seu comportamento).

1.5 Os fundamentos da co-culpabilidade como princípio constitucional penal implícito

1.5.1 Considerações gerais

Ao que parece, o termo princípio apresenta um conjunto diversificado de acepções em decorrência de sua utilização nos mais diversos campos do conhecimento humano. Assim é que se encontra a expressão princípio nas diversas ciências, como física, política, religião, filosofia e outras. Segundo o vernáculo, o vocábulo deriva do latim *principium* que indica o começo ou a origem de qualquer coisa. Porém, o termo encontra uma larga aplicação no campo jurídico, quase sempre se referindo à ideia mestra ou alicerce de um sistema, pensamento.

É interessante anotar aqui o que diz Canotilho (1997, p. 173) sobre os princípios básicos do sistema jurídico:

"... os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito".

Do exposto, deduz-se que, que os princípios desempenham papel importante na hermenêutica ou interpretação que melhor se adegue ao propósito do direito, ou seja, os princípios são fundamentais para o entendimento das normas.

Sobre o assunto, Mello (2007, p. 933) acrescenta que “é o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

Quanto a um possível caráter axiológico dos princípios penais, isso implicaria em um sistema penal fechado, no qual não poderia uma nova regra integrar o ordenamento, sem que estivesse alinhada ou derivada do axioma. Posta assim a questão, é de se indagar sobre a natureza jurídica dos princípios penais? Neste sentido, Larenz (1997, p. 674), reportando-se aos princípios jurídicos como critério de interpretação do Direito, expressa que:

“Qualificamo-los de “pautas directivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas”. Enquanto “ideias jurídicas materiais” são manifestações especiais da ideia de Direito, tal com esta se apresente no seu grau de evolução histórica”.

Assim, portanto, tem-se que os princípios além de se constituírem em regras, eles também se concretizam normativamente, tendo assim uma aplicação jurídica prática.

A doutrina majoritária entende que a Constituição Federal admite duas espécies de princípios, quais sejam os princípios constitucionais positivos (explícitos) e princípios constitucionais implícitos, já que alguns princípios positivos inspiram outros que não estão expressos no texto constitucional. Assim, tem-se, no ordenamento, os princípios expressos na Constituição e os princípios implícitos ou deduzidos de um princípio expresso. Os princípios implícitos ou deduzidos, também, são fundamentadores do direito e de proteção de direitos.

Em virtude disso, infere-se que o conjunto dos princípios, expressos na Constituição, não encerra ou esgota a reserva principiológica do ordenamento jurídico, uma vez que dos princípios explícitos decorrem os princípios implícitos, como os princípios da segurança jurídica, da supremacia do interesse público, da razoabilidade, subsidiariedade, fragmentariedade e outros.

Objetivando melhor elucidar essa questão, interessante se faz, a título de exemplo, tomar como referência o princípio implícito chamado de “Princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso”. Esse princípio, mesmo não estando expresso na constituição, encontra seu fundamento na Constituição Federal, no artigo 1º, III, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, e também nos objetivos da República Federativa do § 2º do art. 5º, que dispõe “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo esse princípio, a aplicação da pena deve ser adequada e de acordo com a gravidade da infração, ou seja, proporcional à gravidade do delito, sem exageros e sem generosidades, o que encontra amparo na jurisprudência pátria, conforme pode se observar na seguinte decisão:

TRF2 - REVISÃO CRIMINAL: RVCR 53 2002.02.01.032745-2.

Publicação: DJU - Data: 21/11/2003. **Ementa**

REVISÃO CRIMINAL - RÉU PRIMÁRIO -PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO I - No processo penal, deve incidir também o princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, mantendo a pena em patamares razoáveis, mesmo quando, para tanto, seja necessário afastar majorantes legais que, se aplicadas, importariam na afronta a tais princípios constitucionais. II - Acolhida a primariedade do requerente, reduzindo a pena-base para o mínimo legal de 4 (quatro) anos. III - Revisão Criminal parcialmente procedente.

Do exposto, portanto, denota-se que a Constituição Federal traz, em seu texto, um conjunto de princípios penais claramente explícitos e outros que estão implícitos no ordenamento.

1.5.2 Natureza e fundamentos do princípio da co-culpabilidade

Mesmo não estando explícito, o princípio da co-culpabilidade encontra fundamentos em princípios explícitos na Constituição Federal, principalmente se o contrastar com os princípios da igualdade, da dignidade humana e da individualização da pena, entre outros. Figuradamente, é como se a aplicação conjunta desses princípios desaguasse ou resultasse no princípio da co-culpabilidade, fazendo com que esse esteja implícito na Carta Magna (ver Figura 1).

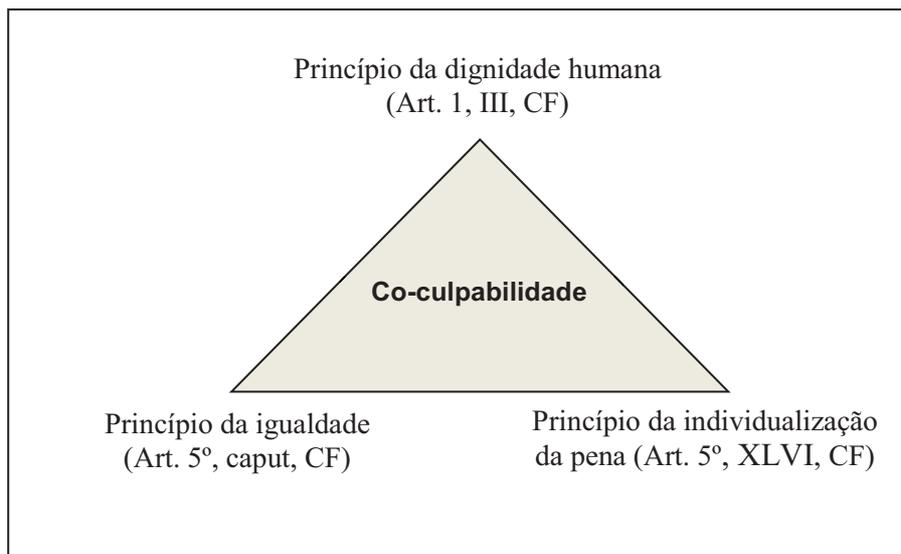


Figura 1 – Princípios da co-culpabilidade

O que se pretende com a figura acima é passar a ideia de que os princípios constitucionais da igualdade, individualização da pena e da dignidade humana concorrem ou suscitam o princípio implícito da co-culpabilidade como instrumento para se fazer justiça.

Ao que parece, modernamente, não há mais dúvida na doutrina de que norma é gênero, da qual regras e princípios são espécies. Com isto, os princípios revestem-se, definitivamente, de força normativa, o que serve de fundamento para toda e qualquer pretensão jurídica, inclusive de ensejar mandado de segurança. Esse é o entendimento de Bonavides (1988, p. 255) ao afirmar que:

[...] não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.

Esse é o mesmo entendimento de Bobbio (1996, p. 159) ao dizer categoricamente que “... para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”.

A dicotomia das normas em duas espécies (regras e princípios) é bastante difundida e aceita pela doutrina clássica. No entanto, modernamente, já há autores incluindo uma nova espécie normativa, o princípio metódico ou postulado, o qual constitui, portanto, uma terceira espécie normativa. Segundo Ávila (2004, 89), os princípios postulados “... estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam”, acrescentando que “a rigor, violadas são as normas - princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas”. São citados exemplos desses, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ante o exposto, o princípio da co-culpabilidade reveste-se da característica de postulado, sempre que o cálculo da pena deixa de levar em consideração os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

1.5.2.1 A co-culpabilidade e o princípio da dignidade humana

Dentre todas as espécies do planeta, o ser humano é diferente dos demais, uma vez que só ele é possuidor de espírito, consciência e vontade. Tudo isso o torna especial e lhe confere uma dignidade humana.

Segundo Dallari (1998, p. 9), a “pessoa, por suas características naturais, por ser dotada de inteligência, consciência e vontade, por ser mais do que uma simples porção de matéria, tem uma dignidade que a coloca acima de todas as coisas da natureza”. Dessa maneira, a dignidade humana é externada por um valor de caráter moral, ético e espiritual intangível, que serve de referencial e fundamento do ordenamento jurídico.

Até chegar à concepção e teoria hoje dominantes sobre a dignidade humana, muitos autores contribuíram para tal, como por exemplo: Cícero, Hugo Grócio, Pico della Mirandola, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf e outros. Entretanto, a concepção que prevalece na atualidade tem seu respaldo no pensamento de Kant, o qual entende que o homem, por ter consciência de seus atos, tem responsabilidade, é livre e capaz.

O ser humano, na concepção do autor, não pode ser utilizado como meio para a vontade de outros, mas tão somente como um fim em si mesmo. Isso ele diz quando expressa

que o homem “existe como fim em si mesmo, não só como meio para qualquer uso desta ou daquela vontade; em todas as suas ações, deve, não só nas dirigidas a si mesmo, como também nas dirigidas aos demais seres racionais, ser considerado sempre ao mesmo tempo como fim” (KANT, 2001, p. 78).

Ainda, no campo da dignidade, Kant (p. 85) distingue o que tem preço e o que tem dignidade, afirmando que “no reino dos fins tudo possui ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade”.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2010, p.45) expressa que:

[...] continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito.

Corroborando com o acima colocado Barcellos (2002, p. 108 e 109) cujo ensino aponta que:

A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade de pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava [...].

Foi o que ocorreu no Brasil cuja Constituição Federal estatui, no art. 1º, caput e inciso III, que o país se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Ademais, vale dizer que a dignidade humana é a base e o fim de todos os direitos presentes na Constituição. Neste sentido, Brega Filho faz ver que:

O princípio da dignidade humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, que dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.

O que se entende por “dignidade” é algo que tem a ver somente com o ser humano, com a pessoa. O termo deriva do latim *dignitas*, que significa virtude, honra e consideração. Tem-se que dignidade é a qualidade moral, que uma vez incorporada ou possuída pela pessoa

humana, transforma-se numa referência do respeito e consideração da própria pessoa em seu meio. De acordo com Dallari (1998, p 25):

Para que um ser humano tenha direitos e para que possa exercer esses direitos, é indispensável que seja reconhecido e tratado como pessoa. [...] Reconhecer e tratar alguém como pessoa é respeitar sua vida, mas exige que também seja respeitada a dignidade, própria de todos os seres humanos.

Assim colocado, é absolutamente crível acreditar que a dignidade humana não dá margem para tratamento desigual, seja no aspecto econômico, social ou da educação.

O art. 3º da Constituição Federal estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Do exposto, denota-se que todas as leis devem levar, sempre, em conta o princípio da dignidade humana, sob pena de serem essas consideradas inconstitucionais.

Corroborando com a assertiva acima, Silva (2002, p. 105) acrescenta que "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida".

Nesta corrente de entendimento, Capez (2009, p. 7) diz que "qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado".

Assim, para o brasileiro alcançar e ter uma vida digna, a Constituição Federal formaliza um receituário da maior grandeza compreendido nos direitos sociais do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme já foi visto anteriormente, a inexistência de ações e prestações positivas do Estado para atender as necessidades dos indivíduos leva o homem à exclusão social e a uma vida sem dignidade, bolsões de pobreza, desigualdades, miséria, criminalidade, etc.

Segundo Moura (2006, p. 63), "... nesse contexto, o Direito, como instrumento de controle e fator de inclusão social, visa, em tese, diminuir a desigualdade social", acrescentando que, no direito penal:

A co-culpabilidade apenas reconhece a ineficiência do Estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo (p. 63).

A abordagem do tema, neste trabalho, relaciona-se com o fato de a dignidade humana estabelecer uma causalidade entre a não prestação positiva dos direitos fundamentais e exclusão social, com a conseqüente lesão ao princípio constitucional da dignidade, fundamento da República Federativa do Brasil, estampado no art. 1º, III, da Constituição da República.

Conclui-se daí, portanto, que o princípio da co-culpabilidade é um reconhecimento da responsabilidade do Estado por crimes cometidos por indivíduos excluídos socialmente e que vivem sem dignidade, em face da ausência de prestação dos direitos fundamentais.

1.5.2.2 A co-culpabilidade e o princípio constitucional da igualdade

A Declaração dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo, preceitua que todos os seres humanos nascem iguais em direitos e dignidade humana. No entanto, a questão da igualdade, possivelmente, mais do que em outros campos, suscita grandes discussões, uma vez que, geralmente, as pessoas são tratadas como desiguais.

O prólogo da Constituição da República Federativa do Brasil faz referência à igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, e o art. 3º, III, estabelece como objetivo fundamental do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O art. 5º do Texto Maior, de forma peremptória, explicita que “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”.

Sobre a igualdade Dallari (1998, p. 32) assevera que:

Quando se diz que todos os seres humanos nascem iguais, o que se está afirmando é que nenhum nasce valendo mais do que o outro. Como seres humanos, todos são iguais, não importando onde nasçam, quem sejam seus pais, a raça a que pertençam ou a cor de sua pele.

A desigualdade social é traduzida pelo fato de que parte da sociedade possui mais do que precisa em termos de bens, direitos e serviços enquanto a outra parte tem carência e muito menos ou quase nada do que necessita para uma vida com dignidade. Seria a balança da justiça em desequilíbrio. O equilíbrio na distribuição dos bens e serviços da sociedade implica na equidade ou na disposição de reconhecer que todos, na sociedade, têm o mesmo direito a uma vida com dignidade.

No entanto, deve-se ressaltar que o próprio Rousseau (1973, p. 262), quando se referia à igualdade, o fazia contrapondo-a com a desigualdade, conforme demonstrado pelo texto:

Há no estado natural uma igualdade de fato real e indestrutível, porque é impossível nesse estado que a única diferença de homem para homem seja bastante grande para tornar um diferente do outro. Há no estado civil uma igualdade de direito quimérica e vã, porque os meios destinados a mantê-la servem eles próprios para destruí-la e que a força pública acrescida ao mais forte para oprimir o fraco, rompe a espécie de equilíbrio que a natureza colocara entre eles.

O referido autor, ao que parece, concebe, mesmo no estado civil, certa desigualdade; porém, condiciona a desigualdade civil a um referencial de moralidade, ao dizer que “essa passagem do estado natural ao estado civil produziu no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta a justiça ao instinto e imprimindo a suas ações a moralidade que lhe faltava anteriormente” (2006, p. 28).

Do exposto, entende-se que do ponto de vista social e moral, a sociedade admite a desigualdade, desde que a mesma se dê em função de classes e de leis e que todos tenham vida com dignidade e condições de acessar, por méritos e esforços, todos os patamares da sociedade com justiça social. Isso está muito claro, uma vez que:

A respeito da igualdade, não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e riqueza sejam absolutamente os mesmos, mas que quanto a poder, esteja acima de toda a violência e não se exerça jamais senão em virtude da classe e das leis; e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja tão rico para poder comprar um outro nem tão pobre para ser obrigado a vender-se (ROUSSEAU, 2006, p. 61).

Ao fechar de modo conclusivo a questão da igualdade e desigualdade, Rousseau (1997, p. 51) observa, de forma clara e precisa, que a desigualdade moral ou política não só depende de uma convenção, mas também de uma autorização pela sociedade:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles.

Para efeito deste trabalho e de seus objetivos, no que se refere aos fundamentos do princípio da co-culpabilidade, é que todo cidadão tenha condições de uma existência digna, vivendo numa sociedade justa. O referido princípio não avoca uma sociedade igualitária, até porque os homens são diferentes por natureza. A co-culpabilidade busca os fundamentos quando o Estado não possibilita a todos os seus cidadãos os bens e serviços, constantes do catálogo de direitos fundamentais, consignados na Carta Fundamental. Todavia, necessário se faz que as diferenças sociais sejam regulamentadas e que a legislação tenda para a igualdade. Assim, é que Rousseau (2006, p. 61) acrescenta que:

Essa igualdade, dizem, é uma quimera especulativa que não pode existir na prática. Se o abuso é inevitável, contudo, não decorre disso que se deva ao menos regulamentá-lo? É precisamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre tender mantê-la.

Ainda, acerca dos dois tipos de igualdade, apontados por Rousseau, ou seja, uma de natureza física ou natural, traduzida por diferenças, como força física, inteligência, saúde, etc., e a decorrente de aspectos políticos, como a riqueza, a propriedade, o poder, etc., ocorre que muitos brasileiros nascem ricos, protegidos e bafejados pela sorte, com toda assistência, educação, conforto e qualidade de vida, enquanto outros já são miseráveis por nascença e sem as condições mínimas para uma vida digna. Nesta esteira de pensamento, Dallari (2003, p. 32) descreve que:

Os seres humanos nascem iguais, mas a sociedade os trata, desde o começo, como se fossem diferentes, dando muito mais oportunidades a uns do que a outros. E isso é apoiado pelas leis e pelos costumes, que agravam ainda mais o tratamento desigual e criam grande número de barreiras para que aquele que foi tratado como inferior desde o nascimento consiga uma situação melhor dentro da sociedade.

Vale, ainda, apresentar a opinião de um jurista pátrio sobre o princípio em estudo, cuja contribuição elucida o que foi visto anteriormente:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, suas função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos (MELLO, 1999, p. 12-13).

O texto constitucional, conforme já mencionado, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Todavia, o que ocorre é que a desigualdade existe e permanece, mostrando uma realidade triste de desigualdade econômica e social, em que muitos brasileiros vivem em condições de penúria e sem oportunidades de uma vida digna. Um exemplo dessa falta de oportunidade tem-se no seguinte relato:

[...] um menino que nasce na favela é igual ao que nasce numa família rica e vale o mesmo que este, mas dificilmente o favelado conseguirá boa alimentação e boas escolas e desde cedo será tratado como um marginal. Essa discriminação irá acompanhá-lo pela vida inteira. Fica bem evidente, portanto, que um menino nascido numa favela não tem direito à igualdade de oportunidades, embora a própria lei diga que todos são iguais (DALLARI, 1998, p. 33).

Como se percebe, mesmo que a lei estabeleça uma igualdade formal (igualdade perante a lei), no que tange aos direitos fundamentais, a verdade é que não ocorre, na prática, uma igualdade de oportunidades entre os brasileiros (igualdade material). Visto que a população carcerária do Brasil é formada, basicamente, por jovens e pessoas de baixa escolaridade. 74,01% têm menos de trinta e quatro anos; quase 95% são pobres; 93,68 % do sexo masculino; 64,16% não completaram o primeiro grau e cerca de 5,74 % são analfabetos. Predomina na população carcerária a cor negra e parda na ordem de 59,80%.

A par de tudo isso, torna-se necessário o reconhecimento do “princípio da co-culpabilidade” como princípio implícito da Constituição Federal, como forma de fazer justiça àquele cuja sociedade não proporcionou igualdade de oportunidades, condenando-o a uma vida de miserabilidade, ignorância e sem meios próprios de uma subsistência com dignidade. Sobre o tema em tela, Bobbio (1997, p. 43) ensina que:

A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização.

Isso posto, cabe ao Estado, em conformidade com os direitos fundamentais preconizados na Carta Magna, garantir prestações positivas com o fito de obter uma igualdade material entre os cidadãos.

Em ocorrendo uma conexão entre o delito praticado e as condições discriminatórias e desiguais do agente, a sociedade, pelo princípio da co-culpabilidade, deve ser considerada co-culpável. Assim, o Estado deve ser co-responsabilizado em face da

situação social e econômica do autor do delito, como forma de compensar a desigualdade material imposta ao cidadão que não teve igualdade de oportunidades.

Em resumo, o princípio da “co-culpabilidade” em conjunção com o “princípio da igualdade”, conforme o previsto no artigo 5º da Constituição Federal, objetiva alcançar a chamada igualdade material dos indivíduos que, socialmente, não tiveram igualdade de oportunidades.

1.5.2.3 A co-culpabilidade e o princípio constitucional da individualização da pena

Convém esclarecer que a pena nem sempre foi restrita à figura do autor do crime. Houve época na história da pena, por exemplo, que a mesma era aplicada de forma igualitária ao grupo de pessoas que cometeram o delito, bem como até extensiva aos familiares.

Assim é que a pena de morte foi muito usada como sanção no chamado período da vingança pública, por motivos hoje considerados insignificantes. Empregavam também a mutilação do condenado, o confisco, bem como a extensão da pena aos familiares do infrator.

O chamado princípio da individualização da pena tem gênese constitucional no art. 5º, inciso XLVI da Carta republicana, ao prescrever que “a lei regulará a individualização da pena”, o que demonstra que o referido princípio tem por objetivo garantir que as penas, aplicadas aos infratores de crimes idênticos, sejam individualizadas de acordo com a biografia e histórico de cada infrator. Desse modo, a figura jurídica da individualização de pena não comporta a padronização ou aplicação de penas por atacado, primando o dispositivo constitucional mencionado para que cada infrator tenha uma pena personalizada e na medida precisa da extensão e gravidade do delito cometido.

Vale observar que o conceito de individualização da pena pode ter sua determinação tanto na esfera legislativa, judicial ou administrativa. Neste sentido, Mirabete (2007-b, p. 48) aponta que:

A individualização é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, quando se estabelecem e disciplinam as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas (individualização *in abstracto*), no plano judicial, consagrada no emprego do prudente arbítrio e discricionariedade do juiz, e no momento *executório*, processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional etc.

Por esse princípio, portanto, as penas atribuídas aos infratores não podem ser iguais, mesmo diante da mesma conduta delituosa, pois cada infrator apresenta um histórico de vida pessoal, e a pena deve ser específica para cada um.

Moraes (2002, p. 235) afirma que “o princípio da individualização da pena consiste na exigência de uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de pressão e prevenção”.

Claro está que o princípio em tela foi instituído com o objetivo de restringir os efeitos da pena à figura do infrator, evitando, assim, que a mesma alcance outras pessoas além do apenado. Como já afirmado anteriormente, segundo concepção finalista, a culpabilidade é o juízo de reprovação de uma conduta típica e antijurídica.

Bitencourt (2009, p. 377) entende a “culpabilidade como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido”. Segundo o mesmo, a culpabilidade fundamenta a pena, ou seja, a pena depende do juízo individualizado da culpabilidade autor. Em vista disso, percebe-se que o princípio da individualização da pena tem sua ressonância no que tange à fase da execução penal, especialmente nos aspectos de conduta carcerária, benefícios da execução, responsabilidade, disciplina, etc. Nessa vereda, Moura (2006, p. 33) acrescenta que:

[...] na execução da pena, uma vez que o condenado irá cumpri-la não só de acordo com as qualidades objetivas do delito cometido, mas também serão consideradas suas qualidades pessoais. Daí a separação entre homens e mulheres na execução da pena, o exame criminológico, a conduta carcerária, os benefícios da execução, o senso de responsabilidade e autodisciplina, classificação dos condenados, dentre outros.

Pelo exposto, nota-se que o instituto da individualização, também, alcança a execução penal, visto que esta não pode ser genérica e igual para todos os presos, já que são pessoas distintas, com personalidades próprias e cujos delitos foram praticados por motivos, situações e objetivos diferentes.

Por tais razões, deve-se dizer que a pena não pode ser padronizada, e que cada infrator terá uma pena na medida da conduta praticada, não tratando de maneira igual os desiguais e levando em conta que nem todos recebem, por parte do Estado, as prestações pertinentes aos direitos fundamentais, o que reduz a capacidade de autodeterminação das pessoas ante as necessidades e carências da vida em sociedade.

1.6 O princípio da co-culpabilidade no ordenamento brasileiro

1.6.1 Anotações preliminares

Apesar de o “princípio da co-culpabilidade” não ser um princípio explícito, percebe-se que ele vai, paulatinamente, assentando-se na realidade e atualidade jurídica do Estado brasileiro, assim como, mesmo não sendo um princípio explícito na Constituição da República Federativa do Brasil, faz-se presente na vida jurídica do país em vários aspectos, tais como:

a) Doutrina: Há numerosas produções acadêmicas e literárias sobre o tema, dentre as quais, destacam-se os seguintes doutrinadores: Eugênio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, Juarez Cirino dos Santos, Alessandro Baratta, Grégore Moura, Nilo Batista, Salo de Carvalho e outros.

b) Jurisprudência: Como se sabe, a adoção e implementação de um novo valor, metodologia ou princípio, em qualquer sistema, é lenta e vagarosa em face da natureza conservadora e segurança dos modelos organizacionais e jurídicos, o que não deixa de ser uma virtude, uma vez que as mudanças, por uma questão de cautela, devem ser experimentadas, avaliadas e implementadas.

Embora alguns ordenamentos jurídicos de países sul americanos já contemplem explicitamente o referido princípio, há algum tempo, no Brasil, os julgados com fundamento em tal dispositivo, ainda, são incipientes.

Moura (2006, p. 90) aponta dois casos de julgados no Brasil com fundamento no princípio da co-culpabilidade, transcritos abaixo:

Ementa: Roubo – Concurso – Corrupção de menores – Co-culpabilidade. Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de *bis-in-idem* – Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (Lei n 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial. O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – Réu. Recurso não improvido, com louvor a juíza sentenciante. (16 fls.). (Apelação-crime nº 70002250371, Quinta Câmara, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 21/3/2001). Apelação Crime 70002250371.

Ementa: Embargos infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscate, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior vulnerabilidade social, menor culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto

vencido, na fixação da pena-base. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infringentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 24/4/2000).

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, colheu-se a seguinte decisão que mostra que o princípio da co-culpabilidade vai se assentando na jurisprudência nacional:

Sobre o tema, já me manifestei no sentido de que tal atenuante inominada, descrita no art. 66 do Código Penal, leva em conta o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni - Manual de Direito Penal, ed. RT, p. - espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.06.296608-1/001 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais. RELATOR: EXMO. SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Niterói, Rio de Janeiro, Processo nº 14.426, obteve-se a seguinte decisão da lavra do, então, Juiz de Direito e hoje Desembargador Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, reconhecendo a responsabilidade do Estado pelo fato do mesmo não propiciar ao indivíduo alternativas e perspectivas que não o investimento na criminalidade:

Ocorre todavia, e ninguém desconhece, que a própria sociedade, pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde e bem-estar geral. [...] No caso de Genézio, todavia, devemos reconhecer que o Estado falhou e falhou especificamente no cumprimento das regras estabelecidas nos artigos 112 e 121 do E.C.A., restringindo ainda mais o espaço social no qual o acusado encontra-se situado, espaço este que lhe oferece muito poucas opções distintas do investimento na criminalidade. [...] Creio que nas circunstâncias o juízo e reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinquente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permite o artigo 66 do Código Penal.⁶

⁶ Disponível em: http://www.geraldoprado.com.br/mod_coord.asp?nav=2. Acesso: 10.02.2011.

1.6.2 A presença do princípio implícito da co-culpabilidade no ordenamento

O princípio não explícito da “co-culpabilidade”, mesmo ainda não consolidado na doutrina e jurisprudência brasileira, vai lento e gradualmente fazendo-se presente na doutrina, jurisprudência e decisões do judiciário, embora o direito positivo brasileiro não disponha diretamente sobre esse princípio.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2002, 611), a co-culpabilidade, “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 a disposição genérica do art. 66”. Esse artigo dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior e posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Devido a isso, é possível afirmar que se trata de uma atenuante facultativa que o juiz, discricionariamente, poderá ou não considerar para dosar a culpabilidade do agente. Segundo Mirabete (2007-b, p. 542):

São circunstâncias que podem ser consideradas na atenuante inominada o arrependimento sincero do agente, **sua extrema penúria**, a recuperação do agente após o cometimento do crime, a confissão, embora não espontânea, ter o agente sofrido dano físico, fisiológico ou psíquico em e, decorrência do crime, ser portador de doença incurável, etc. (grifo nosso).

Ainda, de acordo com esse autor “a rigor, porém, o juiz pode considerar na fixação da pena qualquer circunstância do crime, diante do disposto no art. 59, orientador da escolha da pena base” (p. 542). A referida assertiva se reveste de coerência jurídica, uma vez que se tem demonstrado, no processo, os elementos que evidenciam as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP. Dispõe esse artigo que:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...].

Apesar de esse artigo ser muito aberto à discricionariedade do juiz, de sua leitura é possível depreender que a fixação da pena-base dá-se pelo arbítrio judicial em que o juiz aquilata o valor da conduta delitativa, e os danos ou efeitos causados.

Interessante ressaltar que o Projeto de Lei nº 3473/2000, que altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal) e aguarda pauta na Câmara dos Deputados, apresenta

uma redação e uma previsão expressa que, certamente, consagrará a introdução da “co-culpabilidade” no ordenamento brasileiro como circunstância judicial. Esta é a nova redação proposta para o art. 59 do Código Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e **condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas**, aos motivos, circunstâncias consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena [...]. (grifo nosso)

Nesse mesmo diapasão, a redação, dada pela Lei nº 10.792/03 ao § 1º do art. 187, do Código de Processo Penal, introduz de vez a co-culpabilidade no ordenamento brasileiro. Dispõe o mencionado parágrafo que:

Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, **meios de vida ou profissão, oportunidades sociais**, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (grifo nosso)

Assim, se o acusado é um excluído social dos bens e serviços públicos, assegurados pela Constituição Federal, mesmo que sua conduta seja tipificada e culpável, o julgador, na aplicação da pena, poderá considerar as disposições nos art. 59 e 66 do Código Penal brasileiro e ou do art. 187, §1º do Código de Processo Penal, o que implicará, de certa forma, na aplicação do princípio da co-culpabilidade, uma vez que o agente se encontrava com sua capacidade de autodeterminação diminuída em decorrência de sua marginalização e exclusão dos bens e serviços necessários para uma vida com dignidade.

Pode-se dizer que foi com a Lei nº 10.792, de 01.12.03, com a inclusão no Código de Processo Penal do art. 187, §1º, que o Princípio da Co-culpabilidade efetivamente adentrou no ordenamento jurídico brasileiro.

Ante o exposto, pode-se afirmar que o somatório do conteúdo do art. 187, §1º, da Lei nº 10.792, de 01.12.03, juntamente com as disposições dos art. 59 e 66 do Código Penal, formam um elenco de argumentos suficientes para fundamentar a presença do Princípio implícito da Co-culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A questão que se levanta aqui é se a pena pode ser inferior ou abaixo do mínimo em abstrato fixado no Código Penal. Ora, sabe-se, com fundamento no art. 68 do Código Penal brasileiro, que a pena-base é fixada com base nas circunstâncias judiciais, estabelecidas pelo art. 59 do citado código e, em seguida, serão consideradas as atenuantes e agravantes

(circunstâncias legais) dos art. 65 e 66 do referido diploma e, por último, as causas de diminuição e de aumento da pena definida no respectivo artigo que contempla o tipo penal. Esse é o chamado método trifásico de definição da pena, criado pelo penalista Nelson Hungria⁷.

Vale esclarecer que a primeira fase do método trifásico (circunstâncias judiciais) é quando o juiz, com seu livre arbítrio, fixa a pena base com fundamento no art. 59 do Código Penal. Aqui, segundo o entendimento jurisprudencial e doutrinário, não há a possibilidade da pena ser fixada abaixo do mínimo em abstrato. Sobre o assunto, Bittencourt (2008) expressa que “se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto”.

Na segunda fase, no entanto, a doutrina dominante entende que cabe redução abaixo do mínimo em abstrato. Sobre essa matéria, Bitencourt, ainda, assevera que:

Na verdade, o entendimento contrário partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado (2008).

Apesar disso, a **Súmula 231 do STJ é categórica ao estabelecer que:** “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Essa posição é corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento e decisão do RE nº 597.270 (Rel. Min. CEZAR PELUSO, em 26.03.2009), quando o “Plenário reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência do Tribunal acerca da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por conta da incidência de circunstância atenuante genérica”.

Ante o exposto, não tem como se falar hoje em redução da pena abaixo do mínimo em abstrato, em se tomando como referência as circunstâncias dos art. 59 e 66 do Código Penal.

Vale lembrar aqui que a apreciação e análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 devem ser feitas pelo magistrado, tomando como referência o princípio de culpabilidade, o que vale dizer, o que caracteriza um critério ou filtro de interpretação do grau de responsabilidade da conduta delitiva.

⁷ Nelson Hungria Hoffbauer (1891-1969) foi um grande penalista brasileiro, com diversas obras publicadas. Foi desembargador de Justiça no Rio de Janeiro e ministro do STF.

1.7 Os reflexos da co-culpabilidade

No Estado Democrático de Direito, é o Estado responsável e garantidor dos serviços prestacionais referentes aos direitos fundamentais, sobretudo dos chamados direitos sociais, previstos no art. 6º da Constituição Federal. À conta disso, se o Estado não cumpre o seu papel de garantidor das prestações sociais, ou deixa seu dever de agir, o cidadão fica à míngua, excluído socialmente, sem uma vida digna e sujeito à prática de todo e qualquer ilícito penal, especialmente se ficar carente em suas necessidades fisiológicas ou básicas.

Assim, em ocorrendo um nexo de causalidade entre a omissão estatal, em seu dever de agir e a conduta delituosa do cidadão, caberá, no caso, uma dupla responsabilidade ao Estado. A primeira será uma redução da pena, que poderá ser parcial ou total; em segundo, responsabilidade civil por danos causados ao cidadão.

1.7.1 Os reflexos da co-culpabilidade na redução da pena

Vale esclarecer que se o cidadão praticou o delito em consequência de seu estado de carência, indigência ou quer que seja em face da omissão do Estado em suas prestações sociais e inerentes aos direitos fundamentais, a pena deverá ser reduzida, proporcionalmente, ao grau de reprovabilidade da conduta delituosa. Interessante se faz dizer que a referida redução da pena pode ser entendida como um grau de reconhecimento por parte do Estado de uma parcela de culpa na prática delitiva, cometida por indivíduos excluídos socialmente, com déficit em sua capacidade de autodeterminação, resultante esta das condições degradantes de vida a que foram submetidos em face da ausência ou omissão do Estado na prestação dos direitos fundamentais sociais.

A culpa do Estado, portanto, deverá ser reconhecida pelo juiz quando da dosimetria da pena como circunstância de diminuição da pena, ou mesmo de excludente de culpabilidade. Neste sentido, afirma Carvalho (2008, p. 73) que:

O entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, *plus* normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Ao que parece, o princípio da co-culpabilidade almeja colocar um fim na exclusão social por meio de uma justiça social, que vá ao encontro da redução das desigualdades e redução da prática de delitos resultantes da ausência estatal na prestação dos direitos fundamentais. Nesta direção, observa Moura (2006, p. 38):

Assim, a aplicação do princípio da co-culpabilidade decorre do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato tendo, porém, como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos.

Torna-se necessário ressaltar, aqui, que mesmo não estando explícito no ordenamento o Princípio da Co-culpabilidade, conforme já mencionado anteriormente, a redução da pena tem ocorrido com fundamento no art. 66 do Código Penal, como atenuante inominada. Por outro lado, há decisões de Tribunais brasileiros fundamentadas explicitamente no referido princípio.

1.7.2 Os reflexos da co-culpabilidade na responsabilidade civil do Estado

Os direitos fundamentais visam garantir e melhorar as condições de vida dos menos favorecidos, diminuir as desigualdades sociais e proporcionar uma vida e uma existência digna. O art. 5º, §1º, da Carta Magna, estabelece ainda que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Pelo exposto, o texto constitucional não deixa margem a dúvidas: os direitos sociais possuem a categoria de direitos fundamentais, devendo ter aplicação imediata. Em assim sendo, não existe aí um direito de agir normativo do Estado? Quando o indivíduo comete um ilícito penal em decorrência de sua exclusão social, não há aí uma culpabilidade do Estado em face de sua omissão?

A Constituição Federal, no artigo 1º, inciso II e III, coloca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República, o que dá, portanto, a referidos direitos a condição de aplicabilidade e geração de seus efeitos de imediato.

Ademais, há que se considerar que o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. No entanto, o parágrafo único do mencionado artigo acrescenta que “cabará ação regressiva contra o funcionário responsável, nos caso de culpa ou dolo”.

Por outro lado, necessário se faz levar em conta que a responsabilidade civil do Estado faz parte do Estado de Direito, uma vez que “é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito” (MELLO, 2005, p. 923).

Vale lembrar que os governantes passaram a submeter-se ao império da lei e a responderem por atos atentatórios ao ordenamento jurídico somente com o fim do absolutismo e o advento do Estado de Direito, o que proporcionou segurança jurídica às relações sociais.

Para se falar em responsabilidade civil, torna-se necessário retomar alguns conceitos do Direito Civil, possibilitando, assim, melhor encaminhamento da questão e do entendimento do tema em análise. Deste modo, temos que:

a) Culpa: é a não observância da norma de conduta, o que resulta no dano ou lesão do direito subjetivo.

b) Responsabilidade subjetiva: é a que tem por base a culpa do agente, a qual precisa ser provada pela vítima para que aquele tenha o dever de indenizar. Se não houver culpa, não há como pleitear indenização. A esse respeito, Rodrigues (2002, p. 11) aponta que:

[...] se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que, de acordo com o entendimento clássico, a “concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente”. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

c) Responsabilidade objetiva: esta decorre pura e simplesmente da relação causal entre conduta do agente e o dano causado à vítima, do qual surge o dever de indenizar. Ainda, de acordo com o mesmo autor (p. 10):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Na concepção de Amaral (2003, p. 571) a “responsabilidade objetiva é que independe de culpa do agente. Desenvolve com a teoria do risco, segundo a qual todo dano deve ser indenizado independentemente de haver ato ilícito”.

Vale ressaltar aqui que o parágrafo único, do art. 927 do Código Civil, estipula que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Segundo a doutrina, que versa sobre a responsabilidade objetiva do Estado, há três vertentes ou teorias objetivas sobre o assunto:

a) Teoria da culpa administrativa: na ausência do serviço público, cabe à vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento.

b) Teoria do risco administrativo: a demonstração do ato lesivo é o suficiente para comprovar a ação ou omissão do agente público.

c) Teoria do risco integral da administração: nesta teoria, a administração responde pelo dano causado a terceiro, mesmo com culpa exclusiva ou dolo seu.

Deve-se observar que, desde a constituição de 1946 (art. 194), o Brasil vem adotando a teoria do risco administrativo, combinada com princípio da ação regressiva. Dessa forma, o Estado responde objetivamente por dano causado por seu agente, em substituição à responsabilidade deste, sem indagação de culpa. Entretanto, é preciso esclarecer que há situações em que a responsabilidade civil do Estado será excluída ante a presença de situações ensejadoras de inexistência de relação, ou nexo causal entre a conduta estatal e o dano sofrido pelo indivíduo. Normalmente, são casos fortuitos, de força maior ou estado de necessidade em que a culpa é exclusiva da vítima ou terceiro. Não se deve esquecer que a força maior e o caso fortuito constam do art. 393 do Código Civil e, conforme seu parágrafo único, caracteriza-se no fato necessário cujo efeito não é possível evitar ou impedir, gerando consequências inevitáveis para as partes. O estado de necessidade é também causa de exclusão de responsabilidade, uma vez que prevalece o interesse geral em relação ao pessoal e até mesmo individual. Considera-se, também, como excludente da responsabilidade estatal a culpa exclusiva da vítima.

Em ocorrendo a presença ou existência de concausas, ou seja, várias causas praticadas pelo Estado e pelo indivíduo e todas concorrendo para o resultado do dano, não haverá excludente de responsabilidade, e sim redução ou atenuação da responsabilidade das partes.

Tem-se, então, que o Estado pode causar danos aos seus cidadãos mediante conduta comissiva ou omissiva. No entanto, em decorrência do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição

Federal de 1988, há uma corrente minoritária da doutrina, que entende que o Estado só pode ser responsável por danos de seus agentes, quando estes forem causados por atos comissivos.⁸

Em contrapartida, a corrente majoritária, entende que o mencionado artigo da Constituição Federal, que versa sobre a responsabilidade objetiva do Estado, abrange tanto a conduta omissiva como a comissiva.

Portanto, muito embora concorram renomados juristas para ambas as vertentes de entendimentos, a corrente predominante e majoritária da doutrina pátria é de opinião de que a conduta omissiva do Estado é considerada como causa de dano, e que o parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição Federal compreende a responsabilidade por atos comissivos e omissivos.

Abaixo transcrevem-se algumas decisões dos Tribunais brasileiros, envolvendo a morte de um detento por homicídio em presídio do Estado, e conseqüente indenização civil com fundamento constitucional no art. 5º, XLIX, de que o Estado deveria assegurar a sua integridade física.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MORTE DE DETENTO. O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF art. 5, XLIX) sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente. Assassinado o preso por colega de cela quando cumpria pena por homicídio qualificado responde o estado civilmente pelo evento danoso, independentemente da culpa do agente público. Recurso improvido. Por unanimidade, negar provimento ao recurso. (STJ, RESP 5711, decisão 20.03.1991, Ministro Garcia Vieira).

TJSP - Apelação APL 994081747444 SP (TJSP)

IMPROCEDENTE O PEDIDO.RECURSO DESPROVIDO.

Data de Publicação: 13/05/2010

Ementa: INDENIZAÇÃO. Danos morais e materiais. **Morte de detento**, recolhido junto ao **Presídio** Dacar. 10 Responsabilidade subjetiva do Estado. Configurada omissão quanto ao dever de custódia dos detentos e vigilância na entrada de instrumentos e objetos junto ao estabelecimento prisional. Dano moral devido ao equivalente a 100 salários mínimos. Sucumbência recíproca - Recursos desprovidos.

TJSC - Apelação Cível AC 96583 SC 2007.009658-3 (TJSC)

Data de Publicação: 14 de Agosto de 2009

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **MORTE DE DETENTO CUSTODIADO EM PRESÍDIO**. MANIFESTA FALHA NO

⁸ Essa corrente de pensadores é capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello que entende que Teoria Subjetiva é aplicada somente a atos comissivos e não omissivo. Para isso, argumenta o referido pensador que a expressão *causarem* do referido artigo somente abrange os atos comissivos, e não os omissivos, pois estes últimos somente condicionam o evento danoso.

SERVIÇO PÚBLICO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR DECORRENTE
TANTO DA INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA
QUANTO DA OBJETIVA. DANO MORAL. REDEFINIÇÃO DO VALOR
INDENIZATÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Dispõe o art. 5º da Constituição Federal que o Estado assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, acrescentando ainda, no inciso XLIX, que “é assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Ora, se, no caso em tela, o Estado foi responsabilizado civilmente, cabe questionar se também não lhe caberia responsabilidade civil, quando o mesmo deixa de prestar os direitos fundamentais sociais e o indivíduo é condenado a uma vida de miséria e penúria sem condições de uma vida digna e, para obter meios de sobrevivência, pratica delitos ou infrações e, em função disso, é condenado judicialmente a um encarceramento.

Eis aí uma questão que precisa ser aprofundada, debatida e melhor estudada, já que se reconhece a dificuldade de se implementar a teoria da responsabilidade subjetiva no caso em questão.

1.8 A co-culpabilidade no direito alienígena

Por similitude, para efeito de análise e comparativo, vale apreciar os dispositivos legais de exemplos de países americanos, que contêm, em seu ordenamento, o princípio da co-culpabilidade. Neste sentido, Carvalho (2008, 138-139) acrescenta que:

A tradição penal latino americana normatizou o que se convencionou chamar de princípio da co-culpabilidade, estabelecendo critérios de diminuição da pena. O Código colombiano, em seu art. 65, determina a atenuação da pena em face da indulgência”. O mesmo ocorre na Argentina (art.41), quando a maior ou menor dificuldade do autor para prover seu sustento ou de familiares; na Bolívia (art. 38, no México (art. 52) e no Peru (art. 51), quando tratam da situação econômica e social do réu; no Equador (art. 29), quando refere a indigência, família numerosa e a falta de trabalho do imputado; no Paraguai (art. 30), ao vincular a conduta do indivíduo ao seu estado de miserabilidade.

Numa varredura nos códigos penais de alguns países latino-americanos, percebe-se a presença do princípio da co-culpabilidade em seu ordenamento, conforme se observa no Quadro 3.

PAIS	Art. Código Penal	Texto em espanhol	Tradução ⁹
Colômbia	55	Circunstancias de menor punibilidad. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.	Circunstâncias de menor punibilidade. São circunstâncias de menor punibilidade, sempre que não previstas de outra maneira: 8. A indigência ou a falta de ilustração, quando influencia a execução da conduta punível.
Argentina	40 e 41	Art. 40 En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente. Art. 41 A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos,	Nas penalidades divisíveis por motivo de tempo ou quantidade, os tribunais devem considerar as atenuantes e agravantes, levando em conta: a idade, escolaridade, costumes e comportamento anterior do sujeito, a qualidade dos motivos que determinaram a cometer os crimes, especialmente a miséria ou a dificuldade de ganhar o sustento para si e para sua própria necessidade.
Bolívia	38	Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:a. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social;	Para apreciar a personalidade do autor, se levará em consideração, principalmente: a idade, a escolaridade, os costumes e o comportamento precedente e posterior dos motivos que o levaram a cometer o crime e a sua situação econômica e social;
México	52	El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad Del agente, teniendo en cuenta: V- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto,	O juiz fixará as penas e medidas de segurança que considere justas e procedentes dentro dos limites fixados para cada delito, com base na gravidade do delito e do grau de culpabilidade do agente, tendo em conta: V- A idade, educação, conhecimento, costumes, condições sociais e econômicas do assunto,
Peru	46	Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: 8. La edad, educación, situación económica y medio social;	Para determinar a pena dentro dos limites fixados por lei, o juiz analisará a responsabilidade e gravidade do delito cometido, enquanto não seja especificamente constitutivo do fato punível ou modificativo de responsabilidade, considerando especialmente: 8. A idade, educação, ambiente econômico e social;
Equador	29	Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al	São circunstâncias atenuantes todas as causas que contribuem para o delito, como a capacidade física e intelectual do

⁹ Tradução feita pelo autor.

		<p>estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:</p> <p>11- En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional;</p>	<p>autor, seu comportamento no ato e suas consequências que contribuem para diminuir ou aumentar, a gravidade do delito, causador de impacto na sociedade, ou conhece-se pouco ou nenhuma periculosidade do o autor, como nos seguintes casos:</p> <p>11 - Nos crimes contra a propriedade, quando o indigente, a família numerosa, ou falta de trabalho tem colocado o delinquente numa situação excepcional;</p>
--	--	---	--

Quadro 3 – Exemplo de países sul-americanos, que adotam o princípio da co-culpabilidade.
Fonte: Código Penal de cada país

A título de ilustração, vale acrescentar que o Código Penal Português também privilegia o princípio da co-culpabilidade, uma vez que consta do art. 71, item 2, alínea “d” que:

Art. 71. Determina na medida da pena.
2. Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:
d) As condições pessoais do agente e a sua situação econômica.

Efetivamente, a tradição penal latino-americana caminha na direção de normatizar e explicitar o princípio da co-culpabilidade, como medida para diminuir a pena de delitos, cometidos por agentes excluídos socialmente. A terminologia ou motivo para tal é diversificada, todavia estreitamente relacionada com a fragilidade do indivíduo que não recebeu a assistência ou a prestação positiva de seus direitos fundamentais prescritos na Carta Maior.

Assim, nos países considerados, o princípio da co-culpabilidade é normatizado, usando-se expressões dos seguintes tipos: a) indigência e família numerosa; b) dificuldade para prover o seu sustento ou de familiares; c) situação econômica e social; d) a falta de trabalho; e) conduta e estado de miserabilidade.

Em resumo, em função da exclusão social pela não prestação dos serviços e direitos fundamentais do cidadão, ocorre uma co-culpabilidade com a qual o Estado ou a própria sociedade deve arcar.

1.9 Instrumentalização do princípio da co-culpabilidade no Código Penal brasileiro

Muito embora o tópico 1.6 aborde a presença da co-culpabilidade no ordenamento brasileiro, a verdade é que o tema, por não se encontrar direta e claramente disposto na legislação, provoca discussões e desencontros em termos de aplicação do direito. Assim é que, recentemente, em sede de segunda instância, ocorreu a negativa de provimento de um recurso ante o fundamento, entre outros, o de que: “Conforme remansosa jurisprudência, a Teoria da Co-culpabilidade não é aceita pela doutrina penal brasileira, uma vez que a falta de oportunidade não autoriza o cidadão a cometer crimes nem os justifica”.

Paralelamente ao caso supra, para o provimento de certos recursos, tem-se utilizado fundamentos e argumentos como:

[...] leva em conta o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni - Manual de Direito Penal, ed. RT, p. - espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito.

Apesar disso, vale aqui lembrar, novamente, de que o “princípio da co-culpabilidade” não está efetivamente explícito na Carta Maior, muito embora alguns tribunais já o tenham referenciado em decisões e sentenças.

À luz do que foi exposto, até aqui, sobre o princípio da co-culpabilidade, sobretudo considerando que o Estado “nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 611), a sua efetiva e clara instrumentalização e positivação no ordenamento pátrio fazem-se necessárias por uma questão de justiça, política penal e legalidade, visto que o referido instituto coaduna-se com os preceitos constitucionais, especialmente no que tange aos direitos fundamentais sociais.

Quanto ao seu *modus operandi* há, pelos menos, quatro possibilidades de instrumentalização e inserção no ordenamento. São hipóteses que o legislador pátrio poderia utilizar para modificar o Código Penal, quais sejam:

a) Como circunstância judicial no artigo 59 do Código Penal: esse artigo, como está hoje grafado, não é suficientemente claro para acobertar o princípio da co-culpabilidade.

A ideia de se partilhar a responsabilidade entre o Estado e a pessoa que comete delito encontra-se no Projeto de Lei nº 3473/2000 (ver item 1.6.2), em tramitação no Congresso Nacional, que dá nova redação ao art. 59 do Código Penal brasileiro.

Ressalte-se, segundo o entendimento doutrinário, a impossibilidade de sua aplicação no caso de pena base fixada no mínimo legal, o que inviabiliza a aplicação do citado princípio, uma vez que a pena não pode ser inferior ao mínimo.

b) Como atenuante genérica no artigo 65 do Código Penal: nesta hipótese preconizada por Moura (2006, p. 94), inclui-se uma alínea, no inciso III do referido artigo do Código Penal, contendo a co-culpabilidade como atenuante genérica. Lembrando que o inciso III abre-se em quatro alíneas, sendo que estas levam em consideração o estado, motivo ou condição do autor no momento da conduta. Assim, a pena poderá ser atenuada, se o autor cometeu o crime em decorrência de motivo de relevante valor social ou moral, ou então se o autor minorou, evitou ou reparou o dano.

Ainda mais, o referido inciso admite a atenuação da pena se o crime foi cometido sob coação, violenta emoção ou provocação injusta da vítima, confissão espontânea do autor, ou sob influência de psicologia de massa (tumulto).

Ora, se as circunstâncias ou fatores acima mencionados são condições possíveis de atenuação da pena, parece bastante razoável incluir, também, aí o caso de indivíduo que comete delito em decorrência de seu estado de profunda carência, causada pela não prestação dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado.

Moura (2006, p.94) assim entende que esse encaminhamento:

É uma proposta mais audaz, uma vez que a previsão expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59 do mesmo diploma legal.

Ainda, sobre as circunstâncias atenuantes do art. 65, acima transcritas, Carvalho (2002, p. 74-75) faz ver que:

Apesar de não estar prevista no rol das circunstâncias atenuantes do art. 65 do Código penal brasileiro, a norma do art. 66 (atenuantes inominadas) possibilita a recepção do princípio da co-culpabilidade, pois demonstra o caráter não taxativo das causas de atenuação. O Código Penal, ao permitir a diminuição da pena em razão de 'circunstância relevante', anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei, já fornece um mecanismo para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social.

Percebe-se, no texto citado, que o princípio da co-culpabilidade encontra guarida no direito brasileiro, uma vez que o art. 66 do Código Penal autoriza a sua recepção ao demonstrar, com clareza, o caráter não taxativo das causas de atenuação da pena, preconizadas pelo art. 66, que dispõe que a “pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Entretanto, essa hipótese, a exemplo da anterior, impossibilita a sua aplicação no caso de pena base, fixada no mínimo legal, conforme Súmula 231 do STJ, já vista anteriormente.

A doutrina, todavia, discorda desse posicionamento em se tratando de circunstância atenuante. Neste sentido, Bittencourt (2008) assevera que:

Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para alguém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada.

c) Inclusão de causa de redução de pena: essa hipótese de introdução do princípio da co-culpabilidade no ordenamento é defendida por Moura (2006, p. 94-95), que propõe:

[...] acrescentar um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, dizendo que “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido”.

Trata-se, portanto, de uma proposta compatível com a filosofia do garantismo penal e com o princípio da individualização da pena.

Essa hipótese, a primeira vista, pode parecer estranha e não ter nada a ver com o artigo. 29 do Código, que trata do concurso de pessoas. Seu enunciado, porém, dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Pois bem, a co-culpabilidade não implica na corresponsabilidade do Estado no delito cometido por um indivíduo excluído socialmente? Logo, o Estado também é co-culpado pelo delito que o indivíduo excluído comete, desde que ocorra uma relação de causa e efeito.

d) Como causa exclusão da culpabilidade: as causas de exclusão da culpabilidade são previstas na lei e ocorrem sempre quando há a ausência de um de seus elementos constitutivos¹⁰. Para a ocorrência dessa hipótese, observa Moura (2006, p. 95) que:

¹⁰ A lei impõe os seguintes casos de imputabilidade: a) Doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado (art. 26); b) Desenvolvimento mental incompleto por

A co-culpabilidade seria positivada como uma causa de exclusão da culpabilidade, visto que o estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do cidadão é tão caótico, proeminente e elevado, que sobre o agente não incidiria qualquer reprovação social e penal, já que seu comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é consequência da inadimplência do Estado.

Na hipótese em discussão, a exclusão da culpabilidade decorre do fato de o estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do indivíduo ser tão caótico, proeminente e elevado que não lhe permite um grau razoável de consciência da ilicitude, e nem um âmbito mínimo de autodeterminação para vislumbrar outra alternativa ou caminho para a solução que solucione seus problemas.

Para que ocorra a culpabilidade, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 612), é necessário “... que se tenha sido exigível do sujeito a possibilidade de compreender a antijuridicidade de sua conduta, e que as circunstâncias em que agiu não lhe tenham reduzido o âmbito de autodeterminação além de um limite mínimo”.

Ante ao exposto, infere-se que se trata de um caso típico de exclusão de culpabilidade, fundado numa situação em que o sujeito se vê sem expectativa de saída para comportar-se na forma da lei.

1.10 Outras considerações acerca do princípio da co-culpabilidade

1.10.1 A corresponsabilidade do Estado nos crimes econômicos

Embora não seja objetivo da presente dissertação a abordagem específica da co-culpabilidade nos crimes econômicos, faz-se necessária uma rápida passagem em tal seara, a título de ilustração, para mostrar que o referido princípio é bem mais abrangente do que se imagina.

Como se sabe, na realidade do mundo dos negócios, nem sempre o que se chama de saúde financeira das empresas e empreendimentos depende da capacidade de gestão dos seus administradores, visto que a interveniência estatal nesse campo é bastante intensa pelas

presunção legal, do menor de 18 anos (art. 27); c) Embriaguez fortuita completa (art. 28, § 1º). Há ausência de culpabilidade também pela inexistência da possibilidade de conhecimento do ilícito nas seguintes hipóteses: a) Erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21); b) Erro inevitável sobre o fato que configuraria uma discriminante (discriminantes putativas, do art. 20, § 1º); c) Obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico (art. 22, 2ª parte). Ocorre ainda a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte).

políticas tributárias, financeiras, cambiárias, etc., suscitando a prática de crimes econômicos e patrimoniais. Neste sentido, Carvalho (2008, p. 145) acrescenta que:

Ocorre que assim como é possível afirmar que em determinados casos a ação individual do sujeito ativo de delitos patrimoniais (patrimonial individual privado) é potencializada ou fomentada pelo Estado, na esfera dos crimes econômicos inegável perceber que diretrizes da política econômica podem suscitar ações lesivas ao patrimônio público constatadas na forma de crimes tributários, financeiros, previdenciários, contra as relações de consumo entre outros.

Isto posto, entende-se que ocorre a co-culpabilidade do Estado, seja mediante a redução da pena ou mesmo exclusão da culpabilidade, nos delitos contra o patrimônio e contra a economia, desde que evidenciado o nexo de causalidade.

1.10.2 Co-culpabilidade e estado de necessidade

Segundo o art. 24 do Código Penal, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Ressalte-se que o próprio Código Penal, no artigo 23, inciso I, dispõe que “não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade”. Portanto, o estado de necessidade é uma excludente da ilicitude e antijuridicidade do fato. Um exemplo bastante interessante do estado de necessidade ocorre quando um barco que realiza a travessia de passageiros em um rio vai a pique, e dois naufragos, que não sabem nadar, lutam pela posse de um único colete salva-vida e, na luta, um sucumbe e morre afogado.

Já a co-culpabilidade tem a ver com o fato de que, em muitos delitos, o agente, diante das circunstâncias, age com uma capacidade de decisão ou autodeterminação, limitada por fatores não condicionantes ou externos ao seu campo momentâneo de percepção, como no caso do indivíduo que pratica um delito em face de seu estado de miserabilidade em decorrência da ausência do Estado na prestação de seus direitos fundamentais sociais.

Na co-culpabilidade, ocorre o injusto penal (fato típico e antijurídico), porém a culpabilidade ou reprovabilidade é eliminada ou mitigada da conduta do agente. Assim, no estado de necessidade, não há ilicitude; na co-culpabilidade, a culpabilidade é reduzida ou mesmo excluída, conforme o caso concreto. Na primeira, não há delito; na segunda, há, sendo que a culpabilidade é compartilhada.

1.11. Seletividade do sistema penal: uma escolha da sociedade

1.11.1 Considerações preliminares

No item 2.2 Origem e objetivos do Estado desta dissertação (p. 57), tem-se que o Estado orienta a vida do homem em sociedade com base em três vetores: multiplicidade, interação e previsibilidade de comportamento. Nesta última, talvez resida o aspecto mais importante ou de maior peso para a harmonia da sociedade já que é sobre ele que o Estado desenvolve e se utiliza de formas de “controle social”.

Vale, desde já, esclarecer que o Estado, desde a sua origem mais remota, por meios e maneiras diferentes, expressa para seus cidadãos a forma que estes devem pensar e agir para que as pessoas, em sociedade, tenham uma vida harmônica, coabitando o mesmo espaço sem conflitos. São exemplos, entre outros, de instituições que efetuam o citado controle: a família, a comunidade, a igreja, escola, o mercado, a mídia e outros.

Assim, deduz-se do que foi dito que o “controle social” seleciona e estabelece pontos de controle ou limites de atuação e ação do homem em sociedade. Isso quer dizer que o homem transita no meio, seguindo normas e limites de relação e convivência em grupo, tendo como balizamento a previsibilidade e harmonia da conduta do homem.

1.11.2 O Sistema Penal

Dentre as formas de “controle social”, pode-se afirmar que o “Sistema Penal” é a principal ferramenta de que dispõe o Estado no sentido de fazer com que as pessoas se relacionem e atuem em sociedade segundo as regras e normas definidas e institucionalizadas pela sociedade, sob risco de punição para quem as infringir. Pena essa que pode chegar, inclusive, à privação da liberdade.

Ao que se sabe, na história da humanidade, desde os tempos mais remotos, o crime sempre esteve presente. Assim é que o furto, o roubo e o assassinato sempre estiveram presentes onde existia uma comunidade de seres humanos. Conforme a concepção da época, aplicava-se ao infrator a pena ou o castigo de costume, ou aquele constante das regras de cada sociedade. Desta forma, por mais rústica ou primitiva que fosse a organização humana, havia um conjunto de regras e punia-se quem a desrespeitasse. Sabe-se, que em alguns casos, a pena era cruel, como a tortura, a mutilação e até a morte.

Em razão disso, cabe ao “sistema penal” operar o aparelho punitivo do Estado, por meio de ações e intervenções controladoras e repressoras, com vistas a estancar ou reprimir a criminalidade. Para desincumbir-se de tais funções, a polícia, judiciário ou executivo, selecionam pessoas ou segmentos da sociedade para criminalizar e, com isto, indicar e orientar toda a sociedade quanto aos limites e entornos do espaço social. Esses procedimentos chamam-se “seletividade”.

1.11.3 Críticas sobre a seletividade do sistema penal

De uma maneira geral, a doutrina, especialmente os penalistas mais consagrados, colocam restrições à seletividade do sistema penal em face de seu caráter diferenciador em relação às pessoas dos diversos segmentos sociais. Neste sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 77) têm em conta que “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social”. Esses autores complementam, ainda, o assunto, acrescentando que se entende por:

[...] "sistema penal" ao *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação" (p. 65).

Ainda, sobre essa seletividade, Carvalho (2008, p. 137) se refere a ela como uma violação ao princípio constitucional da igualdade (ver página 2, dessa dissertação). Mello (1999, p.10), referindo-se ao princípio da igualdade expressa que:

A Lei não deve ser fonte de privilégios e perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Interessante se faz ressaltar que não se pode deixar de considerar que o controle social é resultado dos valores predominantes na sociedade, os quais, de certa forma, modificam e influenciam as alterações desses valores através da trajetória histórica dessa mesma sociedade, prevalecendo, quase sempre, os valores esposados pela classe dominante, a qual imprime a marca, a ideologia e a filosofia nos instrumentos penais, carregando assim, por consequência, o sistema penal com tais características.

Vale aqui o registro da chamada “teoria do etiquetamento”, sobre a qual Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 74) se referem, dizendo que “o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza a certas pessoas segundo sua classe e posição social”.

Pelo exposto, parece que a teoria do etiquetamento trata-se de um instrumento de controle social que se contrasta com o princípio constitucional da igualdade, uma vez que a seletividade alcançará tão somente certos segmentos da sociedade. Neste sentido, os autores referenciados acrescentam que:

Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente "vulneráveis" ao sistema penal, que costuma orientar-se por "estereótipos" que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte da autoridade com rol de suspeitos permanentes, incrementa a *estigmatização* social do criminalizado ZAFFARONI e PIERANGELI (2002, p. 74).

Pela teoria em estudo, portanto, o delito não reside em si, no ato praticado e nem tão pouco em quem o executa, mas na reação social em relação ao comportamento do agente. Em vista disso, infere-se que o ser criminoso decorre de um “etiquetamento social”, de uma conduta ou ato praticado. Eis aí, portanto, a razão pela qual algumas condutas praticadas por pessoas notáveis e importantes da sociedade nem sempre serem investigadas, nem processadas pela autoridade competente.

Por tudo isso, depreende-se que, segundo essa teoria, o importante não é saber quem é criminoso ou como ele chegou ao delito, mas tão somente que é rotulado como tal, como desviante da conduta estabelecida.

1.11.4. O princípio da co-culpabilidade e a seletividade do sistema penal

Ambos são institutos diferentes com objetos diversos um do outro, uma vez que a “co-culpabilidade” tem a ver com o indivíduo que comete um ato infracional e sua pena ou reprovabilidade é reduzida ou zerada em função do ato ser praticado por alguém com uma capacidade de decisão ou autodeterminação reduzida por fatores não condicionantes ou externos. A seletividade, por sua vez, refere-se ao processo pelo qual o sistema penal seleciona pessoas da sociedade, que cometeram infração para criminalizar e, com isso, indicar aos demais os limites do espaço social.

Porém, segundo alguns autores, a referida seleção acontece com certa arbitrariedade, uma vez que a escolha ocorre, sobremaneira, com muita frequência, junto ao segmento mais

humilde e pobre da sociedade. Assim, criminaliza-se as pessoas mais pobres para servir de exemplo e de limites do espaço social.

A questão que se levanta reside em saber se há relação ou liame entre ambos os institutos? Como já foi mencionado, ao longo desta pesquisa, o princípio da co-culpabilidade em consonância com o princípio constitucional da igualdade visa uma pena mitigada e justa para o indivíduo com poder reduzido de autodeterminação, que cometeu uma ação criminosa motivada por circunstâncias sociais, especialmente pela ausência de prestações positivas dos chamados “direitos fundamentais sociais”. Neste sentido, (Moura, 2006, p. 38) acrescenta que:

A aplicação do princípio da co-culpabilidade decorre do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato tendo, porém, como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos.

No tocante à seletividade do sistema penal, extraindo daí toda e qualquer implicação ideológica, ela constitui-se de uma opção ou escolha da sociedade, com todo o caráter normativo. Assim é que todo o funcionamento do sistema penal de controle social dá-se segundo uma prescrição legal, embasado em um processo investigativo e comprobatório acerca das circunstâncias dos fatos e de seus autores. Há um sistema acusatório em que o autor tem o direito e a oportunidade de ampla defesa, o que suscita um julgamento de conformidade com a lei e cujo veredito é suscetível de recursos em instâncias superiores.

Deduz-se do exposto, portanto, que a criminalização ou aplicação da pena dá-se segundo um rito previsto em lei e sem arbítrio de qualquer esfera. E o princípio da co-culpabilidade? A sua aplicação não implica na extinção ou reformulação da seletividade, a qual é uma escolha da sociedade de controle social da criminalidade.

O princípio da co-culpabilidade luta pela corresponsabilidade do Estado e da sociedade pela prática de delito, quando o indivíduo a comete em decorrência da redução de sua capacidade de autodeterminação, motivada pela não prestação dos direitos fundamentais sociais.

Vê-se, assim, que o referido princípio não objetiva concorrer, ou mesmo, eliminar a chamada seletividade do sistema penal, uma vez que sua ação dá-se após a seletividade, ou seja, na fase processual, objetivando o reconhecimento de que o delito deu-se em decorrência de uma carência motivada pelo próprio Estado em não prestar os direitos fundamentais

sociais, na forma da Constituição Federal. Sobre o assunto, Moura (2006, p. 109) apregoa e entende que:

A diminuição do poder de autodeterminar-se deve ser reconhecida por meio da corresponsabilidade do Estado e da sociedade. Acentue-se, no entanto, que o princípio da co-culpabilidade não elimina a seletividade do sistema penal, mas atua como princípio corretor dessa seletividade, diminuindo sobremaneira seus impactos, dando ensejo ao desenvolvimento de um espírito crítico e responsável que oriente toda a sociedade.

1.12 Considerações finais sobre a co-culpabilidade

No item 1.3 do presente capítulo, foi feita uma abordagem da teoria da culpabilidade e de seus elementos, com vistas ao encaminhamento e discussão do tema da co-culpabilidade. Sabe-se que o conceito de culpabilidade é um dos elementos mais importantes do direito penal, já que nela centra-se, pode-se assim dizer, todo o fundamento da punição penal estatal.

Decorrente de uma longa maturação e evolução doutrinária, diz Carvalho (2002, p. 38) que “a tentativa dogmática de definir o conceito material de culpabilidade (substância/fundamento) oscila, basicamente, no ‘dilema metafísico’ entre a ideia de livre-arbítrio e do determinismo”. A culpabilidade é entendida como um princípio constitucional (*nulla poena sine culpa*) e sua finalidade é fundamentar a pena e proteger o cidadão contra o excesso de poder punitivo e repressivo do Estado.

Por outro lado, a possibilidade de imputabilidade relaciona-se com a capacidade do agente evitar ou entender o injusto penal. Portanto, a culpabilidade requer que o indivíduo compreenda a antijuridicidade de seu ato e ausência de circunstâncias que reduzam a sua capacidade de autodeterminação abaixo de um limite mínimo. Em ultrapassando o limite mínimo, não há culpabilidade e ao indivíduo não cabe imputabilidade de pena.

Ora, o âmbito de autodeterminação do indivíduo pode ser afetado pelo seu estado de carência e necessidade, bem como outros entornos sociais. Assim é que Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 611) afirmam que “há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais”. É isso que deverá ser visto no capítulo a seguir.

2. ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos desprovidos de tudo, temos necessidade de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer, e de que precisamos adultos, é-nos dado pela educação (ROUSSEAU, 1973, p. 10).

2.1 Considerações gerais

Pretende-se, neste capítulo, fazer uma abordagem reflexiva sobre os chamados direitos fundamentais sociais, os quais, mesmo inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda, carecem de plena efetividade, uma vez que, muitas vezes, são entendidos como normas de caráter programático, ficando a sua eficácia e aplicabilidade à mercê da sensibilidade e da vontade do Executivo.

Vale assinalar que os direitos fundamentais têm a ver com as necessidades essenciais e comuns a todos os habitantes do Planeta e são consagrados como patrimônio da humanidade, conforme versa a Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948. São direitos fundamentais sociais, entre outros, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Vale confirmar que esses direitos estão genericamente expressos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, embora possam ser encontrados com detalhes nos art. 7º, 9, 10, 11 e 193 e seguintes.

A ausência de prestação dos direitos fundamentais sociais provoca sérios reflexos na vida do indivíduo, podendo resultar carências, necessidades e sofrimentos, fazendo com que a pessoa, para satisfazer ou manter a vida, cometa atos de desatinos, como coerção, violências, etc. Assim, tais direitos, em face das consequências advindas em termos de sofrimento, penúria e carências, requerem, para sua efetivação, um mínimo de realização, possibilitando que o ser humano tenha uma vida com dignidade e não venha a sofrer um processo de exclusão social. É preciso estar atento ao fato de que o homem é fruto do meio em que vive e de onde ele recebe a educação, ensino e estímulos que nortearão seu comportamento em sociedade.

Dentre os direitos fundamentais sociais preceituados, dois deles destacam-se, uma vez que atendidos plenamente, transformam-se em condições motivadoras da realização dos demais direitos fundamentais sociais, quais sejam a educação e o trabalho.

O objetivo deste capítulo, ao abordar reflexivamente todo o espectro dos direitos fundamentais sociais, sobretudo, no que concerne à prestação dos mesmos, é para subsidiar e fundamentar que é factível ao indivíduo, excluído dos bens e meios necessários a uma vida com dignidade, no caso de cometer ilícitos penais, na evidência de uma causalidade, poder ele exigir responsabilidade ou corresponsabilidade por parte do Estado.

2.2 Origem e objetivos do Estado

Desde a sua origem, independente do seu estado de selvageria, o homem sempre foi encontrado vivendo em grupo, convivendo com outros iguais. Diz Betioli (2002, p. 17) que “onde quer que se observe o homem, seja qual for a época e por mais rude e selvagem que possa ser na sua origem, ele sempre é encontrado em estado de convivência com os outros”.

Deve-se esclarecer que a ciência não tem uma ideia precisa sobre a natureza dos primeiros grupos humanos, visto que há quem diga que a família foi a primeira célula social, enquanto outros afirmam ter sido a horda. Esta era constituída por um grupo nômade que, além de alimentar-se de raízes, frutos e da caça de pequenos animais, era promíscuo, rudimentar, enfim, indivíduos no seu estado bruto: sem rei, sem lei. Parece que a família teria sido uma evolução da horda, mas já com alguma forma de comando, alguns sentimentos, emoções e com certas regras elementares.

Segundo os historiadores, o homem, na sua trajetória evolutiva, passou por três grandes períodos, a saber: a) o estado bruto; b) o bárbaro; c) o humano ou civilizado. No estado bruto, ele vivia em pequenos grupos nômades, promíscuos e sem uma forma de comando. No barbárico, surgiram as primeiras tribos; no período civilizado, torna-se sedentário, criando e submetendo-se a um conjunto de normas de convivência. Por volta do ano 4.000 a.C., a civilização triunfou sobre a barbárie visto que, com a invenção da escrita, o homem saiu da pré-história e entrou na história.

Por conseguinte, até chegar ao estágio atual, o homem passou pela horda, depois a família, o clã, a aldeia, a cidade e, finalmente, o Estado. Neste interregno, ele transitou pelo estado teocrático da antiguidade, o estado absolutista, estado capitalista, estado de direito e vive hoje no chamado estado democrático de direito.

A ciência não dispõe de elementos para reconstruir a história do homem pré-histórico e estabelecer o *modus vivendi* das primeiras sociedades ou grupos humanos, à conta disso, não há como explicar em que ponto da existência surgiu o Estado. O que se tem são hipóteses e teorias, fundamentadas em conclusões tiradas com base em experiência com grupos ou tribos,

encontradas já no período da história, mas com *modus vivendi* supostamente análogo ou semelhante aos congêneres da pré-história.

No concernente à vida em sociedade, a constatação que se tem é que o homem sempre foi encontrado vivendo em grupo (a horda, a família, o clã, a tribo, a aldeia, a cidade, o estado) e que ele é constituído por duas características fundamentais: o homem é por natureza um ser social e um ser político. Na primeira, reside a propensão de viver e conviver em grupos; na segunda, o relacionar-se com outros iguais, enquanto membro do grupo. Neste sentido, Betioli (2002, p. 18) aponta que:

Na realidade, são dois aspectos correlatos de um único fenômeno: o homem é “sociável” e por isso tende a entrar em contato com seus semelhantes e a formar com eles certas associações estáveis; porém, começando a fazer parte de grupos organizados, ele torna-se um ser “político”, ou seja, membro de uma “polis”, de uma cidade, de um estado e, como membro de tal organismo, ele adquire certos direitos e assume certos deveres.

Apesar de haver muitas teorias sobre a origem do Estado, os exegetas e estudiosos do assunto se concentram, fundamentalmente, em duas correntes: a primeira, com raízes em Platão, Aristóteles e São Tomás de Aquino, assegura que a necessidade da convivência social do homem é decorrente da sua própria natureza humana. Essa corrente de pensadores traz a ideia de sociedade natural e parece ter a seu favor o maior número de defensores ou adeptos. Tudo isso aflui porque a sociedade é um fato natural que decorre da necessidade que tem os homens de se relacionar, inteirar e cooperar entre si com o fim de garantir a manutenção da vida e da existência.

Quanto à segunda tem seu esteio em Hobbes, Locke, Rousseau e outros, os quais fundamentam que a sociedade é resultado de um acordo de vontade ou de um contrato dos homens, isto é, “a sociedade é, tão só, o produto de um acordo de vontade, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre os homens, razão pela qual esses autores são classificados como *contratualistas*” (DALLARI, 2003, p. 12). Nessa, embora os defensores expoentes situem-se dentro de um mesmo entendimento quanto à origem do Estado, a verdade é que o fazem por caminhos distintos, tanto que para Hobbes, por exemplo, o homem não é um ser social por natureza, porque ele é antissocial e mau, uma vez que vê o outro como um inimigo a ser vencido. Pelo contrato firmado entre os homens, eles repassam ao Estado o poder de governar.

Já Locke defende que o Estado é o caminho para controlar e domar os instintos humanos. Rousseau, por sua vez, afirma que predomina no ser humano a bondade e a liberdade no estado de natureza, e que o aparecimento da propriedade privada é que encetou a

discórdia e o conflito entre os homens. Para o autor, no estado de natureza, os homens não têm freio e todos se sentem ameaçados, inseguros, desconfiam do outro, uma vez que não há previsibilidade de comportamento, sendo a agressão uma constante. Conforme Dallari (2003, p. 13), “[...] é neste ponto que interfere a razão humana, levando à celebração do contrato social [...]”.

O contrato social é, portanto, o instrumento que define a estrutura e o funcionamento da sociedade, estabelecendo ao Estado, aqui entendido como autoridade, a forma para orientar e governar segundo a vontade de todos expressa no Contrato Social, ou seja, o homem abre mão dos direitos naturais em troca dos direitos civis. Rousseau (2006, p. 32) fecha essa questão ao afirmar que:

É que, em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a natureza poderia ter disposto entre os homens, fazendo com que esses, embora, pudessem ter disposto entre os homens, fazendo com que esse, embora pudessem ser desiguais em força ou em talento, tornem-se iguais por convenção e direito.

Assim, nasce o Estado, em que a sociedade é composta de três características fundamentais que orientam a vida do homem em grupo, quais sejam: multiplicidade, interação e previsibilidade de comportamento. Vale lembrar que a denominação Estado, significando a situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em “O Príncipe” de Maquiavel em 1513.

Dispõe o artigo 1º da Carta Magna de 1988 que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Esse fundamento constitucional, portanto, reveste-se de um princípio constitucional estruturante do Estado brasileiro.

O que vem a ser, então, Estado Democrático de Direito? Conforme demonstrado anteriormente, a vida do homem em sociedade apresentou uma trajetória evolutiva, passando pela horda, a família, a tribo, o clã, vila, a cidade e o Estado que passou por transformações e mutações até chegar ao atual Estado Democrático de Direito.

Para que se faça uma retrospectiva da sociedade humana através do tempo, é preciso dividir a história em períodos, denominados de “idades da sociedade humana”, o que permitirá uma ideia da evolução e transformação de como o modelo de Estado foi organizado.

Convém salientar que a aludida periodização se trata de uma divisão didática da história em épocas, períodos ou idades. São recortes da história utilizados para melhor conhecer e perceber a história em seu aspecto evolutivo. Desse modo, de forma bastante

sinóptica, a história é recortada em quatro períodos, a saber: a) Idade Antiga, b) Idade Média, c) Idade Moderna e, d) Idade Contemporânea (LIMA, 1957, p. 10), conforme Quadro 4.

Pré-história	História			
	Idade Antiga (antiguidade)	Idade Média	Idade Moderna	Idade Contemporânea
Até 4.000 a.C.	476	1.453	1.789	Dias atuais
Marco inicial	Invenção da escrita	Queda do Império Romano do Ocidente	Tomada de Constantinopla pelos Turcos	Início da Revolução Francesa

Quadro 4 – Divisão ou periodização clássica da história¹¹

Ainda, sobre a periodização da história, Burns (1975, 255) explicita que:

Foi durante a Renascença que surgiu o costume de dividir a história do mundo em três grandes épocas: antiga, medieval e moderna. Tal classificação veio a ser aceita com uma convicção quase dogmática. Ela se coaduna com a crença do homem comum, de que este nosso planeta só testemunhou dois grandes períodos de progresso: o tempo dos gregos e dos romanos e a época das invenções modernas.

(A) Antiguidade (ou Idade Antiga): A chamada “antiguidade” tem seu início com a descoberta da escrita hieroglífica (4000 a.C) e se estende até o ano de 476 d.C., com a queda do Império Romano do Ocidente. Nesse período, duas civilizações se destacaram: Egito e Mesopotâmia. A estrutura da sociedade estava fundada na economia servil, e na organização política teocrática. A política e a religião se fundiam, uma vez que Deus era representado pelo Estado cuja função era não só proteger os habitantes, mas também proporcionar as atividades produtivas.

Referindo-se aos povos dessa época, Savelle (1990, p. 66) acrescenta que “sem a arte, a filosofia, a literatura, o direito e a ciência que todos eles propiciaram, as grandes civilizações, posteriores do mundo ocidental, não teriam podido desenvolver-se tão rapidamente como o fizeram”. Predominava a teocracia. Tem-se aqui, portanto, o chamado Estado de política.

Referente a esse período, Burns (1975, p.43) acentua que:

Mas a invenção da escrita não foi a única feição distintiva dessa nova ordem. Os instrumentos de pedra foram quase que inteiramente suplantados por utensílios de bronze e outros metais. Além disso, calendários foram

¹¹ Ao que se sabe, a periodização da história em Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna foi da lavra do alemão Cristoph Cellarius (1634-1707). Sua contribuição deu-se com uma publicação em 1683, que resultou na divisão em História Antiga, História Medieval e História Moderna.

inventados; a religião, o estado e outras instituições desenvolveram-se em mais alto grau; a arte tornou-se mais refinada e houve avanços consideráveis na ciência e, por fim, no comércio e na indústria.

Vale salientar que esse foi o período mais longo da história, estendendo-se do ano 4000 a.C. ao ano de 475 d.C., ou seja, quase 4500 anos.

(B) Idade Média: Com a queda do Império Romano do Ocidente no ano 476 da era cristã, tem início a Idade Média que se estende até 1453, com a tomada de Constantinopla pelos turcos.

O regime da época era o feudalismo, com poder descentralizado (nas mãos dos senhores feudais); a economia era baseada na agricultura e havia utilização do trabalho dos servos. A estrutura política fundava-se nas relações de vassalagem e suserania, na qual o primeiro cedia a terra ao segundo e este era fiel e prestava ajuda ao seu suserano. Todos os poderes, jurídico, econômico e político concentravam-se nas mãos dos senhores feudais, donos de lotes de terras (feudos).

Sobre esse período da história, Burns (1975, p. 255) aponta que Idade Média foi “... considerada como um interregno de profunda ignorância e superstição, na qual o homem viveu com os olhos vendados, esquecido das maravilhas do conhecimento e interessado somente em fugir às misérias deste mundo e aos tormentos do inferno”.

O autor (p. 353), ainda faz menção de que “... mais tarde, outros fatores, como a influência das civilizações sarracena e bizantina e a prosperidade das cidades e vilas, levaram a cultura da época feudal a um apogeu magnífico de realizações intelectuais, nos séculos XII e XIII”.

Conforme o texto de Burns “... o homem viveu com os olhos vendados [...] interessado somente em fugir às misérias deste mundo e aos tormentos do inferno”, o que demonstra o poder do clero que não só governava com mãos de ferro, mas era também o detentor da cultura e responsável pelo pensamento teocêntrico, ou seja, que Deus era o centro de todas as coisas.

C) Idade Moderna: A Idade moderna principia no ano de 1453, com a tomada de Constantinopla pelos turcos, e se prolonga até 1789, com o início da Revolução Francesa. Em oposição à Idade Média da cultura feudal e também chamada de “período das trevas”, ocorre aqui o Renascimento, movimento que expressou e consolidou a mentalidade burguesa.

A ciência passou a ocupar o lugar da religião, com amplo desenvolvimento das artes plásticas, literatura, medicina, física e outras. A política separa-se da religião. Instala-se o

governo monárquico com poderes ilimitados. Predomina a política econômica mercantilista, com acentuado intervencionismo monárquico.

Em função do mercantilismo, verifica-se a união de interesses da burguesia com os da monarquia, dando sustentação à base financeira do governo absolutista. Ainda, ocorreu um grande desenvolvimento e expansão das atividades comerciais, e formação das grandes empresas de navegação, colonização e bancárias, assim como o fortalecimento do Estado Absoluto com a formação dos chamados estados absolutistas nacionais. Segundo Burns (1975, p. 443):

[...] essa época, em seu conjunto, salientou-se pelo desenvolvimento de um governo absoluto e pelo aparecimento de poderosos estados nacionais, que substituíram o regime feudal descentralizado da Idade Média. Finalmente, entre os anos de 1600 e 1789, ocorreu a revolução intelectual que culminou na entronização da razão e no desenvolvimento do conceito mecanicista de um universo governado por leis inflexíveis.

(D) Idade Contemporânea: A Idade Contemporânea tem seu início com a Revolução Francesa em 1789 e vai até os dias atuais. Neste período, dá-se o desenvolvimento e consolidação dos chamados estados ou regimes capitalistas, com disputa das potências mundiais por territórios, matérias-primas e mercados consumidores. No mesmo tom, desenvolveu-se a crença acentuada de que a ciência resolveria todos os problemas e males da humanidade com novas soluções; no entanto, a humanidade foi abalada com o acontecimento de duas grandes guerras mundiais.

Também surgiram as constituições escritas limitantes do abuso do poder estatal: Constituição norte-americana (1787) e Constituição Francesa de (1791). E em resultado da concepção liberal, ocorre grande concentração de renda e exclusão social, dando origem a exploração e dominação do capital. Despontaram, ainda, os chamados direitos de terceira geração, também denominados direitos solidários e que se fazem presentes no ordenamento como direitos coletivos ou difusos.

Com o surgimento do Estado de Direito, no qual todos têm direitos iguais perante a constituição, dá-se o fim do absolutismo.

Ante o exposto, pode-se afirmar que o Estado evoluiu e assumiu novas feições em consonância com as alterações e mudanças ocorridas na sociedade por intermédio da história. A partir daí, pode-se sintetizar o modelo de Estado em função da época em que ocorreram as mudanças do contexto social ou da sociedade humana propriamente dita (Quadro 5).

Pré-história	História					
	Idade Antiga (antiguidade)	Idade Média	Idade Moderna	Idade Contemporânea		
Até 4.000 a.C.	476	1.453	1.789	Dias atuais		
Marco inicial →	Invenção da escrita	Queda do Império Romano do Ocidente	Tomada de Constantinopla pelos Turcos	Início da Revolução Francesa		
Modelos de Estado →	Estado teocrático	Estado absolutista	Estado absolutista nacional	Estado de direito	Estado democrático	Estado democrático de direito
	Estado de política ¹²					

Quadro 5 – Divisão da história e modelos de estados

(A) Estado Teocrático: O Estado Teocrático, também denominado de Estado Antigo, foi o modelo típico da chamada Idade Antiga, ou seja, do período compreendido entre 4000 a.C. até 476 d.C. Nesse modelo, de acordo com Dallari (2003, p. 62), “... a família, a religião, o Estado, a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente. Em consequência, não se distingue o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou das doutrinas econômicas”. Estado e divindade se confundiam.

(B) Estado Absolutista: No modelo de Estado absolutista, o governo era um monarca, rei ou alguém com outro título com poder absoluto, independente e superior entre todos os órgãos do estado.

Segundo Becker (1967, p. 282), o estado absolutista ou estado medieval surgiu com “... enfraquecimento do poder real e predomínio dos senhores locais (feudais). É uma forma de governo baseada na posse do feudo (geralmente a terra). O dono da terra era o soberano dela, um rei local”. Em vista disso, de acordo com o autor, todo o poder se concentrava nas mãos do senhor feudal, que o exercia de forma centralizada. Assim, cabia-lhe decidir sobre todos os aspectos, seja de natureza política, econômica ou jurídica.

Não obstante cada feudo ter o seu poder, existia certa limitação do poder do senhoril, uma vez que o vassalo devia fidelidade a seu suserano, além da alta influência da Igreja Católica, a qual ditava certas normas (BECKER, 1967, p. 283-286).

Sobre o estado absolutista feudal, assevera Dallari (2003, p. 70) que existia:

¹² Tem a ver com o modelo de Estado antigo e resultante de um conjunto de forças provenientes da ação do homem, de arranjo transitório e circunstancial, incapaz de impor uma ordem duradoura.

[...] um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofício.

(C) Estado absolutista nacional: Para entender o Estado absolutista nacional, é interessante ressaltar que, no Estado absolutista feudal, o poder é descentralizado entre os senhores feudais. Mesmo havendo um rei, este não detinha o poder político.

“As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características do Estado Moderno, o que despertou a consciência e necessidade de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial dotada de um poder soberano” (DALLARI, 2003, p.70).

Assim, em decorrência de uma aliança entre o rei e a classe burguesa, nasce o Estado absolutista nacional no qual tudo não só é submetido ao poder real, mas também o rei é o soberano absoluto.

No Estado nacional, ao invés de um poder descentralizado, tem-se uma centralização do poder mediante normas rígidas limitadoras da liberdade individual e predominância da ideia de lucro e riqueza. O rei controlava a nobreza com o apoio da burguesia e esta prestava seu apoio ao rei em troca de concessões e monopólios comerciais. Assim, os burgueses garantiam o lucro; os nobres mantinham o seu padrão de vida. Neste sentido, Becker (1967, p. 394) acrescenta que:

Assim, pois, nos séculos XIV e XV, o Estado feudal, fraco e descentralizado, vai sendo substituído pelo Estado nacional, centralizado e forte. A burguesia (aristocracia comercial), em defesa dos seus próprios interesses, apoiou a realeza – contra os senhores feudais. O mais antigo direito romano foi renovado: as interpretações dos legistas tendiam para o absolutismo monárquico.

Ainda, no dizer do autor citado, constitui característica do Estado moderno a institucionalização de impostos reais, exército nacional, justiça real e moeda real.

(D) Estado de Direito: Com o fim do feudalismo e do arbítrio do Estado de Política, foi implantado o Estado de Direito, no qual vigorou o chamado "império da lei". Esclarecendo que o governante estava submetido às leis criadas pelo próprio Estado.

São características básicas do Estado de Direito, conforme Silva (2002, p. 112-113), a) a submissão ao império da lei; b) divisão dos poderes; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Diante disso, o próprio Estado fica limitado ao cumprimento das suas leis e

limites por ele estabelecidos. O poder do Estado é definido e limitado, portanto, pela lei, não sendo absoluto.

Entretanto, embora os mandatários devessem submeter-se às leis promulgadas, a verdade é que eles, de certa forma, influenciavam e tinham ingerências na sua confecção e elaboração. Em consequência, o Estado de Direito apresentava certos vícios do absolutismo, o que fez surgir a necessidade de um novo modelo de Estado.

(E) Estado Democrático: Percebeu-se que, no Estado de Direito, a criação e formulação das normas não obedeciam a uma proporção de obrigações e deveres do povo e do governante, visto que o povo ficava submetido a um conjunto de normas e obrigações, enquanto o governante muito pouco tinha a cumprir. Era, pois, necessário que o governante, além da estrita obrigação de obediência às leis, deveria, também, obedecer o clamor e anseios do povo. Advindo daí, o princípio da soberania popular que, segundo Silva (2002, p. 117):

[...] impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

Nessa esteira de encaminhamento, ao final do século XIX e início do século XX, aparece o chamado Estado Democrático.

(F) Estado Democrático de Direito: Por imperativo constitucional, prevalece hoje no Brasil o Estado Democrático de Direito. Esse modelo de Estado tem por finalidade a rígida obediência às leis por intermédio de um governo do povo, pelo povo e para o povo.

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 expressa claramente o sentido da democracia no Estado Democrático de Direito, estabelecendo como objetivos do Estado a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e a marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais.

Diante disso, cabe ao Estado Democrático de Direito o desenvolvimento de meios e medidas necessárias para a inclusão social dos seus cidadãos.

Neste sentido, acrescenta Silva (2002, p. 122) que “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realiza a justiça social”.

2.3 O Estado na concepção de Hobbes e Rousseau

A disciplina que estuda o modo pelo qual o ser humano se organiza e se transforma numa sociedade é a “filosofia política”. Portanto, é esse o campo do conhecimento humano, que trata da política e das relações do homem em sua vida social. O começo de tudo ocorreu quando cada indivíduo, fonte de poder, concedeu poderes para formar o Estado, delegando, assim, ao mesmo os meios e providências para uma vida de felicidade, com segurança, igualdade e liberdade. Isso se deu com o “contrato social”, com o homem abrindo mão de seus direitos e do estado de natureza em pró de um governo ou autoridade. O “contrato social”, de forma bastante simplista, é um acordo livre de vontade entre os integrantes de uma sociedade reconhecendo a autoridade do Estado sobre eles, por meio de regras de convivência e de um regime político.

Deve-se esclarecer que as teorias, relacionadas com o “contrato social”, surgiram, entre os séculos XVI e XVIII e procuram explicar as relações e obrigações políticas entre Estado e os indivíduos. Entre os filósofos chamados “contratualistas” se destacam: Thomas Hobbes (1651), John Locke (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1762). Como Hobbes e Rousseau apresentam visões bem distintas sobre a gênese da socialibilidade do ser humano, será feita uma revisão do pensamento e teoria sobre o “contrato social” de ambos.

Interessante se faz dizer que Hobbes fala de um estado de natureza em que prevalece a lei da selva, do mais forte, da guerra de todos contra todos (1999, p. 110) e que o “homem é o lobo do próprio homem” (2006, p. 9). Vê-se, portanto, que segundo esse autor, a sociedade é uma guerra generalizada entre os homens, na qual um ataca o outro para não ser atacado.

Por outro lado, Rousseau, em toda a sua vasta produção literária e filosófica, coloca o homem como um ser bom por natureza, o qual, em sociedade, é submetido à ação nefasta da mesma para se corromper. Contrastando com Hobbes, Rousseau teorizou o homem com um perfil naturalmente bom, distinguindo-o, assim, do homem egoísta teorizado pelo autor de *Leviatã*.

Se por um lado, para Hobbes, no estado de natureza, o “homem era o lobo do homem”, para Rousseau, o homem em estado de natureza é bom. A sociedade é que o corrompe, bem como a civilização é que leva o homem ao egoísmo e a guerra entre todos.

2.3.1 Estado segundo Hobbes

Segundo esse autor, o Estado assemelha-se ao Leviatã, uma criatura mitológica de tamanho descomunal, que teria habitado os mares e existido no imaginário dos antigos navegantes. Figurativamente, o Estado-Leviatã objetiva impedir o poder maléfico das pessoas. Sem a supervisão desse monstro (o Estado), o ser humano viveria fazendo maldades um para o outro.

Nesse modelo de Estado, portanto, todo o poder absoluto é transferido para o rei ou soberano, o qual garante a paz e segurança, em detrimento da liberdade individual. Essa forma apresenta, entre outra, as seguintes peculiaridades:

Pois são obrigados, cada homem perante cada homem, a reconhecer e ser considerado autores de tudo quanto àquele que já é seu soberano fizer e considerar bom fazer. Assim, a dissensão de alguém levaria todos os restantes a romper o pacto feito com esse alguém, o que constitui injustiça. Por outro lado, cada homem conferiu a soberania àquele que é portador de sua pessoa, portanto se o depuserem estarão tirando-lhe o que é seu, o que também constitui injustiça. Além do mais, se aquele que tentar depor seu soberano for morto, ou por ele castigado deve a essa tentativa, será autor de seu próprio castigo, dado que por instituição é autor de tudo quanto seu soberano fizer. [...] pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por nenhum de seus concidadãos [...] (HOBBES, 1999, p. 147-148).

Vê-se, assim, que Hobbes mantém aceso o absolutismo, não admitindo contrariedade e nem desconformidade com a vontade do rei. Nesse modelo de Estado, portanto, o direito limita-se à força e seu monopólio pertence ao soberano.

2.3.2 O estado segundo Rousseau

Segundo esse autor, o homem no estado de natureza é um animal como os outros. Seu instinto está voltado para a satisfação de suas necessidades naturais e manutenção da vida. Nesse estado, os homens são independentes e iguais por natureza, não havendo ascendência e nem o direito de um homem governar os demais. Para Rousseau, o homem no estado natural apresenta um grau de bondade pura¹³.

Dentre suas obras, duas destacam-se politicamente na formação do Estado moderno, quais sejam: a) Discurso sobre as causas da desigualdade entre os homens; b) O contrato

¹³ Possivelmente, o estado natural trata-se de uma situação imaginária para efeito didático e raciocínio.

social. Ambas tiveram reflexos nos movimentos revolucionários do século XVII na Europa e Américas, uma vez que as citadas produções mostravam que o Estado decorre da vontade manifestada pela maioria dos indivíduos, e que a nação é superior ao rei ou governante, não existindo direito divino, e sim os ditames da soberania nacional. Também apontavam que todo contrato pode ser refeito em benefício do povo, desde que aprovado pela sua maioria. A missão do governo é promover o bem comum.

Rousseau, ao contrário de Hobbes, via o estado natural como fonte de liberdade e igualdade. Ao que parece, seu interesse maior estava em pesquisar e buscar formas de melhor organizar a sociedade, de modo a preservar os seus direitos e características naturais, evitando, assim, a corrupção da sociedade, conforme pode se observar na sua obra “O contrato social”.

Para Rousseau, o povo é soberano e não o governante. Porém, esse é o representante da soberania popular. Pelo contrato social, os indivíduos trocam a liberdade civil: aceitam perder a posse natural para ganhar a individualidade civil, ou seja, a cidadania. Enquanto criam a soberania e nela se fazem representar, são cidadãos.

Conforme já foi mencionado, duas de suas obras destacam-se em relação às demais, exatamente porque contribuíram, sobremaneira, para a formação do Estado moderno, quais sejam: Discurso sobre as causas da desigualdade entre os homens (1754) e O Estado social (1762), as quais serão dedicadas, a seguir, breves comentários:

(A) Discurso sobre as causas da desigualdade entre os homens: A obra foi publicada em 1750 com três partes: dedicatória, prefácio e discurso, das quais interessa, agora, somente a última, na qual o autor faz uma distinção entre a desigualdade natural ou física e a desigualdade moral ou política, sendo que a primeira decorre da própria natureza (sexo, força e idade, por exemplo). A segunda, desigualdade moral ou política, é o objeto da obra, uma vez que aí reside os privilégios e benefícios que alguns usufruem em detrimento de outros.

Rousseau descreve a passagem do homem do estado natural para o estado social apontando como surgiu a desigualdade. Segundo o autor, o homem, no estado natural, aprendeu a sobreviver e defender-se, obtendo da natureza os meios de subsistência (caçar, construção de abrigos, por exemplo). Com o tempo, eles começam a se comparar e sentir-se diferentes: mais forte, alto, hábil, etc. Não existia ainda a lei, a religião e o rei. Assim, os homens agrupados, sem lei e sem líder, cada qual tendo consciência e sendo único juiz começa o estado de guerra de todos contra todos.

Com o surgimento da agricultura e metalurgia, ocorre a divisão do trabalho, a propriedade e a existência de ricos e pobres. O homem começa a depender um do outro. Para regular a relação, a convivência em sociedade e a propriedade, surge a lei.

Vale registrar que os governantes eram escolhidos pela comunidade. Segundo Rousseau, se apenas uma pessoa tinha condições para governar, instituíam-se um estado monárquico. Porém, em existindo várias pessoas preparadas, tinha-se uma aristocracia. Entretanto, se todas as pessoas tivessem qualidades homogêneas e decidissem administrar em conjunto, ter-se-ia um regime democrático.

Todo esse quadro culminou com a origem da desigualdade entre os homens, em sua degeneração social e distanciamento do homem natural.

(B) Do contrato social: Nessa obra publicada em 1762, Rousseau, preocupado com o fundamento da sociedade política, apresenta uma nova proposta de “contrato social” com vistas a assegurar para os homens a sua liberdade, bem como o direito de todos os cidadãos, com base no *modus vivendi*, organização e experiências de povos da antiguidade.

O livro desdobra-se em quatro livros, assim sumarizado:

a) Livro Primeiro – Neste livro o autor, de pronto, coloca que “homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles. Como adveio tal mudança? Ignoro-o. Quem poderá legitimá-la? Creio poder resolver esta questão?” (ROUSSEAU, 1997, p. 53). Todavia, neste mesmo livro (p. 61), ele aponta a resposta ao afirmar que “visto que homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes e que a força não produz nenhum direito, só restam as convenções como base de toda a autoridade legítima existente entre os homens”.

Observa-se, assim, pelo exposto, que Rousseau, além de condenar a escravidão, coloca a liberdade como algo natural do homem e que foi perdida. Vislumbra como recuperá-la com o povo escolhendo a forma de governo via um contrato social. Com isso, tem-se a passagem do estado de natureza para o estado civil.

b) Livro Segundo – Nesse (p. 85), o autor afirma, de forma categórica, “que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum”. Portanto, a governança deve ser exercitada com base no interesse comum.

Rousseau coloca a soberania do povo como algo indivisível e que o governante não deve extrapolar a vontade e a soberania geral.

c) Livro Terceiro – Nesse livro (p. 135), Rousseau estuda o governo, as questões e critérios acerca das formas de organização do Estado. Assim é que, referindo-se ao corpo

político do Estado, diz que “distinguem-se nele a força e a vontade, esta sob o nome de *poder legislativo* e aquela, de *poder executivo*. Nada nele se faz, nem deve fazer, sem o seu concurso”. Explicita, ainda, o autor que o poder legislativo pertence ao povo e não pode pertencer senão a ele.

No tocante às formas de governo, Rousseau (1997, p. 147-148) classifica-as em democracia, monarquia e aristocracia. Convém ressaltar que o autor, acerca das formas de governo, afirma que “quanto mais aumenta a distância entre o povo e o Governo, tanto mais onerosos se tornam os tributos. Assim, o povo fica menos sobrecarregado na democracia e mais na aristocracia, arcando, na monarquia, com maior peso” (p. 166).

Ao que parece, Rousseau, nesse Livro, no intuito de realçar a importância do Estado, afirma que “quando alguém disser dos negócios do Estado: *Que me importa?* – pode-se estar certo de que o Estado está perdido” (1997, p. 186).

Sendo todos os cidadãos iguais pelo contrato social, o que todos devem fazer, todos devem saber, todos podem prescrever, enquanto ninguém tem o direito de exigir de outrem que faça aquilo que ele mesmo não faz (1997, p. 186).

d) Livro quarto – Rousseau inicia esse livro escrevendo “de como a vontade geral é indestrutível” (p. 199). O tema aborda certos remédios a serem utilizados quando o Estado sentir-se ameaçado. Acrescenta o autor que:

Quanto mais reinar o acordo nas assembleias, isto é, quanto mais se aproximarem as opiniões da unanimidade, tanto mais dominante também será a vontade geral; porém os longos debates, as dissensões, os tumultos prenunciam a ascendência dos interesses particulares e o declínio do Estado (1997, p. 203).

Em sua obra, Rousseau trata de questões relacionadas com sufrágios, eleições, ditadura, censura e outros temas pertinentes. Entretanto, ao encerrá-la, desculpa-se por ela não conter algo mais sobre as Instituições Públicas.

2.3.3 Quem está certo: Hobbes ou Rousseau?

A questão que ora se levanta, portanto, é saber se o “homem é o lobo do homem”, na concepção de Hobbes, ou se “o homem nasce bom e a sociedade o corrompe”, conforme o entendimento de Rousseau. Em outras palavras, o homem é bom ou mau?

Gehlen¹⁴ apud Dahrendorf (1987, p. 66), expressando-se sobre o assunto, acrescenta que:

Já é tempo de um Contra-Rousseau, de uma filosofia do pessimismo e da seriedade da vida. “De volta a natureza” significa para Rousseau: a cultura desfigura o homem, o estado de natureza o mostra em toda a sua ingenuidade, justiça e vivacidade. Contra isso, e de forma inversa, parecemos hoje que o estado de natureza no homem é o caos, é a cabeça de Medusa à vista da qual todos ficam paralisados.

Após feita a citação acima em sua obra, Dahrendorf (1987, p. 66) a questiona acrescentando que:

A análise de Gehlen é claramente pertinente. Mas será que os Contra-Rousseau apenas são encontrados em Hobbes, um século e meio antes, ou em Arnold Gehlen, um século e meio depois do **Contrato social?**” (...) Por sorte, o fértil século XVIII possui as respostas para ambas as questões. Não precisamos de Rousseau para nos guiar, nem precisamos de Hobbes ou Gehlen, quanto a isso, para nos ajudar a evitar suas falácias.

Dahrendorf (1987, p. 67) defende essa posição com fundamento em Immanuel Kant, no artigo “Idea for a General History with Cosmopolitan Intent”¹⁵, publicado em 1784, ao afirmar que “se existe qualquer “intenção natural” na História humana, disse o próprio Kant, será com certeza o desenvolvimento das capacidades do homem por seus próprios esforços”.

Sobre isso, o próprio Kant, no artigo mencionado, explicita que “o *meio de que a natureza se serve para obter o desenvolvimento de todas as suas disposições é o antagonismo destas na sociedade, na medida em que ele se torna, finalmente, causa de uma ordem legal das mesmas disposições*”.

Vale ressaltar que Kant (2011, p. 7-8) entende por antagonismo:

[...] a sociabilidade insociável dos homens, isto é, a sua tendência para entrar em sociedade; essa tendência, porém, está unida a uma resistência universal que, incessantemente, ameaça dissolver a sociedade. Esta disposição reside manifestamente na natureza humana. O homem tem uma inclinação para entrar em sociedade, porque em semelhante estado se sente mais como homem, isto é, sente o desenvolvimento das suas disposições naturais.

¹⁴ Arnold Gehlen (1904-1976): foi um sociólogo e filósofo alemão. Foi um devero crítico da cultura moderna. Entre seus pensamentos está o de que o homem é um ser especial e único na natureza e que não faz parte do reino animal. Entende que o homem é um ser cultural e que as instituições são fragilizadas em decorrência do individualismo.

¹⁵ “Idea de uma história universal com um propósito cosmopolita”.

Da leitura do artigo mencionado, deduz-se que não existe um predeterminismo ou intenção natural que oriente ou estabeleça o percurso do homem e sua realização segundo um plano da natureza. Tanto assim que Kant (2011, p. 4) diz que:

Não há aqui outra saída para o filósofo porque, nos homens e no seu jogo, a escala global não pode pressupor nenhum propósito racional peculiar excepto inquirir se ele não conseguirá descobrir uma intenção da natureza no absurdo trajecto das coisas humanas, a partir da qual seja possível uma história de criaturas que procedem sem um plano próprio e, no entanto, em consonância com um determinado plano da natureza.

Para fechar a questão, com base em Dahendorf (1987, p. 69), este diz que:

[...] a filosofia do sr. Rousseau de Genebra é quase o inverso da de Hobbes. Um crê que o homem é bom por natureza; o outro, que ele é mau ... foram as leis e a formação da sociedade que aperfeiçoaram o homem, se seguirmos Hobbes; e que o depravaram, se seguirmos o sr. Rousseau. De fato, acrescenta o autor, uma terceira abordagem seria a correta: as “vissitudes perpétuas” da condição humana são devidas ao fato de que o homem tanto é bom como mau.

Em conclusão a tudo que foi exposto, ao que parece, infere-se que o homem foi dotado do livre arbítrio para ser o autor da sua própria história, não existindo um mapa ou plano natural que o encaminhe para a estrada do bem ou do mal. Como já foi mencionado, o homem só é homem pela educação.

2.4 Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais têm tudo a ver com as necessidades essenciais e comuns a todas as pessoas humanas, cuja carência ou não atendimento provoca sofrimento e vida sem dignidade. Sobre esse direitos, Silva (2002, p. 178) entende que:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Segundo (Dallari, 1998, p. 7), trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todos.

Vale lembrar que esses direitos decorrem de um processo que teve seu início ao longo dos anos, conforme exemplifica o Código de Hammurabi (1792 a 1750 a.C.), que já

continha dispositivos de defesa da vida, propriedade, honra, dignidade, família, bem como propunha a supremacia da lei em relação aos governantes.

Deve-se acrescentar que o nascedouro dos direitos fundamentais tem relação com a política, uma vez que eles sempre resultam dos embates e conflitos entre a sociedade e o Estado, no que se refere aos espaços da intervenção na vida e liberdades individuais das pessoas. Exemplo disso é que da relação conflituosa entre a sociedade e o Estado nasceu o constitucionalismo com a *Magna Charta*, em 1215, a qual buscava um equilíbrio na relação entre a sociedade e o Estado. No entanto, ressalva-se que tal equilíbrio foi relativo, uma vez que alcançava somente os direitos de participação dos cavaleiros.

Ao que parece, porém, os direitos fundamentais contra o autoritarismo dos governantes surgiram só mais tarde, como conquista do povo da Virgínia, da Constituição Americana e com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Vale dizer que esses direitos não ocorreram de graça ou pela benevolência dos detentores do poder. Na verdade, são conquistas e lutas de muitos povos. Neste sentido, Ihering (2006, p. 27) acrescenta que:

Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles que a eles se opunham; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples ideia, é uma força viva.

Como se pode notar, foi em decorrência das lutas políticas que se caminhou para uma teoria dos direitos fundamentais, com vistas ao equilíbrio de forças entre a sociedade e o Estado. Segundo Bonavides (2004, p. 562), “os direitos fundamentais são tradicionalmente encarados pela doutrina como resultado de diversos eventos e ideologias inspiradas pelas ideias de liberdade e de dignidade humana”.

Todavia, o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais teve seu início apenas no início do século XVIII, sendo consagrado como patrimônio da humanidade por meio da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

Os direitos fundamentais são direitos inerentes ao homem advindos de sua condição de pessoa humana e previstos no texto constitucional e, sem eles, o homem não tem como viver e nem um potencial de vida. Nesse sentido, Ferrajoli (2006, p. 118) afirma que:

Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la

supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.¹⁶

Hesse (1991, p.61-62), concorda com o autor do texto quando diz que se entende “os direitos fundamentais como aqueles que visam à criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.

Como se pode notar, encontram-se, na doutrina nacional, os mais diversos tipos e classificação dos direitos fundamentais, sob os mais variados critérios, os quais, de acordo com Barroso (2009, p.95), pode-se agrupá-los “em quatro grandes categorias, que os repartem em: direitos *políticos*, direitos *individuais*, direitos *sociais* e direitos *difusos*”.

A Constituição da República de 1988 aborda, no seu Título II, os chamados Direitos e Garantias Fundamentais, distribuídos em cinco capítulos, quais sejam:

a) Direitos individuais e coletivos: são direitos que têm a ver com o conceito de pessoa humana, vida, igualdade, segurança, honra, liberdade e propriedade (art. 5º).

b) Direitos sociais: são prestações positivas, promovidas pelo Estado, visando à liberdade das pessoas (art. 6º).

c) Direitos de nacionalidade: trata do vínculo jurídico-político do indivíduo com o Estado, que o capacita para o exercício da cidadania, tornando-se sujeito de direitos e obrigações (art. 12).

d) Direitos políticos: esses direitos permitem o exercício efetivo da cidadania, pelo qual o indivíduo pode participar ativamente das atividades políticas do Estado (art. 14).

e) Direitos referentes à criação e participação em partidos políticos: esses direitos garantem a autonomia e a plena liberdade dos partidos políticos como entes fundamentais para o Estado Democrático de Direito (art. 17).

Convém esclarecer a diferenciação entre o que seja um direito e garantia fundamental. Os direitos fundamentais são direitos positivados na ordem jurídica e constitucionalmente garantidos. São enunciados de cunho declaratório, que reconhecem, de pronto e juridicamente, uma prerrogativa do homem. Exemplo: intimidade e honra (art. 5º, inciso X).

¹⁶ Todos os direitos fundamentais são leis dos mais fracos em alternativa à lei dos mais fortes, que regeriam se aquelas não existissem: primeiro, o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a vontade de quem é mais forte politicamente, e, em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente (tradução nossa).

As garantias fundamentais, por sua vez, constituem enunciados de caráter assecuratórios com vistas a proteger um direito fundamental violado. Exemplo: direito de resposta (art. 5º, inciso V).

Silva (2002, p. 183), com fundamento na Constituição Federal, classifica os direitos fundamentais em seis grupos, a saber: a) Direitos individuais (art. 5º); b) Direitos à nacionalidade (art. 12); d) Direitos políticos (art. 14 a 17); c) Direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes); e) Direitos coletivos (art. 5º); f) Direitos solidários (art. 3º e 225).

Deve-se esclarecer que desses, relaciona-se, diretamente, com o propósito deste estudo, o grupo dos chamados “direitos sociais”.

Ao Estado cabe, portanto, assegurar que todas as pessoas tenham uma vida digna, e a sua omissão pode gerar desconformidade, sofrimento, exclusão e consequências que são de sua responsabilidade. Em vista disso, tem-se que, constitucionalmente, os direitos fundamentais assumiram importância magna a ponto de o indivíduo ou cidadão poder gerar pretensões diretas contra o Estado, no caso da não prestação de tais direitos.

2.4.1 Direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais são encargos recentes, inseridos na Constituição Política do México de 1917, assim como na Constituição da República de Weimar de 1919, as quais atribuíam ao Estado “deveres de prestações positivas, visando a melhoria das condições de vida e a promoção de igualdade material” (BARROSO, 2009, p. 97).

Convém ratificar que esses direitos visam garantir e melhorar as condições de vida dos menos favorecidos, diminuir as desigualdades sociais e proporcionar uma vida e uma existência digna. Interessante se faz ressaltar que “os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais” (KRELL, 2002, p. 19).

Considerando o objetivo do presente estudo, será dispensada uma atenção maior aos direitos fundamentais sociais, elencados no artigo 6º da Constituição Federal, os quais visam garantir e proporcionar melhores condições de vida aos brasileiros, diminuindo as desigualdades sociais e fazendo com que as pessoas tenham uma vida e uma existência com dignidade.

2.4.2 Da efetividade dos direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais estão expressos no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição da República. O seu artigo 5º, §1º, estabelece, ainda, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Infere-se, portanto, que os direitos sociais possuem a categoria de direitos fundamentais, devendo ter aplicação imediata. Esse entendimento é corroborado por Sarlet (2007, p. 297) que afirma:

[...] também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocadamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. artigo 5º, §1º de nossa constituição.

A Constituição Federal, no artigo 1º, inciso II e III, coloca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República, o que dá, pois, a referidos direitos a condição de aplicabilidade e geração de seus efeitos de imediato. Entretanto, para seu atendimento pleno, os direitos sociais apresentam uma grande e crescente demanda de recursos financeiros e orçamentários.

É interessante aqui lembrar o que foi apontado por Sarlet (2007, p. 299):

[...] os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.

Há que se considerar, todavia, a onerosidade excessiva de implantação e universalização dos direitos fundamentais sociais num país do tamanho continental do Brasil, com os seus problemas estruturais e escassez de recursos financeiros e orçamentários.

Agora, a não efetividade de qualquer direito social não pode ser justificada ou explicada simplesmente na falta de recursos. O Executivo deve, em juízo, explicar e mostrar os motivos e a efetiva falta de recursos financeiros e orçamentários, bem como a má gestão e desvios de finalidades da administração pública. Segundo Barroso (2009, p. 105), deve-se levar em conta que “a ausência da prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível outras tantas”.

As consequências sociais decorrentes da ausência de prestação dos direitos sociais e seus reflexos na vida do indivíduo, na evidência de uma causalidade, podem resultar corresponsabilidade por parte do Estado.

Por outro lado, ressalta-se que na Alemanha, por exemplo, os direitos prestacionais não possuem os status de direitos fundamentais:

O fato de os direitos a prestações estarem ligados a questões importantes – o que, a propósito, não é negado nem mesmo por aqueles que rejeitam sua inserção dentre os direitos de nível constitucional – não é uma razão suficiente para conferir a eles o nível de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 448).

O referido autor, no entanto, menciona que a ancoragem constitucional de tais direitos dar-se-ia por uma real necessidade. Conclui-se, daí, que o procedimento em tela, no Estado germânico, deve-se ao fato de o mesmo não possuir os problemas e as distorções sociais existentes no Estado brasileiro; mas, se as tivesse, nada impediria que as normas de direitos sociais estivessem prescritas no texto constitucional.

Registre-se, ainda, que tais direitos, em face de sua natureza fática e as consequências advindas em termos de sofrimento, penúria e carências, especialmente para os mais necessitados, requerem, para sua efetivação, um mínimo de realização, possibilitando, assim, que o ser humano tenha uma vida com dignidade e não venha a sofrer um processo de exclusão social, pela impossibilidade de usar os serviços públicos correspondentes, o que transformaria uma massa de brasileiros em excluídos socialmente, com vida sem dignidade.

A clássica definição de direitos fundamentais, conforme Konrad Hesse, coloca os direitos fundamentais como pressupostos de vida com dignidade humana. Não é por acaso que a Constituição Federal, no art. 1º, III, coloca a dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro. Neste sentido, diz Barcellos (2002, p. 304-305) que:

O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. [...] no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.

Parece haver uma discordância entre o que a autora diz em seu texto, e o que se entende de como o mínimo existencial deva abarcar os direitos fundamentais, que constam do artigo 6º da Constituição Federal, ao invés de somente “direitos a educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça” (BARCELLOS, 2002, p. 305).

É preciso se ater ao fato de que os direitos fundamentais sociais, constitucionalmente, são revestidos de efetividade imediata e que um contingente considerável de brasileiros vive em condições indignas; então, se o legislador não legisla, nem o executivo resolve a questão de sua concretização, como efetivar tais direitos? Quais as vias possíveis para minorar a miséria e o sofrimento?

No capítulo 3 desta dissertação, procurar-se-á responder ou dar alguns encaminhamentos de solução para tais questões.

Ainda, sobre o tema direitos fundamentais, uma outra questão que merece atenção refere-se aos direitos fundamentais, previstos em tratados internacionais, e não contemplados no direito positivo brasileiro. Neste sentido, preceitua o art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, que:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O §2º do artigo, anteriormente mencionado da Carta da República, versa que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Portanto, não há como negar, também, que os direitos, constantes dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, integram o elenco dos direitos constitucionalmente vigentes no Estado brasileiro.

Entende-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988, ao recepcionar os direitos humanos enunciados em tratados internacionais, confere a tais direitos o caráter de efetividade imediata.

2.5 As necessidades do homem na sociedade

2.5.1 O homem como produto do meio

Segundo a antropologia, o que difere o homem do animal é a cultura, uma vez que só ele é capaz de criar e mudar a natureza. Depreende-se daí que o meio é que proporciona ao indivíduo as características humanas. Isso quer dizer que só o homem cria e transforma as coisas. Assim, só ele é um ser cultural. E quando o *homo sapiens* se diferenciou dos demais animais? Quando isso aconteceu? Provavelmente, quando houve a sua transposição da animalidade para a humanidade. O que ainda não se sabe é como ou em que época isso se

deu, mas tem-se conhecimento de que foi quando o hominídeo adquiriu a consciência de seus feitos, de seus atos e de suas construções. Toynbee (1979, p. 43) diz que esse “acontecimento histórico é o despertar do Homem para a percepção consciente”.¹⁷

Sobre esse assunto, acrescenta Savelle (1990, p. 16-17) que:

A cultura começou quando os homens principiaram a usar varas e pedras como armas, em lugar das mãos nuas; ou quando começaram a construir seus próprios abrigos em vez de compartilhar, com os ursos, de cavernas naturais; ou quando começaram a organizar-se em grupos para fins de caça, de defesa, de intercâmbio social ou de empreendimentos econômicos.

Segundo Childe (1966, p. 44-45), no mundo animal, por exemplo, o membro de uma espécie animal adquire, instintivamente, as experiências coletivas de seus ancestrais, sem proceder a inovações ou acréscimos. Já o ser humano aprende com seus ancestrais ou com os elementos de seu grupo, o que lhe permite o progresso, aperfeiçoamento e ir adaptando o conteúdo transmitido. Complementa, ainda, o citado autor que:

Assim, muito antes, o inventor do navio a vela já havia aprendido a construir a canoa escavada do tronco de árvore, e a navegar com ela, e a manufaturar uma esteira ou tecer. Ao mesmo tempo, os novos movimentos necessários para fazer funcionar o telégrafo e o barco a vela terão de ser ensinados, tão logo o invento se generalize. As regras adequadas serão acrescentadas à tradição social, a fim de serem aprendidas pelas gerações subsequentes (CHILDE, 1966, p. 45).

Ante o acima exposto, dentre todas as criaturas, é o homem a única que necessita passar por um processo de educação, já que o mesmo não foi dotado pela natureza de instintos e meios assecuratórios de subsistência e de adaptação ao meio ambiente. Kant (1999, p. 11) afirma que “... o homem é a única criatura que precisa ser educada”, distinguindo-a, portanto, dos demais animais, já que estes “... não precisam ser cuidados, no máximo precisam ser alimentados, aquecidos, guiados e protegidos de algum modo, A maior parte dos animais requer nutrição, mas não requer cuidados”. Em compensação, foi dotado de razão e consciência para resolver seus problemas, seja individual ou coletivamente, uma vez que tem condições de racionalizar e interagir em grupo. Dentro desse contexto introdutório, ele (1999, p. 20) assegura, ainda, que “a educação, portanto, é o maior e o mais árduo problema que pode ser proposto aos homens”.

¹⁷ O fenômeno do despertar consciente do homem é mostrado no filme “2001 - uma odisseia no espaço”, do diretor Stanley Kubrick, lançado em 1968, no momento capital quando um dos ancestrais do homem transforma um osso em arma.

Vale observar que em face da importância da educação para o desenvolvimento e crescimento de um povo, a grande maioria das nações civilizadas do planeta a colocam em suas cartas constitutivas como um direito fundamental.

É preciso estar atento para o fato de que fora da civilização, o homem é um ser frágil com mínimas chances de sobreviver; inclusive, sem a sociedade e a cultura, torna-se quase um animal. A história revela casos de crianças criadas por animais, que viveram e conviveram no ambiente de natureza, mas longe da vida social. São indivíduos que não demonstram nenhum desenvolvimento humano, nem sentimentos, nem emoções. Aliás, não sorriem ou riem, como todas as crianças normais.

Nos casos conhecidos, essas crianças foram criadas por animais, quase sempre lobos, em ambientes selvagens e expressavam-se por sinais ou sons característicos da espécie de animais de sua convivência. Quando regressavam à convivência humana em sociedade, apresentavam fortes dificuldades de aprendizagem de uma língua, manifestando o comportamento social da família que as criou. Também detestavam o uso de roupas e se alimentavam como animais. A título de exemplo, pode-se citar o filme “L’Efant Sauvage d’Aveyron” (O Menino Selvagem de Aveyron), de François Truffaut, de 1969, trata de um caso verídico de uma criança de onze anos que viveu longos anos entre os animais e que ficou sob guarda do médico francês Jean Itard Marc Gaspard (1774-1838)¹⁸.

O referido filme foi baseado no livro de mesmo título, escrito por Lucien Malson, em 1963, no qual o autor conclui que “será preciso admitir que os homens não são homens fora do ambiente social, visto que aquilo que consideramos ser próprio deles, como o riso ou o sorriso, jamais ilumina o rosto das crianças isoladas”.

Vale esclarecer que o interesse dos cientistas, no tocante aos casos de crianças criadas por animais, objetiva saber como seria o comportamento humano fora do ambiente social do homem ou da civilização.

¹⁸ A criança selvagem do filme foi encontrada numa floresta francesa e levada para Paris, onde foi examinada pelo Dr. Pinel, famoso psiquiatra da época e considerada idiota e irrecuperável. O Doutor Itard, médico recém-formado, ao contrário, achou possível recuperar o retardo mental causado pelo seu isolamento. A criança ficou sob sua tutela. Assim, com a ajuda de sua governanta, iniciou o trabalho de desenvolver as faculdades afetivas e intelectuais do menino. Certa feita, o Victor (nome dado ao pequeno selvagem) foge e passa a noite na floresta, onde já não consegue sobreviver, vindo a retornar para casa. Ao chegar faz um gesto afetivo ao pegar e passar as mãos da governanta em seu rosto. Ao perceber a cena, o Dr. Itard passa-lhe a mão carinhosamente na cabeça do pequeno e fala: - “Já não és selvagem, embora não sejas ainda um homem... Amanhã recomeçaremos os exercícios”. (resumo nosso)

Ainda, com relação aos casos dessas crianças, os cientistas concluíram que elas apresentavam dificuldades de evolução porque seu sistema nervoso não se desenvolveu, e seus hábitos e conhecimentos ficaram restritos ao mundo animal. Em concordância com o observado, Veras (2010) afirma que “o homem é fruto da estimulação do meio ambiente sobre o seu potencial intelectual e físico. Esta estimulação é que faz com que ele fique menos ou mais desenvolvido”.

A ciência indica que o homem, ao contrário dos animais, apresenta, se não for estimulado e ensinado, poucas condições de subsistir, uma vez que a sua sobrevivência depende da aprendizagem que extrai do meio em que vive. Desta forma, se ele nascer em um ambiente coercivo, provavelmente obterá os meios necessários para sobreviver mediante o uso da força e da violência. Segundo essa teoria, o homem é fruto do meio em que vive e do qual recebe os ensinamentos e estímulos que nortearão seu comportamento em sociedade. Neste sentido, Kant (1999, p. 15) esclarece que “o homem não pode ser tornar um verdadeiro homem senão pela educação. Ele é aquilo que a educação dele faz. Note-se que ele só pode receber tal educação de outros homens, os quais receberam igualmente de outros”.

O autor citado acrescenta, ainda, que:

Quem não tem cultura de nenhuma espécie é um bruto; quem não tem disciplina ou educação é um selvagem. A falta de disciplina é um mal pior que falta de cultura, pois esta pode ser remediada mais tarde, ao passo de que não se pode abolir o estado selvagem e corrigir um defeito de disciplina (KANT, 1999, p. 16).

Entende-se do exposto que o homem, vivendo fora da sociedade, sem cultura ou qualquer espécie de socialização apresenta comportamento semelhante ao de animal. O que dá ao ser humano a característica de possuir animalidade e humanidade, conforme o caso. Em vista disso, o comportamento humano é algo resultante da integração do homem no meio cultural em que vive. Assim, o comportamento humano está subordinado, diretamente, à sua dimensão cultural e social. Neste sentido, Smith (1965, p. 37)¹⁹ acrescenta que:

A cultura é uma “soma” de forças espirituais, de saber e de poder humanos, de atividades mentais, que se superpõem (e por vezes se opõem) ao jogo cego dos instintos e das forças. A cultura é criada e mantida pelo indivíduo e, simultaneamente, pela sociedade; são as duas condições necessárias.

Deve-se observar que o homem nasce absolutamente desprovido de conhecimento, habilidade, princípios e valores. É o meio, a sociedade e a família que dão o arcabouço de sua

¹⁹ O autor, a época em que publicou a obra, era Diretor do Museu Nacional de Copenhague.

personalidade, tendências e formação, inclusive dos elementos que o levam à prática do bem ou do mal.

A questão do crime e do criminoso, portanto, envolve grandes discussões e muitas perguntas ficam sem resposta. Quase sempre o problema é abordado com viés, seja de quem está ou respresenta a autoridade pública ou de correntes ideológicas que almejam o poder. Entretanto, um aspecto parece permear todas as correntes, qual seja, que o meio exerce forte influência sobre o comportamento e tendências do indivíduo. Conclui-se daí que a personalidade do indivíduo depende da estimulação que recebe do meio em que vive.

2.5.2 O homem e suas necessidades e desejos

Conforme já foi referido, a horda foi a primeira forma de convivência em grupo do homem primitivo. Tal coletividade era constituída de indivíduos nômades, rudimentares e promíscuos, que não possuíam regra e sem qualquer forma de comando. Alimentavam-se de raízes, frutos e da caça de pequenos animais. Viviam de forma selvagem e violenta, experimentando os instintos mais primitivos. Era o homem no seu estado bruto. A horda, portanto, era um grupo de indivíduos sem rei e sem lei.

Desde o surgimento do homem no planeta até os dias atuais, ocorreu um processo de extraordinária mudança, tanto no aspecto biológico, social e comportamental. Ao que se sabe, o chamado “*homo erectus*”²⁰ já fabricava alguns utensílios e instrumentos de pedra. Assim é que o instrumento mais típico da época era uma espécie de machado feito de um pedaço lascado de pederneira ou de quartzito, na forma de uma amêndoa e utilizado como instrumento para vários fins, como entalhar, serra, cavar, cortar, apunhalar e mesmo para atirar (SAVELLE, 1990, p. 36-37).

Possivelmente, na sequência evolutiva, já se utilizava do fogo, cozia os alimentos, vestia roupa de peles e até morava numa rude cabana ou caverna esculpida em alguma rocha. Nesse estágio, ele já dispunha do arco e flecha para caçar e se defender. Acerca desse assunto, o autor citado acrescenta que:

Os homens da Idade Neolítica continuaram a usar a pederneira para uma variedade de instrumentos, em geral melhores do que os fabricados anteriormente e muitas vezes mostrando belo acabamento. Excelentes serras, adagas, e pontas de lanças foram produzidas, assim como pontas de flecha

²⁰ Ao que se sabe, o *homo erectus* viveu há mais de 300.000 anos atrás e alimentava-se de vegetais e animais. Vivia em cavernas e, possivelmente, foi o primeiro a usar o fogo. O seu ancestral foi o *homo habilis*.

bem farpadas (o arco já entrara em uso antes de terminada a Era Paleolítica) (SAVELLE, 1990, p. 47-48).

Mais tarde, já no status de *homo sapiens*²¹, utilizava o osso e o marfim para fabricar objetos necessários à sua sobrevivência. Assim, o *homo sapiens* segue sua luta pela existência. Para isso, ele caça, pesca e se utiliza do que a natureza lhe oferece. Tanto que o homem neolítico utilizou o fogo para muito mais construtivamente, tanto na construção de barcos e na fabricação ou feitura de cerâmica. Além disso, nessa época, o homem já domesticava animais, fabricava tecidos apresentava expressões artísticas por meio de flautas de osso (SAVELLE, 1990, p. 51).

Milhares de anos são decorridos e, lá pelo ano 4.000 a.C., o homem deixa de ser nômade e se instala na região entre os Rios Tigre e Eufrates, no Oriente Médio. Era o fim da barbárie e o início da civilização. Sobre esse tema, Savelle (1990, p. 104) aponta que:

O cenário da mais antiga civilização do Fértil Crescente foi a Baixa Mesopotâmia – fértil planície que jaz entre a extremidade do Golfo Pérsico e o ponto em que o Tigre e o Eufrates [...]. O mais baixo dos dois rios já estava colonizado, quando os sumerianos se mudaram para ele, em certa época entre 5000 e 4000 A.C.

Agora, no século XXI, com o homem vivendo no Estado e num estágio de civilização avançado, a questão que se levanta é o que o homem moderno precisa, e quais as necessidades que devem ser atendidas para que ele tenha uma vida com dignidade? Quem deve proporcionar os elementos necessários para uma vida com dignidade?

Num simples exercício de imaginação, é perfeitamente possível a um cidadão comum elencar um conjunto de necessidades básicas para a vida em sociedade nos tempos contemporâneos. De forma não taxativa, pode-se afirmar que ele necessita dos seguintes itens: a) moradia, vestuário, segurança, trabalho, transporte, educação, recreação, alimentos, água e saúde, etc.

Kotler²² (1994, p. 25) afirma que “as pessoas necessitam de alimentos, ar, água, vestuário e abrigo para sobreviver”. Além disso, têm forte desejo por recreação, educação e outros serviços. O referido autor, ainda, faz uma distinção entre necessidades e desejos ao afirmar que a “necessidade humana é um estado de carência de privação de alguma satisfação básica [...] alimento, vestuário, abrigo, segurança, sentimento de posse, autoestima e algumas

²¹ O *homo sapiens* (nossa espécie), pelo que se sabe, viveu na África há 150 mil anos atrás e foi uma adaptação do *homo erectus*.

²² Philip Kotler é uma das maiores autoridades do mundo em Marketing. É professor-titular da Kellogg Graduate School of Management da Northwestern University, nos Estados Unidos da América. É PhD pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT) e Pós-doutorado pela Harvard.

outras coisas para a sobrevivência [...], desejos são carências por satisfações específicas para atender a estas necessidades mais profundas”. Um exemplo típico dessa situação é o indivíduo que necessita de vestuário, e deseja uma roupa Pierre Cardin.

Indiscutivelmente, Maslow²³ foi um grande estudioso das necessidades humanas, porém muito contestado por alguns psicólogos. Ocorre, todavia, que nenhum autor do mencionado campo do conhecimento humano fez algo melhor para substituir a “hierarquia das necessidades de Maslow” e explicar o mecanismo de realização das necessidades humanas. Segundo essa teoria, as necessidades de nível inferior devem ser satisfeitas antes das necessidades de nível superior. É como se a pessoa tivesse que galgar ou escalar uma escada (hierarquia) até alcançar a sua autorrealização.

Para a concepção de sua teoria, Maslow partiu da premissa que a motivação do indivíduo é determinada por um impulso no sentido de satisfazer suas necessidades, tal como, quem está com sede procura água. Se essa necessidade for atendida, passa para a seguinte.

O autor estabeleceu cinco categorias de necessidades, a saber:

a) necessidades fisiológicas: essas têm a ver com as condições referentes à manutenção da vida, como por exemplo, a fome, a sede o sono, o sexo, o abrigo, etc.

b) necessidades de segurança: resultam das necessidades de conservação da vida. Relacionam-se com o sentir-se seguro, seja na residência, no emprego, assim como também em relação à saúde (plano de saúde).

c) necessidades sociais: têm a ver com amar e ser amado, de pertencer a um grupo ou uma sociedade ou clube.

d) necessidades de status ou estima: têm a ver com o respeito à necessidade que o homem tem de reconhecimento de seu potencial, sua capacidade, seu cargo, etc.

e) necessidades de auto realização: têm a ver com atingir o máximo da sua potencialidade, seja técnica ou social. É o desenvolvimento do potencial máximo.

Graficamente, podemos representar a pirâmide das necessidades de Maslow conforme Figura 2.

²³ Abraham Maslow (1908-1970) foi um psicólogo americano, conhecido pela proposta da chamada hierarquia de necessidades de Maslow.

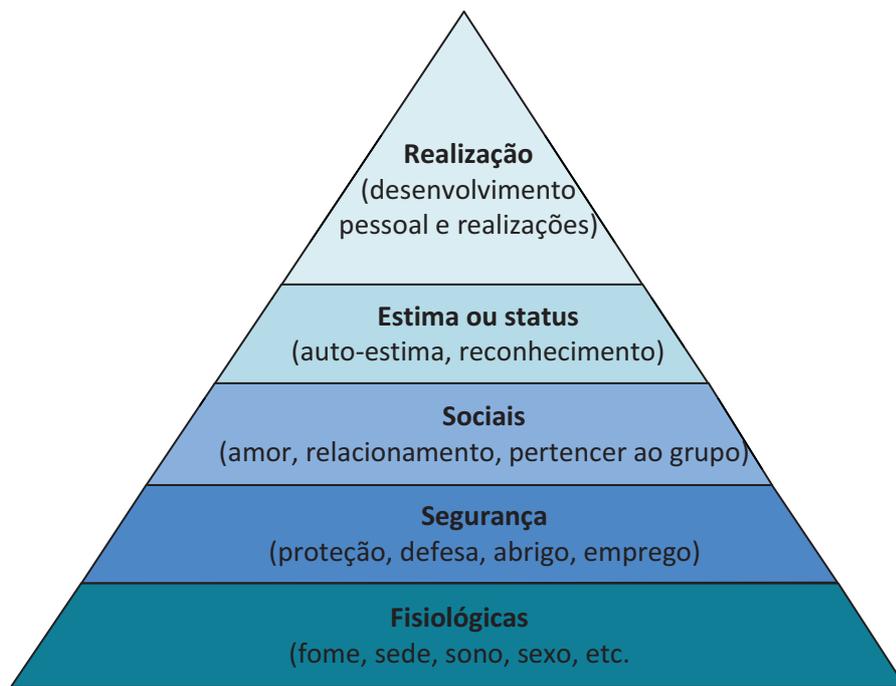


Figura 2 – Pirâmide das necessidades de Maslow

Embora não seja o objetivo deste trabalho, pelo exposto, pode-se concluir que as necessidades dos excluídos socialmente e, por consequência, dos criminosos situam-se nas chamadas necessidades fisiológicas e de segurança.

O homem em sociedade, segundo Kotler, para satisfazer suas necessidades e desejos, dispõe de quatro formas possíveis para tal intento:

a) **Autoprodução**: para satisfazer tal necessidade, o homem não precisa necessariamente viver em sociedade e nem interagir com outro semelhante seu, basta tão somente se, por exemplo, tiver sede, ir a uma fonte e ingerir água. Se tiver fome, caçar um animal ou colher um fruto.

b) **Troca ou permuta**: nesta forma, na ocorrência de uma necessidade, o homem utiliza um produto ou serviço disponível e o permuta com seu semelhante. Neste caso, o homem precisa viver em sociedade. A forma mais tradicional de troca é de dinheiro por produtos ou serviços.

c) **Súplica ou mendicância**: nesta forma, o homem precisa viver em sociedade e suplicar ao seu semelhante o fornecimento do produto ou serviço para atender sua necessidade. Nada tem para oferecer a não ser agradecimentos e gratidão.

É interessante ressaltar que a mendicância, até recentemente, era considerada um atividade delituosa, com penalidade de prisão simples de 15 (quinze) dias a 03 (três), conforme disposição do artigo 60 da Lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941 (Lei das

contravenções penais). Ocorre, porém, que o referido artigo foi revogado pela Lei nº 11.983, de 16 de julho de 2009.

d) **Coerção:** por esse meio de obtenção de produtos ou serviços para satisfazer suas necessidades ou desejos, o homem se utiliza de artimanhas, força ou violência. Para tal intento, o homem pode furto, roubar, praticar extorsão, descaminho, estelionato, etc.

Aqui ocorre a prática de conduta criminosa, tipificada no Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/1940) e leis penais extravagantes.

A coerção da forma aqui abordada, ao lado da carência educacional e de caráter do indivíduo, constitui elementos essenciais para a fundamentação da responsabilidade penal do Estado por delitos cometidos por indivíduos excluídos socialmente, como se pretende ver

2.6. Efeitos da prestação ou não dos direitos sociais

Os chamados direitos sociais, preceituados pela Constituição Federal de 1988, implicam que o Estado promova um conjunto de prestações positivas que possibilitem ao cidadão viver com dignidade, com qualidade de vida, sobretudo por parte dos menos favorecidos.

Sobre o assunto, acrescenta Silva (2002, p.285):

[...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

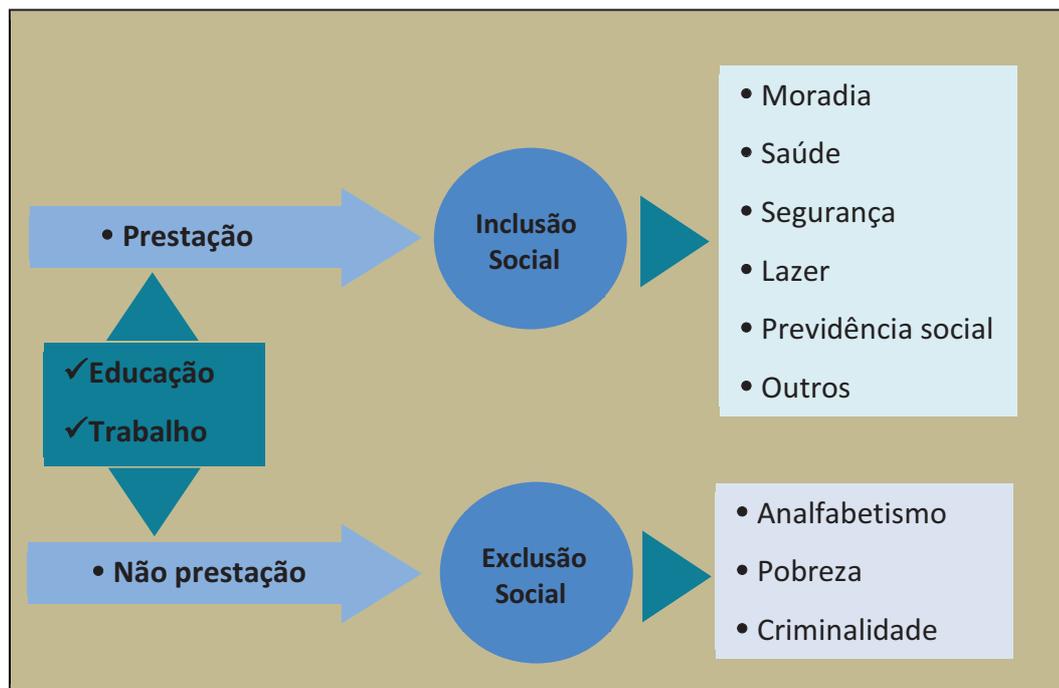
Essas prestações positivas levam à realização do homem, criam condições materiais para uma vida com respeito e com dignidade.

Sobre a ausência ou falta de prestações positivas do Estado e sua contribuição para a dignidade humana Dallari (1998, p. 24), ainda, diz que:

[...] a situação de pobreza em que são obrigadas a viver milhões de pessoas é um atentado contra a vida. A morte não ocorre de um momento para outro, mas essas pessoas estão morrendo rapidamente, um pouco por dia, por falta de alimentos, de assistência médica e de condições mínimas para conservação da vida.

A concepção de cidadania implica na ideia de que todos os seres humanos nascem livres, iguais e com os mesmos direitos.

Considerando o objetivo do presente trabalho, toda a atenção foi direcionada para dois direitos sociais essenciais: educação e trabalho, já que estes são pressupostos para os demais. Pode-se afirmar que se o Estado garantir a sua prestação nestes campos, os demais terão encaminhamentos facilitados de solução, possivelmente pelo próprio cidadão (ver Quadro 6).



Quadro 6 – Trabalho, educação e inclusão/exclusão social

Dentre os direitos fundamentais sociais, preceituados pelo art. 6º da Constituição Federal, dois deles destacam-se visto que, se atendidos plenamente, transformam-se em condições motivadoras ou ensejadoras da realização dos demais direitos fundamentais sociais. A obviedade está no fato de que o indivíduo que recebeu uma boa educação e formação terá facilidades em obter um trabalho razoável e, com a renda do mesmo, poderá suprir as demais necessidades da vida em sociedade, liberando o Estado para atender os casos sociais mais prementes de outros segmentos sociais.

Em decorrência desse aspecto, na sequência, serão abordados ambos os direitos com um pouco mais de profundidade.

2.6.1 Direito à educação

A Carta Maior, em seu artigo 205, estabelece que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,

visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Pelo enunciado, é atribuída à educação a categoria de serviço público essencial, sendo, portanto, um direito público subjetivo, com a característica de eficácia plena e aplicação imediata, podendo ser exigida judicialmente.

Assinale, ainda, que é pela educação que o indivíduo se desenvolve e se prepara para a vida e a convivência em sociedade. Se uma criança normal, por qualquer motivo, passar a viver num ambiente hostil, violento e perverso, provavelmente, irá adquirir conhecimentos, atitudes, hábitos e comportamentos violentos. Neste sentido, Dallari (1998, p.47) afirma que “a pessoa adulta será, em grande parte, o resultado da educação recebida desde os primeiros instantes da vida”.

Sabe-se que o ser humano, ao nascer, é desprovido de qualquer emoção, sentimento, valor ou conceito; entretanto, por meio da educação, ele pode desenvolver suas capacidades e habilidades para se tornar um homem. É o que assegura Kant (1999, p. 15) ao dizer que “o homem não pode se tornar um verdadeiro homem senão pela educação. Ele é aquilo que a educação dele faz”.

Por tais razões, pelo ensinamento kantiano, o ser humano se aperfeiçoa, seja em nível de conhecimento, informações e valores acumulados pelas gerações anteriores. Assim, é que:

A educação é uma arte, cuja prática necessita ser aperfeiçoada por várias gerações. Cada geração, de posse dos conhecimentos das gerações precedentes, está sempre melhor aparelhada para exercer uma educação que desenvolva todas as disposições naturais na justa proporção e de conformidade com a finalidade daquelas, e, assim, guie toda a humana espécie a seu destino (KANT, 1999, p. 19).

Neste sentido, portanto, a educação torna-se o meio pelo qual se prepara a pessoa para o futuro, com vista a um aperfeiçoamento e melhoramento da espécie e das condições de vida por meio de uma educação melhor, para que possa acontecer um estado melhor no futuro (KANT, 1999, p. 22).

E o que é educação? Durkheim (1975, p. 41) diz que:

A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver na criança certo número de estados físicos, intelectuais e morais reclamados pela sociedade política no seu conjunto e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destina.

Ferreira (1975, p. 499), por sua vez, assevera que a educação é o "processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual ou moral da criança e do ser humano em geral, visando à sua melhor integração individual e social".

Já Piaget (1977, p. 40) afirma que a educação “significa, a rigor, garantir a toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondem ao exercício destas funções, até a adaptação à vida social atual”.

Finalmente, Freire (1983, p. 28) sustenta que a educação “tem caráter permanente. Não há seres educados e não educados. Estamos todos nos educando. Existem graus de educação, mas estes não são absolutos”.

Ao que parece a educação possui um caráter tridimensional, uma vez que a mesma deve englobar as seguintes dimensões: a) educação biológica ou física; b) educação intelectual; c) educação moral ou religiosa.

A educação é, portanto, um ingrediente importante para o desenvolvimento humano e formação do homem ético, fator indispensável para evitar a pobreza, a exclusão social e reduzir a criminalidade. Ela é um direito de todo cidadão. Assim, cabe responsabilidade ao Estado pela não oferta de ensino, ou mesmo, pela oferta de ensino sem qualidade.

Nesta seara, explicita o §2, do artigo 209 da Constituição da República, que “O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

Por último, questiona-se se existe relação entre educação e criminalidade? Sobre essa questão, Dimenstein (2007) assim se expressa “O que não temos ainda são números tão precisos para mostrar a relação entre baixa educação e criminalidade. A relação é inquestionável pelo simples fato de que a escola ruim é a segunda porta para a marginalidade; a primeira é a família desestruturada”. O autor, ainda, acrescenta que há “fórmulas que ajudam a comprovar essa relação. Pesquisadores da Faculdade de Economia da Universidade de Chicago analisaram dados de criminalidade de várias cidades americanas, associando-os a uma imensa lista de fatores socioeconômicos”.

Arroyo (2007), com muita propriedade, expressa que:

[...] as escolas se defrontam no dia-a-dia com a presença constante de um conjunto de dimensões que fazem parte do campo da formação do sujeito ético: a ordem, a disciplina, as normas, a justiça, o bem, os sentimentos, os afetos, a liberdade, o fazer escolhas, a responsabilidade, o trabalho, a assiduidade, o companheirismo, a amizade, o cuidado, a sociabilidade, os

valores, a verdade, as condutas, a felicidade, a culpabilidade, o castigo, a reprovação-aprovação, a consciência, os direitos e deveres etc.

Dados extraídos do Relatório de Desenvolvimento Humano 2010, publicado para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), revelam que, efetivamente, existe uma correlação entre as duas referidas variáveis, conforme demonstram os dados constantes da Tabela 1.

PAÍSES ²⁴	% Pop. c/ mais de 25 anos c/ educação secundária ou superior	Média de anos de escolaridade (média de anos)	% do PIB aplicado na educação	% alfabetização de adultos com mais de 15 anos	Nº de presos por 100 mil habitantes
América do Sul	36,77	8,2	4,13	93,0	178
Brasil	21,90	7,2	4,40 ²⁵	90,0	253
Países Nórdicos	72,20	11,0	7,64	99,0	69

Tabela 1 - Relação entre educação e criminalidade.

Fonte: Prisioneiros por 100.000 habitantes: International Centre for Prison Studies, University of London. Demais dados: Relatório IDH da ONU 2009 e 2010.

Da análise dos dados da “Tabela 1”, infere-se que quanto maior o percentual da população com educação secundária ou superior, quanto à maior taxa de alfabetização e escolaridade dos habitantes de um país, menor será o seu indicador do número de presos por 100 mil habitantes.

Portanto, somente com a educação é possível o desenvolvimento humano e a formação do homem ético, fator indispensável não apenas para evitar, mas, sobretudo, para reduzir a criminalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil define, de forma clara, precisa e incontestável, o direito à educação como um direito fundamental no seu Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Porém, é na Seção I, Da educação, do Capítulo III, Da educação, da cultura e do desporto, do Título VIII, da Ordem social, nos artigos 205 a 214,

²⁴ Deixou-se de incluir os Estados Unidos da América na presente abordagem em razão do sistema penitenciário americano ser diferente dos demais países, já que as prisões são privatizadas e objetivam lucros, o que movimenta mais de 40 bilhões de dólares por ano. A população carcerária norte americana representa algo próximo a 25% da população carcerária mundial, enquanto a população geral do país equivale a 5% da população mundial. Todavia, ressalta-se o combate do país à impunidade. Por outro lado, a política penal do país mostra que não é com pena de morte, prisão perpétua e tolerância zero que se combate a criminalidade. Os dados americanos de educação, escolaridade e encarcerados são elevados, o que mostra que algo não está certo.

²⁵ Esse % é muito discutido entre os técnicos da educação. Ao que parece, o ideal seria 10% do PIB, com aplicação de 8,5% para os níveis infantil, fundamental e médio e, o restante, para o ensino superior. Isso para tentar recuperar o déficit educacional em relação aos países do primeiro mundo.

que o tema educação é detalhado e explicitado em seus aspectos organizacionais, operacionais e estratégicos. É, especificamente, o artigo 205 que prescreve a educação definitivamente como um dever do Estado.

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Ante o acima exposto, a educação reveste-se da qualidade de direito subjetivo público, devendo o Estado mantê-lo, bem como estender a todos os brasileiros nos patamares fixados pelo art. 208 da Constituição Federal. Neste sentido, observa Linhares (2004, p. 9) que “se a educação é considerada como direito social fundamental, seu caráter é, portanto, absoluto, intangível, cujo respeito impõe-se aos governantes como imperativo categórico, independente de abundância ou não de recursos”.

Além da previsão constitucional, citada anteriormente, há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes a respeito do direito à educação, como a Lei nº. 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional; a Lei nº. 8.069/90, a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei n. 10.172/2001, que dispõe e aprova o plano nacional de educação, entre outros.

Vale observar que o direito à educação são conquistas da humanidade, consagradas em diversos tratados internacionais, sendo que os principais são:

a) Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: Adotada pela Organização das Nações Unidas, pela Resolução A/RE/217 de 10/12/1948; o referido documento dispõe, no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que:

- a) Toda pessoa tem direito à educação. A educação será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve ser assegurado a todos, em plenas condições de igualdade, em função do mérito.
- b) A educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Ela deve fortalecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
- c) Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de educação a dar a seus filhos.

Interessante se faz ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem deu origem para dois outros tratados internacionais, que abordam também o direito à

educação, quais sejam: o Tratado Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e o Tratado Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

b) Tratado Internacional dos Direitos Civis e Políticos: Esse pacto foi adotado pela Resolução 2200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 1966, e aprovada pelo Congresso Brasileiro, por meio do Decreto-Legislativo nº 226, de 12/12/1991.

Dispõe o art. 18, inciso 4, do referido tratado que: “Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

c) Tratado Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: aprovado e adotado pela Resolução nº 2.200, na XXI Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorreu em 16.12.1966, mas entrou em vigor, no Brasil, em 24.01.1992, pelo Decreto nº 591, de 06.07.1992.

Sobre o direito à educação, dispõe o seu artigo 13 que:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Vê-se, portanto, à luz do Texto Constitucional, que o direito à educação não se encerra no direito positivo brasileiro, o qual recepciona os direitos pertinentes e enunciados em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Uma questão, ainda, por encaminhar diz respeito à relação entre educação e criminalidade. Esse assunto, por certo, requer também muitos estudos e pesquisas. Todavia, à primeira vista, examinando as estatísticas relativas ao ano de 2010, do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Relatório Brasil 2010, do Departamento Penitenciário Nacional), examinando o indicador de “Quantidade de presos por grau de instrução” algumas inferências e reflexões são possíveis (Tabela 2).

Grau de Instrução	Presos	%	% Acumulado
Analfabeto	25.319	5,74	5,74
Alfabetizado	55.783	12,64	18,38
Ensino Fundamental Incompleto	201.938	45,78	64,16
Ensino Fundamental Completo	52.826	11,97	76,14
Ensino Médio Incompleto	47.461	10,76	86,89
Ensino Médio Completo	32.661	7,40	94,30
Ensino Superior Incompleto	3.134	0,71	95,01
Ensino Superior Completo	1.829	0,41	95,42
Ensino acima de Superior Completo	72	0,02	95,44
Não Informado	20.125	4,56	100,00
Total	441.148	100	

Tabela 2 – Quantidade de presos por grau de instrução
Fonte: Relatório Brasil 2010, do Departamento Penitenciário Nacional

Depreende-se da análise dos dados acima que 64,16% da população carcerária brasileira não concluiu o ensino fundamental e que 86,89% não chegou ao final do ensino médio. Em contrapartida, somente 0,02% alcançou o curso superior completo.

Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988, no art. 208, sempre dispôs a educação como dever e garantia do Estado. No entanto, o inciso I, que determina ser a educação fundamental obrigatória, passou por duas Emendas Constitucionais (EC), conforme demonstra o Quadro 7.

Alterações	Texto do inciso I, do art. 208 da Constituição Federal de 1988
Original	- ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
EC nº 14, de 1996	- ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
EC nº 54, de 2006	- educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
EC nº 59, de 2009	- educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

Quadro 7 - Alterações no art. 208 da Constituição Federal de 1988

Do exposto, deduz-se que mesmo o texto constitucional sofrendo duas Emendas Constitucionais, o caráter obrigatório da educação básica continuou inalterado²⁶, ampliando,

²⁶ Para sustentar essa nova etapa da educação foi criado o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, qual se destina ao atendimento da educação básica (creche e ensino médio), em substituição ao antigo Funde

porém, a obrigatoriedade para a faixa dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade. Aí cabe questionar a razão pela qual tantos brasileiros não conseguem concluir o ensino fundamental.

Outro dado a analisar é a quantidade de presos por faixa etária (Tabela 3), conforme dados extraídos do Relatório Brasil 2010, do Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça.

Quantidade de Presos por Faixa Etária²⁷			
Faixa Etária	Presos	%	% Acumulado
18 a 24 anos	126.929	29,90	29,90
25 a 29 anos	111.288	26,22	56,12
30 a 34 anos	75.945	17,89	74,01
35 a 45 anos	68.920	16,24	90,25
46 a 60 anos	26.367	6,21	96,46
Mais de 60 anos	4.343	1,02	97,48
Não Informado	10.676	2,52	100,00
Total	424.468	100,00	

Tabela 3 – Quantidade de presos por faixa etária
Fonte: Relatório Brasil 2010, do Departamento Penitenciário Nacional

A Tabela 3 mostra que 74,01% da população carcerária tem idade inferior a 34 anos, o que leva a concluir que tais encarcerados, quando do início da vigência do Texto de 1988, estavam sob a égide da educação obrigatória.

A Tabela 4 apresenta os níveis ou graus de instrução da população carcerária e da população em geral, com a finalidade de averiguar a relação entre o perfil educacional de ambos os grupos. Para efeito de uma melhor visualização, os dados foram agrupados em dois distintos, compilados com base em dois referenciais: a) Nível de instrução dividido em completo e incompleto (Gráfico 1); b) Nível de instrução único, somando-se quantitativo dos níveis: completo e incompleto (Gráfico 2).

(Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) e está em vigor desde janeiro de 2007, estendendo-se até 2020.

²⁷ Não total de presos é da ordem de 496.251, porém para efeito desse indicador, foi utilizado 424.468, pelos motivos expostos.

POPULAÇÃO				
ESCOLARIDADE	PRISÃO		SOCIEDADE	
	%	Somatório	%	Somatório
Analfabeto	6,25	6,25	12,9	12,9
Alfabetizado	11,88	18,13	-	-
Fund. Incompleto	42,83	60,96	36,9	49,8
Fund. Completo	16,16	77,12	8,8	58,6
Médio Incompleto	10,58	87,70	4,0	62,6
Médio Completo	7,44	95,14	23,0	85,6
Sup. Incompleto	0,71	95,85	3,5	89,1
Sup. Completo	0,01	95,86	10,6	99,7

Tabela 4 – % de presos e pessoas livres por grau de instrução
Fonte: Relatório DEPEN 2009 e IBGE (PNAD-2009)

A análise e interpretação dos Gráficos 1 e 2 conduzem para o entendimento de que a educação é meio capaz de reduzir a população carcerária, uma vez que se observa que em nível de analfabetismo e educação fundamental, a população carcerária é percentualmente maior. No entanto, a partir do nível médio, completo e incompleto, a população carcerária é, percentualmente, menor em relação à população em geral.

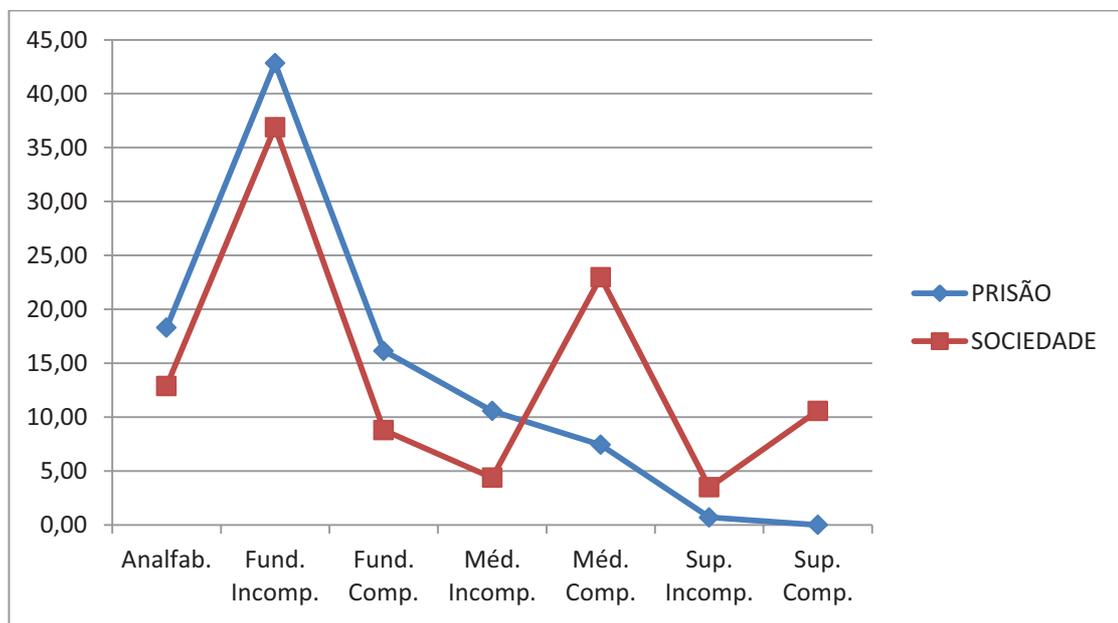


Gráfico 1 – Nível educacional da população carcerária e população em geral (Nível completo e incompleto). **Fonte:** Relatório DEPEN 2009 e IBGE (PNAD-2009).

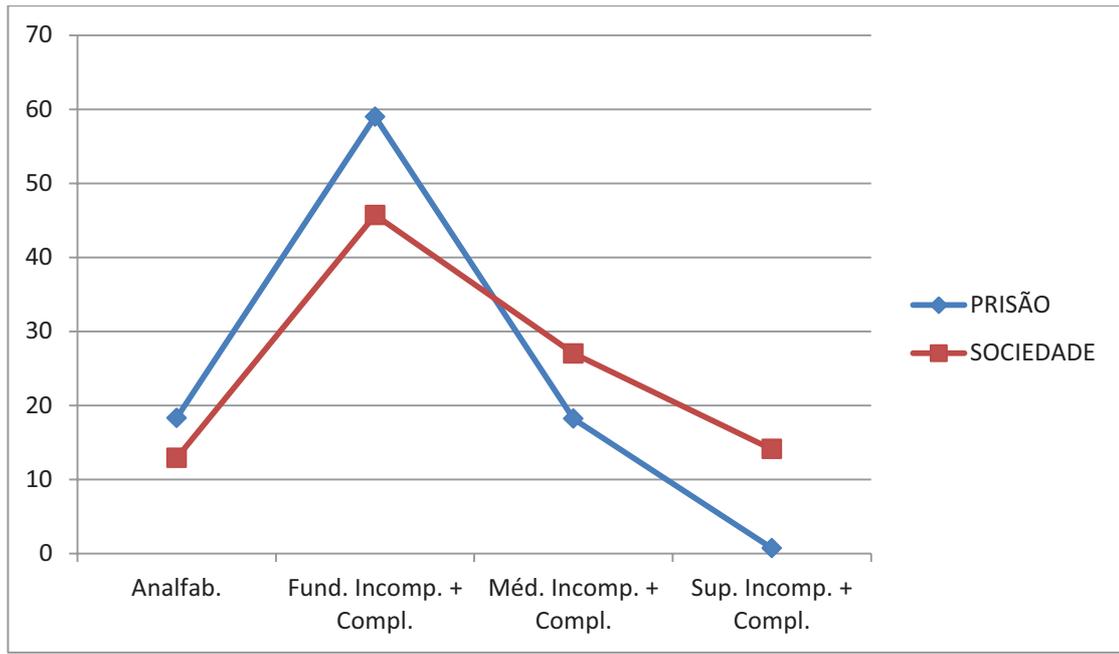


Gráfico 2 – Nível educacional da população carcerária e população em geral (Nível completo + incompleto). **Fonte:** Relatório DEPEN 2009 e IBGE (PNAD-2009).

E, para finalizar os contrastes estatísticos na população carcerária, outro dado significativo a considerar é a cor da pele ou etnia em que predomina a cor negra/parda na ordem de 59,80%, conforme evidencia a Tabela 5.

Cor da pele/etnia	Presos	%
Branca	156.535	37,03
Negra/parda	252.796	59,80
Amarela	2.006	0,47
Indígena	748	0,18
Outras	10.686	2,53
Totais	422.771²⁸	100,00

Tabela 5 – Cor da pele/etnia da população carcerária
Fonte: Relatório Brasil 2010, do Departamento Penitenciário Nacional

2.6.2 Direito ao trabalho

Interessante ressaltar que, na antiga Grécia, o trabalho cabia aos escravos, enquanto aos nobres e cidadãos restava a tarefa de “filosofar”. Somente mais tarde, esses passaram a fazer negócios, que significa “negar o ócio”. O termo “trabalho”, curiosamente, tem a sua origem no vocábulo latino “tripalium”, nome dado a um antigo instrumento de tortura da

²⁸ Consta do competente relatório um quantitativo de 22.934 presos com inconsistências.

Idade Média. Assim, originalmente, trabalhar significava ser torturado pelo referido dispositivo. Mesmo na chamada Idade Média, o senhor feudal detinha amplos poderes sobre os camponeses que, além de não serem livres, eram obrigados a trabalhar nas terras, em troca de proteção e entrega de parte da produção rural.

Vale esclarecer que na sociedade pré-industrial, ainda, predominava a escravidão, sistema no qual o escravo era considerado “uma coisa”, e não era sujeito de direito. Somente por volta do século XIV é que se atribuiu ao termo o sentido que se emprega atualmente, ou seja, a utilização da energia e/ou habilidades humanas para produzir certo resultado. Lembrando que o trabalho como atividade e direito nasceu com a sociedade industrial, a partir da invenção da máquina a vapor e seu uso como fonte de energia para produção em escala de bens e transportes. Com isso, pode-se dizer que o trabalho escravo foi transformado em trabalho assalariado.

Sobre o assunto, escreve Nascimento (2005, p. 49) “Com a expansão da indústria e do comércio, houve a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala, do mesmo modo que a manufatura cedeu lugar à fábrica e, mais tarde, à linha de produção”.

Para entender o trabalho como um direito fundamental necessário, é preciso vê-lo como um meio ou mecanismo que transforma os recursos naturais e os conhecimentos acumulados da humanidade em bens e utilidades, com vistas à satisfação das necessidades e desejos do homem. Assim, o trabalho assume um papel preponderante de justiça social, uma vez que, por seu intermédio, a riqueza produzida por uma nação é distribuída aos seus cidadãos. Em vista disso, a questão toda reside nos critérios da distribuição da riqueza por meio do trabalho. Vale aqui o que disse Dallari (1998, p.45):

É muito comum ter-se notícia de que uma pessoa tem fortuna imensa, acumulando um patrimônio absurdamente elevado, enquanto milhões de seres humanos, mesmo trabalhando muito, não conseguem o mínimo necessário para garantir uma vida digna e saudável e uma velhice livre de angústia quanto à possibilidade de satisfação das necessidades materiais mínimas.

Sobre criminalidade e desemprego, Maia²⁹ (2010) acrescenta que “Contra o crime, a melhor saída se dá pela via do trabalho. O trabalho é, pois, o antídoto ideal. Tenta-se unir a necessidade econômica, que seria superada pelos “proventos” advindos da atividade laboral, ao valor moral que esta despertaria, sobrepujando os valores negativos do crime”.

²⁹ MAIA é pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Infância e Juventude do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da UFRJ e mestre em Sociologia pelo IFCS/UFRJ.

Na mesma linha de entendimento se posiciona Kahn (2011, p. 4), ao afirmar que:

Não é preciso realizar nenhuma pesquisa sofisticada para perceber que uma taxa elevada e constante de desemprego que se mantenha durante muito tempo tenderá a levar para o mundo do crime pessoas – principalmente jovens – que em outra situação estariam participando do mundo do trabalho.³⁰

Pesquisa feita pelo Instituto UNIEMP em parceria com a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, além de relacionar o alto índice de desemprego e a diminuição da renda com o aumento no número de roubos e furtos na cidade de São Paulo, conclui que:

[...] a situação de desemprego explica, por exemplo, a maioria dos casos de roubo no trânsito: 85% dos roubos em carros, 80% dos roubos em ônibus e 74% dos roubos a pedestres. O estudo analisa a totalidade dos boletins de ocorrência registrados no período entre outubro de 2000 a setembro de 2003. A falta de perspectivas de se recolocar no mercado de trabalho ou mesmo de conseguir um emprego informal atrelados à insuficiência dos mecanismos de proteção social produzem um contexto no qual o crime passa a ser uma alternativa possível para a sobrevivência (RODRIGUES, 2004).

Uma questão emblemática para se entender o problema do desemprego e da criminalidade foi a reunião, ocorrida em fins de setembro de 1995, no célebre Hotel Fairmont, de San Francisco, Califórnia, onde políticos influentes, como Mikhail Gorbachev, George Bush, George Shultz, Margaret Thatcher e outros encontraram-se com os grandes empresários, homens de comunicação, da informática, das finanças e os grandes pensadores de Stanford, Harvard e Oxford. Durante três dias, discutiram o futuro da humanidade e concluíram que vinte por cento da população terá condições de emprego no século XXI.

Sobre essa reunião Martin e Schumann (1997, p. 10) assim se posicionaram:

Os pragmáticos reunidos no Fairmont resumem o futuro e um par de números e um neologismo: “20 por 80” e “tittytainment”. Vinte por cento da população em condições de trabalho no século 21 bastariam para manter o ritmo da economia mundial. Mão-de-obra adicional não necessária, opina o magnata Washington SyCip.

Isso significa que 20% da população é o suficiente para produzir, consumir e movimentar a economia.

³⁰Túlio Kahn é sociólogo e doutor em Ciência Política pela USP. Foi coordenador de Pesquisa e Secretário Executivo do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente (Ilanud).

Os países escandinavos ou nórdicos são caracterizados pela segurança social e qualidade de vida de seus habitantes, bem como pela renda per capita elevada e uma carga tributária beirando 50% do PIB. Em contrapartida, o Estado oferece uma gama de serviços públicos gratuitos, como segurança, educação, tratamento médico, hospitalização, subsídios de desemprego, entre outros benefícios aos seus cidadãos. Vê-se que são países que oferecem garantias de vida para seus cidadãos. Em razão disso, desperta o interesse para que se faça uma comparação entre seus índices de criminalidade com os dos países sul-americanos e, especificamente com o Brasil (Tabela 6). A título de exemplo, para efeito dessa abordagem, o indicador “Quantidade de prisioneiros por 100.000 habitantes” (números médios).

PAÍSES	% Pop. c/ emprego (15-65 anos)	Taxa de emprego formal (%)	% Pobreza	Nº de presos por 100 mil habitantes
Países Nórdicos	61,3	92,9	7,35	69
América do Sul	68,1	63,8	8,60	178
Brasil	63,9	68,1	9,70	253

Tabela 6 - Relação entre desemprego, pobreza e presos.
Prisioneiros por 100.000 habitantes: International Centre for Prison Studies,
University of London. Demais dados: Relatório IDH da ONU 2008 e 2010

Na Tabela 6, temos os valores médios emprego, a taxa de emprego formal e o percentual de pobreza, bem como a população carcerária dos chamados países nórdicos, sul americanos e Brasil, calculados com base em dados do Relatório de Desenvolvimento Humano, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e dados prisionais obtidos junto ao “site” do International Centre for Prison Studies, University of London. De sua análise, comparando os indicadores de prisioneiros por 100.000 habitantes com os de pobreza e desemprego, os Estados sociais que privilegiam os seus cidadãos com serviços públicos de alta qualidade, conferindo-lhes segurança e confiança no Estado, apresentam baixos índices de criminalidade.

A educação é, portanto, o processo que dá ao indivíduo todos os elementos e ingredientes para que ele seja ou não um cidadão, que contribui para a construção de uma sociedade mais justa e mais igualitária na perspectiva do direito.

Existe uma estreita relação entre educação, trabalho e cidadania. Por cidadania, deve-se entender, além da qualidade daquele que mora na cidade, também a efetividade das relações decorrentes da convivência, como as econômicas, políticas e sociais, etc.

Há uma correlação estatística entre IDH³¹ (Índice de Desenvolvimento humano), bem como o índice de GINI³² e número de encarcerados.

Nos países nórdicos, por exemplo, onde se localizam os mais tradicionais Estados sociais, por excelência, o IDH é da ordem de 0,886, enquanto que, nos países sul-americanos, o mesmo índice é de 0,705. Já o coeficiente de Gini, respectivamente, é da ordem de 25,6 e 47,1. No que tange ao número de encarcerados por 100.000 habitantes, a relação é de 69 para 253, praticamente o triplo, conforme Tabela 7.

INDICADORES	PAISES NÓRDICOS	AMÉRICA DO SUL	BRASIL
Coeficiente de Gini	25,6	47,1	55,0
IDH (Índice de desenvolvimento humano)	0,886	0,705	0,699
Taxa de prisioneiros por 100.000 habitantes (%)	69	253	178

Tabela 7 – Quadro estatístico de encarceramento por 100.000 habitantes e índice IDH/GINI.

Fonte: Prisioneiros por 100.000 habitantes: International Centre for Prison Studies, University of London, em 20/07/2011. Demais dados: Relatório IDH da ONU 2010.

Mesmo no atual Estado Liberal, o trabalho e a educação assumem papel de relevância no processo de construção da cidadania, visto que, também, são vistos como meios necessários para aquisição da cidadania e da paz social.

Pela educação, o indivíduo conquista a condição de trabalho e, por meio desse, a participação nas relações sociais, tornando-se, assim, efetivamente cidadão, estabelecendo-se a harmonia no convívio social.

2.6.3 Complementariedade entre educação e trabalho

A complementariedade entre educação e trabalho consta do art. 205 da Constituição Federal, que enuncia que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

³¹ O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida comparativa de riqueza, alfabetização, educação, expectativa média de vida, natalidade e outros. É uma maneira padronizada de avaliação e medida do bem-estar de uma população, especialmente o bem-estar infantil. O índice varia de zero até 1, sendo os países classificados deste modo: está entre 0 e 0,499 - baixo; entre 0,500 e 0,799 – médio e, entre 0,800 e 1 - alto.

³² O Coeficiente de Gini é utilizado para calcular a desigualdade de distribuição de renda. Consiste em um número entre 0 e 1, em que 0 corresponde à completa igualdade de renda (todos têm a mesma renda) e 1 corresponde à completa desigualdade (uma pessoa tem toda a renda, e as demais nada têm).

Por esse enunciado, portanto, o Texto Maior funde os conceitos de ensino e educação colocando-os como fundamentos para o desenvolvimento, preparo e qualificação da pessoa para o trabalho, o que está absolutamente de conformidade com o fundamento da República, assentado no inciso IV, do art. 1º, que dispõe que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, os valores sociais do trabalho. Essa ideia é corroborada por Brandão (1982, p. 75) que afirma que “como outras práticas sociais constitutivas, a educação atua sobre a vida e o crescimento da sociedade em dois sentidos: 1) no desenvolvimento de suas forças produtivas; 2) no desenvolvimento de seus valores culturais”.

Não se pode esquecer que o mundo atual é como se fosse uma aldeia global dentro de uma economia de mercado cuja força de trabalho é caracterizada como algo comercializável, uma vez que quem tem capital, adquire os bens necessários e fundamentais à vida com dignidade; quem não tem, faz do trabalho um produto comercializável para garantir a sobrevivência. O que demonstra que há uma forte relação entre o trabalho, poder aquisitivo e qualidade de vida, já que para se ter poder aquisitivo, o trabalho deverá ser prestado ou executado por quem é hábil e capaz. Quanto mais capacitado for o trabalhador, mais alto será o seu salário e melhor será o seu padrão de vida.

O que se pretende, com a assertiva acima, é considerar que os entornos para uma vida com dignidade relacionam-se com uma boa educação, caracterizada esta, sobretudo, pelo “conhecimento” e por uma “capacitação técnica e profissional” compatível com o momento tecnológico e social do país. Colocando-se dessa forma, faz do conhecimento e da capacitação técnica um produto comercializável e que possibilita ao cidadão um trabalho que lhe proporcione um rendimento e uma expectativa de vida com acesso aos bens e serviços necessários para um padrão de vida realizador.

A Tabela 08, elaborada com dados extraídos do Relatório de Desenvolvimento Humano 2010, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), mostra a correlação das variáveis: educação, trabalho desenvolvimento humano e criminalidade.

INDICADORES		PAISES NÓRDICOS	AMÉRICA DO SUL	BRASIL
Taxa de matrícula (%)	Primário	96,3	93,4	79,4
	Secundário	94,5	70,7	42,9
	Superior	79,4	77,0	30,0
% alfabetização de adultos com mais de 15 anos		99,0	93,0	90,0
Tempo médio de educação escolar (anos)		11,0	8,2	7,2
% da população c/ mais de 25 anos c/ educação secundária ou superior		72,2	36,8	21,9
Taxa de empregos formais (%)		92,9	63,8	68,1
% Pop. c/ emprego (15-65 anos)		61,3	58,6	63,9
Taxa de emprego vulnerável ³³		7,0	35,0	27,2
Trabalho infantil (% de crianças com 5–14 anos)		-	10,0	6,00
Renda per capita (em dólar)		37,788	9,037	10,607
% do PIB aplicado na educação		6,9	4,0	5,2
Coeficiente de GINI		25,6	47,1	55,0
IDH (Índice de desenvolvimento humano)		0,886	0,705	0,699
Taxa de homicídio por 100.000 habitantes (%)		1,1	189,7	47,8
Taxa de assalto por 100.000 habitantes (%)		22,0	188,2	ND
Taxa de prisioneiros por 100.000 habitantes (%)		68,8	177,7	253

Tabela 8 – Correlação educação, trabalho e desenvolvimento humano.

Fonte: Relatório IDH da ONU 2010.

Entretanto, não se pode esquecer que para se adquirir a habilidade, bem como a capacidade para o trabalho, há a necessidade de um maior grau de instrução ou de escolarização. Pode-se dizer que quanto maior a escolarização ou grau de instrução, maiores são as chances e oportunidades do indivíduo de empregabilidade com maiores salários.

Aí cabe, então, questionar se o ensino obrigatório possibilita o preparo necessário para a convivência social harmônica e preparação de indivíduos com habilidades e capacidades para o trabalho, para que as pessoas possam, por seu intermédio, usufruir de toda a gama de direitos fundamentais sociais.

Para melhor compreender o momento atual do país, torna-se interessante uma reflexão sobre a evolução da educação como direito no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em conta que o Brasil, como nação independente teve, até o presente, sete constituições, as quais acerca da educação obrigatória tinham as seguintes normas:

a) A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824: o inciso XXXII, do artigo 179, preceituava que “A Instrução primaria, é gratuita a todos os Cidadãos” (BRASIL, 1824). A referida Carta definia, no art. 6º, I, que: “São Cidadãos

³³ % de pessoas empregadas como trabalhadores familiares não pagos ou trabalhadores por conta própria.

Brazileiros: Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou livres, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação”.

Denota-se no texto que a educação primária é gratuita a todos, independente de idade sem ser obrigatória. Contudo, ressalta-se que ela já estava revestida naquela época da característica de direito constitucional.

b) Com o advento da República, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, no novo ordenamento jurídico, no art. 72, § 6º, preceitua que “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”.

Anote-se que a educação no Brasil, no período colonial de 1549 a 1759, foi ministrada, predominantemente, pelos jesuítas que foram expulsos do país pelo Marquês de Pombal. Há quem afirme e atribua a fragilidade do sistema educacional brasileiro ao conteúdo ensinado pelos padres, já que estes abrangiam somente as letras, filosofia, religião e coisas do gênero.

c) A Constituição Federal de 1934, de 16 de junho, no parágrafo-único, do art. 150, alínea “a”, mantém o “ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos” (BRASIL, 1934). Saliente que, nesse ano, graças ao início do processo de industrialização do país, a Constituição foi acrescida do Capítulo II - Da Educação e da Cultura, o qual, nos art. 148 a 158, define as linhas mestres da educação no país, criando, inclusive, o Conselho Nacional de Educação.

d) A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 cria a justiça do trabalho e, no art. 145, estabelece que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

O parágrafo único do citado artigo dispõe que “a todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social (BRASIL, 1946).

e) A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 segue o mesmo posicionamento anterior, ao dispor, no art. 168, que “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana”.

Dispõe, no inciso II, do § 3º, do mencionado artigo, que “o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais”.

f) A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no inciso IV do art. 206, alarga a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

Retomando o objetivo do tema em tela, vale dizer que a concretização dos chamados direitos fundamentais sociais tem tudo a ver com a questão do acesso à escola, assim como também com o ingresso do indivíduo no mercado de trabalho. Em se tratando de economia capitalista, especialmente, o trabalho que, além de ser um fator de produção com um papel importante na circulação da riqueza, possibilita ao trabalhador o acesso aos bens necessários para uma existência com dignidade. Tanto que o art. 170 da Carta de 1988 deixa claro que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII - busca do pleno emprego” (BRASIL, 1988).

Ante o exposto, a Constituição Federal protege sobremaneira a educação e o trabalho, objetivando acima de tudo o princípio da igualdade e o exercício efetivo da cidadania. Todavia, à luz da realidade do país, na prática do cotidiano, a efetividade dos direitos fundamentais sociais é afetada pela ausência, escassez e má gestão financeira do país. Necessário se faz que o Estado atue no sentido de que todo brasileiro tenha seus direitos fundamentais concretizados, para que todos tenham uma vida e existência como dignidade.

O direito à educação e ao trabalho é o caminho para a efetividade dos demais direitos fundamentais sociais, pois se o indivíduo dispuser dos meios para se desenvolver por meio da educação, a sua inserção no mercado de trabalho será mera consequência. Em contrapartida, se o Estado não disponibilizar os meios, ocorrerá a exclusão social, a qual suscita pobreza, miséria e vida sem dignidade, com os indivíduos utilizando-se de violência e coerção para a obtenção de itens fundamentais para a sobrevivência.

2.7 Outros fatores que contribuem para a criminalidade

Não obstante o foco da presente dissertação se situar em pesquisar e abordar a criminalidade decorrente da não prestação dos direitos fundamentais sociais, não se pode negar que a criminalidade é resultante de um conjunto de fatores sociais de matizes bastante diversas. Assim é que Silva³⁴ (2008) coloca os seguintes fatores como possíveis geradores da criminalidade: a) desestruturação familiar; b) falta de políticas públicas voltadas para os jovens; d) educação; e) desemprego; f) desigualdade social; g) tráfico de drogas; h) a sensação de impunidade; i) segurança nas escolas; h) ausência de valores cristãos (religiosos) e, i) segregação social. Desses, dois deles (“f” e “h”) serão abordados nos subitens a seguir,

³⁴ O citado é oficial Capitão da Polícia Militar de Brasília e, a época, aluno do Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais da referida corporação militar.

acrescido de um outro que versará sobre “a escola como fator inserção no mercado de trabalho”.

2.7.1 A sensação de impunidade

2.7.1.1 Considerações iniciais

Ao que parece, pelo menos em alguns países, entre eles o Brasil, as pessoas vivem acuadas, inseguras e com medo, em face de um crescimento forte e generalizado da criminalidade. Para Dahrendorf (1987, p. 13)³⁵, uma das causas é que o “declínio da eficácia da lei pode ser descrito como uma das contradições da modernidade, onipresente no mundo atual desde o Welfare State, que na verdade cria uma nova pobreza, até a ameaça nuclear, que diariamente nos recorda da ambivalência³⁶ da razão humana”.

Em sua obra, “A lei e a ordem”, essa é uma das explicações do autor, lembrando, ainda, que o mesmo insere no vocabulário da sociologia a termo “anomia”. Vale dizer que, inicialmente, esse termo foi usado por Émile Durkheim em sua obra “O suicídio”, para indicar que alguma coisa não está harmônica ou em conformidade na sociedade, o que influencia o comportamento das pessoas suicidas. Assim, o termo foi usado por Dahrendorf na sociologia, para indicar que os mecanismos sociais operam de forma “anômica” ou padecendo de certas “patologias”.

2.7.1.2. As ideias e colocações de Dahrendorf

Com a decomposição do Estado alemão no pós-guerra (1945), com o vazio do poder, o que se viu na população foi “a guerra de todos contra todos”, com a erosão da lei e da ordem. Nesse sentido, Dahrendorf (1987, p. 12) clarifica o quadro ao narrar que “todos carregavam para casa sacolas e malas repletas de coisas roubadas. Roubadas? “Levadas” talvez seja o mais correto, pois mesmo a palavra “furto” parecia haver perdido seu significado”.

Vale lembrar que Ralf Dahrendorf escreveu **A Lei e a Ordem** em 1985, período em que os países ricos e desenvolvidos de então apresentavam altos índices de criminalidade, a exemplo do que aconteceu na fase anterior ao período nazista. Daí o autor aduzir que esse é o

³⁵ Ralf Gustav Dahrendorf (1929-2000) nasceu em Hamburgo (Alemanha). Fez doutoramento (PhD) em filosofia. Foi deputado no parlamento alemão (1969-1970) e diretor da London School of Economics (1987-1997) e Professor na Universidade de Oxford.

³⁶ O termo tem a ver com as posições filosóficas de Hobbes (“o homem é o lobo do homem”) e Rousseau (“o homem é bom por natureza, é o meio que o corrompe”).

caminho para a anomia, uma vez que ela antecede, quase sempre, a regimes totalitários. É o que ele afirma quando diz que “um dos tormentos da anomia é que ela representa maus presságios para a liberdade. Enquanto persiste, cria um estado de medo e pede um estado tirânico como remédio”³⁷ (1987, p. 15).

Para Dahrendorf (1987, p. 26), os problemas da lei e da ordem ocorrem quando “atos contrários às normas permanecem sem punição. A ausência crescente de punições efetivas, se estas existirem, é o significado real da erosão da lei e da ordem”.

Em vista disso, tem-se que a anomia ocorre “quando um número elevado e crescente de violações de normas tornam-se conhecidas e são relatadas, mas não são punidas” (DAHRENDORF, 1987, p. 28). Desta forma, “se as violações de normas não são punidas, ou não são mais punidas de forma sistemática, elas tornam-se, em si, sistemáticas. Conforme prosseguimos com o desenrolar dessas afirmativas, atingimos rapidamente o campo traiçoeiro, porém fértil da anomia” (p. 27).

Portanto, no dizer do autor “a anomia é uma condição social, que pode fazer brotar vários tipos de comportamento, como ocorreu em Berlim, em 1945” (p. 27).

Ainda, sobre a anomia uma questão que se levanta é a relação de causa e efeito entre anomia e crime. Nesse sentido, acrescenta o autor que:

A conexão entre anomia e crime não é causal. A anomia fornece uma condição básica, onde as taxas de crimes tendem a ser elevadas; e a análise do crime nos conduz a um melhor entendimento sobre a anomia. Além disso, o processo de anomia tem um interesse próprio no contexto da análise sócio-política (DAHRENDORF, 1987, 30).

Colocada dessa forma, “a anomia, não é um estado de espírito, mas um estado da sociedade, caracterizado pela ausência generalizada de respeito a normas sociais”. Em complemento a isso, o autor, ainda, acentua que “a anomia é então concebida como uma ruptura na estrutura cultural, ocorrendo especialmente quando houver uma aguda disjunção entre, de um lado, as normas e os objetivos culturais e, de outro, as capacidades socialmente estruturadas dos membros do grupo em agirem de acordo com essas normas e objetivos” (p. 30). Assim, “a anomia, como condição geral de estrutura da sociedade, define uma base geral para a disjunção entre as normas sociais e os objetivos e aspirações do indivíduo” (p. 31).

³⁷ O Estado tirânico posterior, segundo Dahrendorf, deu-se com o domínio russo, no pós-guerra, quando ele afirma que as “... novas autoridades se aproximaram. Eles iniciaram seu domínio da mesma forma que os antigos terminaram o deles, com um vasto alarde de atos arbitrários de violência...” (1987, p. 12).

Para fechar o tema, vale a pena ainda tocar em três aspectos em termos de consequências da anomia, defendidos por Dahrendorf:

a) “Onde prevalece a impunidade, a eficácia das normas está em perigo. Nesse sentido, a anomia descreve um estado de coisas onde as violações de normas não são punidas” (p. 31).

b) A anomia “é um estado de extrema incerteza, onde ninguém sabe qual o comportamento esperar do outro, sob determinadas situações” (p. 31).

c) “A anomia é, pois, uma condição onde tanto a eficácia social como a moralidade cultural das normas tendem a zero” (p. 33).

Por último, o autor (p. 34) diz que:

Anomia resulta em “distúrbios, dúvidas e incertezas sobre tudo. As pessoas não podem mais predizer se o vizinho vai matá-la ou lhes dar seu cavalo. As normas parecem não mais existir ou, quando invocadas, resultam sem efeito. Todas as sanções parecem haver desaparecido. Isto, por sua vez, refere-se ao desaparecimento do poder ou, mais tecnicamente, à retransformação da autoridade legítima em poder arbitrário e cruel. Dificilmente este será um estado onde se deseje viver. É provável que os homens não sobrevivessem nele por muito tempo.

2.7.1.3 Dos indícios ou presença da anomia na sociedade brasileira

Ao que parece, o Brasil não se constitui, ainda, num Estado anômico, embora apresente elementos condizentes, como a violação ao direito de propriedade, a corrupção, a apropriação ilícita, pequenos furtos, tráfico leve de entorpecentes, bem como a administração fraudulenta de bens e recursos públicos, sem que uma punição seja aplicada aos infratores. O mesmo acontece com delitos populares de pequena monta ou lesividade. O fato é que ainda não vivemos uma situação de desregramento generalizado, uma vez que as normas que regem o comportamento das pessoas ainda perduram e não perderam sua “validade”.

Por outro lado, vale aqui os apontamentos de Oliveira (1995, p. 95-96) que faz referência ao contágio da corrupção hierarquia, abaixo na esfera governamental, ante a certeza da impunidade. Segundo esse autor:

[...] o contágio hierárquico ocorre quando pessoas de altas esferas sócio-políticas praticam atos que violam o sentimento de justiça da comunidade, mesmo que tais atos não sejam tipificados como delitos. Estes comportamentos atuam como fatores criminógenos, estimulando ações delituosas de pessoas de estratos inferiores, convencidos de que a impunidade pode ser a regra (p. 96).

Pelo exposto, em se tratando da vida em sociedade, de seu regramento e, considerando a natureza humana, é interessante observar o ensinamento de Dahrendorf (1987, p. 28) no sentido de que “... se as violações das normas não forem punidas, ou são punidas de forma sistemática, elas tornam-se em si, sistemáticas... A impunidade, ou a desistência sistemática de punições, liga o crime e o exercício da autoridade. Ela nos informa sobre a legitimidade de uma ordem”.

Posta assim a questão, não há como considerar ou diagnosticar, ainda, um estado de anomia no Brasil. Talvez, um estado de anomia em latência?

2.7.2 A desigualdade social

2.7.2.1 Considerações gerais

Recentemente, a Oxfam International³⁸ divulgou, na imprensa mundial, que o Brasil, depois da África do Sul, é o segundo país do G-20 com maior desigualdade social, mesmo tratando de um país que combateu a pobreza enfaticamente nos últimos anos.

Vale ressaltar que a pesquisa em tela aponta, além do Brasil, a África do Sul como campeã da desigualdade e, na sequência, o México, Rússia, Argentina, China e Turquia. Despontam como campeões da igualdade social a França, com melhor resultado, acompanhada, sequencialmente, da Alemanha, Canadá, Itália e Austrália.

Tem-se que são fatores, entre outros, que provocam a desigualdade social: a distribuição desigual da renda, o baixo nível da educação e a escassez de investimentos públicos na área social.

Em verdade, a terminologia “desigualdade social” pode acobertar conceitos e ideias diferentes. Neste sentido, Rousseau (1997, p. 51) diz que:

Concebo, na espécie humana, dois tipos de desigualdades: uma que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados dos que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles.

³⁸ Trata-se de uma confederação internacional de 13 organizações, que atua numa centena de países do mundo e que tem por finalidade a busca de soluções para os problemas de pobreza, da fome e da injustiça.

Já Hobbes (1999, p. 83) fala de um poder natural do homem, fundado nas “...faculdades do corpo ou do espírito; extraordinária força, beleza, prudência, capacidade, eloquência, liberalidade ou nobreza”. Esses poderes, segundo esse pensador, servem de meios ou instrumentos para obter a “... a riqueza, a reputação, os amigos, e os secretos desígnios de Deus”. Assim, na visão desse pensador, o maior dos poderes humanos decorre do somatório dos poderes de vários homens, o que pode, por consequência, fundamentar a opressão e a dominação, bem como a apropriação de bens e serviços disponíveis na sociedade.

2.7.2.2 Das consequências da desigualdade social

Streck e Morais (2003, p. 73) falam que a modernidade foi tardia no Brasil e que, em decorrência disso, “... o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado e caminho para aquilo que se convencionou chamar de Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social, serviu apenas para acumulação de capital e renda para as elites brasileiras”. Vale ressaltar, ainda, que os citados autores acrescentam que “o Estado intervencionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas” (p. 73-74).

Assim, observa-se que o Brasil, em verdade, não passou pelo estado social, indo, na sequência, para um capitalismo intervencionista de concepção neoliberal, em que as funções do Estado foram privatizadas para o capital internacional, sem compromisso com o bem-estar da sociedade em geral, uma vez que o Estado “mínimo” não tem como meta acabar com a fome, com a pobreza, com o analfabetismo, com o desemprego, etc. Em se analisando o conjunto dos indicadores socioeconômicos do Brasil, fica claro o déficit social que o Estado tem com a sociedade. Neste sentido, Streck e Morais (2003, p. 79) dizem que “... quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!” Concluem os autores citados que:

A toda evidência, não se está, com isto, abrindo mão das lutas políticas, via Executivo e Legislativo, e dos movimentos sociais. É importante observar, no meio de tudo isto, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição (p. 99).

A desigualdade social no Brasil é tão extremada que $\frac{3}{4}$ de toda a riqueza do país, em 2001, concentravam-se nas mãos de 1,8% das famílias (POCHMANN e CAMPOS, 2005, p. 27-28). Ante a tamanha desigualdade socioeconômica que assola a nação, tem-se como consequência todo um conjunto de fenômenos e anomalias sociais, que resultam malefícios e fatores atentatórios à dignidade da pessoa humana.

Dentre as principais consequências, tem-se a pobreza, a violência urbana, a fome e o desemprego, a elevada desigualdade social, a favelização, os índices elevados da criminalidade, preconceito racial, educação deficiente, bem como a rivalidade entre pobres e ricos, etc.

2.8 A escola como fator de inserção no mercado de trabalho

Interessante se faz, para se falar na escola como fator de inserção no mercado de trabalho, reforçar o trazer à reflexão o ensinamento de Kant (1999, p. 20) ao afirmar que “entre as descobertas humanas há duas difíceis, e são: a arte de governar os homens e a arte de educá-los. Na verdade, ainda persistem controvérsias sobre esses assuntos”. Com isso, o autor suscita a dificuldade que tem uma nação em desenvolver e implementar um processo de educação extensivo a todos os seus habitantes.

Vale, ainda, acrescentar que, em conformidade com o reportado na página 86 desta dissertação, o referido autor, de forma categórica, expressa que “... a educação, portanto, é o maior e o mais árduo problema que pode ser proposto aos homens” (p. 20).

Dentre todas as criaturas, o homem é a única que necessita passar por um processo de educação, uma vez que o mesmo não foi dotado pela natureza de instintos e meios assecuratórios de subsistência e de adaptação ao meio ambiente. Em compensação, foi dotado de razão e consciência para resolver seus problemas, seja individual ou coletivamente, já que tem condições de racionalizar e interagir em grupo.

Sabe-se que o ser humano, ao nascer, é desprovido de qualquer emoção, sentimento, valor ou conceito. É pela educação que ele desenvolve suas capacidades e habilidades para se tornar um homem. Assim, conforme já abordado na página 95 deste trabalho, Kant (1999, p. 15) diz que “... o homem não pode tornar-se um verdadeiro homem se não pela educação. Ele é aquilo que a educação dele faz”. Posta assim a questão, o ser humano, na concepção do autor, tem a possibilidade de aperfeiçoar-se, seja em nível de conhecimento, informações e valores acumulados pelas gerações anteriores.

Segundo o IBGE (PNDA-2009), a taxa de analfabetismo entre as pessoas com mais de 15 anos era, no ano referência, de 21%, enquanto que a do analfabetismo funcional³⁹ era de 20,5 %, ambas as taxa, de per si, representam quase o dobro de trabalhadores com curso superior.

Referindo-se à educação nas antigas Grécia e Roma, Brandão (1982, p. 68) explicita que “a educação grega e, depois, a de Roma preocupavam-se em formar o cidadão da e para a comunidade”.

Sobre a educação nas *polis* gregas, Brandão (1982, p. 37) elucida que:

Ali estão *normas de vida* que, quando reproduzidas com um saber que se ensina para que se viva e seja um tipo de homem livre e, se possível, nobre, os gregos acabaram chamando de teoria. Este saber que busca no homem livre o seu mais pleno desenvolvimento e uma plena participação na vida da polis é o próprio ideal da cultura grega e é o que ali se tinha em mente quando se pensava em educação.

Todo o processo educacional começa na família com a introdução ou iniciação do indivíduo, ainda criança, num mundo humano e civilizado. Depois, é que vem a escola. Com o conhecimento da família e da escola, é que o indivíduo adquire condições para agir e intervir no seu meio. A educação é, acima de tudo, um ato de aquisição de valor, de convivência e de preparação para a vida em sociedade. Aí começa o embrião da cidadania.

Em virtude dessas considerações, fica evidente que o caminho para chegar à cidadania passa, necessariamente, pela educação. Não se esquecendo de que a passagem por esse caminho requer uma educação ou formação, calcada em três elementos já comentados, quais sejam: educação intelectual, moral e biológica (relacionada com bons hábitos físicos e comportamentais).

Quando se fala em escola como fator de inserção no mercado de trabalho, o tema tem amparo legal disposto no art. 22, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (lei das diretrizes e bases da educação nacional), a qual preceitua que “*a educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores*”.

Por esse artigo, estabelece-se uma educação básica composta de três estágios ou níveis de ensino, quais sejam: infantil, nível fundamental e médio, dentro de uma dimensão

³⁹ A taxa de analfabetismo funcional, que é representada pela proporção de pessoas de 15 anos ou mais de idade, com menos de 4 anos de estudo completos em relação ao total de pessoas de 15 anos ou mais de idade.

estabelecida de tempo e espaço necessários para a formação do ser humano. A educação, na conformidade com o artigo citado, visa qualificar o cidadão, bem como dar-lhe o fundamento necessário para o curso superior. Assim, o art. 22, da Lei nº 9.394/96 visa proporcionar uma educação voltada para a cidadania e para o mercado de trabalho, bem como todo um embasamento teórico para os estudos posteriores (nível superior). Ao que parece, portanto, o propósito maior da lei em questão é fazer da educação o esteio para cidadania, e o desenvolvimento do indivíduo para a vida em sociedade e para o trabalho, aqui, considerado como toda e qualquer atividade humana, seja ela física ou intelectual, com a finalidade de produzir ou transformar algo para o bem das pessoas.

A falta ou déficit educacional implica em exclusão social, o que torna o indivíduo inacessível aos sistemas sociais fundamentais e básicos para uma vida com dignidade. Giddens (2005, p. 265) reporta-se à exclusão social como sendo algo que “... diz respeito, às formas pelas quais os indivíduos podem acabar isolados, sem um envolvimento integral na sociedade mais ampla”.

2.9. Considerações finais sobre os direitos fundamentais sociais

Conforme capítulo primeiro, a ausência de prestação dos direitos fundamentais sociais provoca sérios reflexos na vida do indivíduo, podendo resultar carências, necessidades e sofrimentos, fazendo com que a pessoa, para satisfazer ou manter a vida, cometa atos de desatinos, como coerção, violências, etc.

Neste sentido, tais direitos, em face das consequências advindas em termos de sofrimento, penúria e carências, requerem para sua efetivação um mínimo de realização, para que o ser humano tenha uma vida com dignidade e não venha a sofrer um processo de exclusão social.

Consequentemente, há um dever de concretização e de agir por parte do Estado relativo à prestação de tais direitos. Uma vez existindo uma causalidade entre a ausência prestacional do Estado e o ato delitivo, praticado pelo indivíduo desassistido, o Estado torna-se co-culpado pelo mesmo, com reflexos na quantidade da pena ou até a inimizabilidade, bem como cabe responsabilidade civil, conforme o caso.

3 EFEITOS E ENCAMINHAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE SOLUÇÃO

Teria desejado nascer num país no qual o soberano e o povo não pudessem alimentar senão um único e mesmo interesse, a fim de que todos os movimentos da máquina tendessem somente para a felicidade comum (Rousseau, p. 34, 1997).

3.1 Considerações iniciais

Tendo como ponto de apoio as abordagens feitas nos dois capítulos anteriores, pretende-se, neste momento, discorrer sobre a relação de causa e efeito entre a ausência de efetividade ou não prestação positiva dos direitos fundamentais sociais, e os fenômenos sociais decorrentes, como a exclusão social, pobreza e criminalidade, bem como a consequente corresponsabilidade penal e responsabilidade civil do Estado e dos reflexos e impactos na dignidade da pessoa humana. Com base nessa correlação, será possível averiguar a existência, funcionalidade e adaptabilidade de expedientes importados e extraídos da dogmática estrangeira de solução das questões suscitadas, tais como a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”.

Da mesma forma, abordar-se-á a ideia de parte de doutrina brasileira, que classifica as normas definidoras de direitos sociais como normas programáticas, bem como a possibilidade de coexistência dessas normas com a efetividade concreta dos direitos sociais.

O objetivo desse capítulo é estabelecer um critério ou proposta de encaminhamento de solução, por meio do chamado planejamento estratégico com atribuição de responsabilidades, para a efetividade e concretude dos chamados direitos fundamentais sociais dentro de um horizonte temporal.

3.2. As normas constitucionais definidoras de direitos sociais

3.2.1 Apontamentos introdutórios

Referindo-se acerca das normas constitucionais, Barroso (2009, p. 90) classifica-as em três categorias ou classes: a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos, e c) normas constitucionais programáticas. Dessas, interessam, de momento, as chamadas normas constitucionais definidoras de direitos, uma vez que esses direitos, por sua vez, também, são desdobrados, segundo o mesmo autor “... em

quatro grandes categorias, que os repartem em: direitos *políticos*, direitos *individuais*, direitos *sociais* e direitos *difusos*” (p. 95). Importante se faz mencionar que fundamentado nos direitos sociais “surtem para o Estado deveres de prestações positivas, visando a melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material” (p. 97). Sobre esses direitos, Silva (2002, p. 285) diz que:

[...] os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a igualização de situações sociais desiguais.

Cabe, ainda, aqui, a anotação de que quando se fala em direitos fundamentais sociais, há que se levar em conta que esses podem ser de prestação positiva ou negativa, ou seja, com a obrigação de fazer ou de não fazer. No concernente aos direitos sociais, dotados com a característica de obrigação de não fazer por parte do Estado, situam-se os direitos civis e políticos relacionados com a liberdade, propriedade, segurança e vida. São os chamados direitos sociais de primeira geração.

A questão toda se localiza nos direitos sociais de segunda, terceira e quarta geração, nos quais há a obrigação de fazer ou de prestação positiva por parte do Estado em áreas, como os direitos econômicos, sociais, culturais, coletivos, das minorias, etc.

3.2.2 Os direitos constitucionais sociais e políticas públicas

A definição, acima apresentada, de direitos sociais da cunha do Professor José Afonso da Silva expressa que os direitos sociais visam a igualização de situações sociais desiguais, o que é coincidente com a opinião do Professor Luiz Roberto Barroso, que afirma que os referidos direitos visam à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material.

A rigor, para efeito deste trabalho, conforme já reportado anteriormente, tomou-se como referência os direitos sociais, previstos no art. 6º do Texto Constitucional, os quais também recebem, por parte da doutrina, a característica de direitos subjetivos. Barroso (2009, p. 101) assevera sobre tais direitos que:

[...] prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (dever jurídico) e, se não foram entregues espontaneamente (violação de direito), conferem ao titular do direito a

possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial.

Ocorre, todavia, que na prática, a efetividade dos direitos sociais tem-se demonstrado precária, e quase sempre fundamentada no argumento da escassez de recursos financeiros e verbas orçamentárias, o que leva o administrador público a não prestar satisfatoriamente tais direitos. Não se pode esquecer que a principal e maior característica dos direitos sociais é o seu caráter prestacional, o qual é requisito essencial na sua definição. Neste sentido, Sarlet (2007, p. 299) afirma que “os direitos sociais prestacionais [...] têm por objeto precípuo a conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação fática”. O autor aponta, ainda, que:

[...] os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem que seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2007, p. 299).

Vale, também, acrescentar que “os direitos sociais disciplinam situações subjetivas, pessoais ou grupais, de caráter concreto” (SILVA, 2002, p. 285). Em vista disso, fica claro que a concretização de tais direitos depende ou necessita da conduta positiva do Estado na qualidade de sujeito ativo.

Desta forma, os direitos sociais têm por finalidade buscar uma igualdade material, por meio de sua concretização, para que as pessoas não só alcancem a própria sobrevivência, mas também uma vida com dignidade.

As políticas públicas expressam o *modus operandi* do Estado perante os problemas e cenários da sociedade, apresentando-se como um conjunto de propostas, ações e encaminhamentos para o desenvolvimento, relacionamento e solução dos mesmos entre Estado e sociedade. Daí dizer-se que toda política pública deve estar voltada para a solução de problemas da sociedade.

Sobre o tema, Bucci ⁴⁰ (2011) aponta que:

As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação

⁴⁰ A autora é Doutora em Direito do Estado pela USP e Professora do Curso de Mestrado em Direito na PUC de Santos.

governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização.

O texto confirma haver uma intervenção estatal nas relações sociais e que deve guardar uma estreita relação com os anseios e expectativas da sociedade. Em última análise, as políticas públicas têm a ver com o conjunto de ações do ente Estado em relação à sociedade, com vistas ao atendimento e satisfação de suas necessidades.

Ante o exposto, a questão que se levanta relaciona-se com os direitos fundamentais sociais cuja efetividade é assegurada pelo Texto Maior nos termos do artigo 5º, §1º, que garante sua aplicação de imediata. Portanto, trata-se de uma ordenação a ser cumprida pelo Estado. Neste sentido, Mello (1992, p. 13) acrescenta que:

[...] A ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem caráter de dever (antes do que “poder”), caracterizando uma função, em sentido jurídico.

Ao que parece, então, no rigor da lei, a efetividade e aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais constituem uma limitação ao poder discricionário do Estado, não podendo o administrador público escolher o que lhe convier ou fundar-se exclusivamente no critério da oportunidade e conveniência.

Todavia, no dia a dia da nação, a verdade é que a efetiva implementação das políticas públicas, relativas à efetivação dos direitos fundamentais sociais, são inviabilizadas pela escassez ou inexistência de recursos no Tesouro Nacional ou mesmo por falta de dotação orçamentária. Disso, decorre, por consequência, a necessidade de priorizar a aplicação dos recursos segundo os ditames constitucionais, no que é essencial à vida e à dignidade humana. Sobre esse assunto, Barcellos (2002, p. 242) expressa que:

Se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento.

A questão primordial a considerar aqui é que os direitos fundamentais, previstos no Texto Maior, constituem a principal finalidade do Estado e a razão de sua própria existência. Daí infere-se que os recursos públicos devem ser aplicados, prioritariamente, nesses direitos e, após assegurá-los, o valor remanescente poderá ser orientado para as outras obras e objetivos do Estado. Com isto, certamente, será possível assegurar a uma parcela significativa da

população nacional uma existência com dignidade, reduzindo-se, assim, a exclusão social, a pobreza e a criminalidade. Neste sentido, Barcellos (2002, p. 246) aponta que:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.

O autor coloca que o bem-estar e a dignidade do homem dependem de condições materiais mínimas de existência, não se podendo, portanto, esquecer, ou mesmo ignorar que se os recursos são escassos, cabe ao Estado, por meio da gestão e intervenção da Administração Pública, buscar os recursos e meios para implementar as políticas públicas relativas aos direitos fundamentais sociais, com vistas a reduzir as desigualdades no seio da sociedade.

Ora, para suprir o déficit na implantação e efetividade dos direitos fundamentais sociais na sociedade ante a inexistência e ou escassez de recursos, necessário se faz estabelecer uma estratégia para, dentro de um lapso temporal, proporcionar as condições mínimas de uma existência com dignidade a uma legião de brasileiros, que vivem na pobreza, miséria e criminalidade. Isso é o que se pretende delinear neste capítulo do trabalho.

3.3. Efeitos do déficit dos direitos fundamentais sociais

A doutrina é enfática no sentido de que o homem, para viver em sociedade, necessita de um conjunto de bens e serviços essenciais, sem os quais não há vida com dignidade. Essas necessidades podem ser de ordem material, como roupa, educação, trabalho, assistência à saúde, moradia, etc., mas também outras de natureza não material, como afeto, compreensão, respeito, atenção, etc. Esses bens e serviços essenciais à vida com dignidade são entendidos, no Estado Democrático de Direito, como direitos fundamentais, com toda uma carga valorativa e histórica. “São considerados fundamentais porque sem eles a pessoa não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida” (DALLARI, 1998, p. 7).

Por outro lado, entende-se que a efetividade dos direitos fundamentais é condição ou requisito para a concretização do princípio da dignidade humana. “Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade” (SARLET, 2010, p. 97). Por isso, torna-se

oportuno, aqui, abordar os efeitos da não efetividade dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado.

No Capítulo I dessa dissertação, chegou-se a estabelecer certa relação entre a não ou baixa efetividade dos direitos fundamentais com pobreza, miséria e criminalidade. Interessante se faz ressaltar que, na antiga Roma, por exemplo, a cidadania compreendia, além da participação política, os direitos que a pessoa possuía. Assim, “... quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social” (DALLARI, 1998, p. 14). Parece claro que a cidadania compreende toda a gama dos direitos fundamentais sociais, previstos no Texto Constitucional, especialmente aqueles dispostos no artigo 6º.

No Brasil “... constata-se que 42% do total de municípios, equivalente a 21% da população brasileira, vive em localidades associadas à situação de exclusão social. Por outro lado, apenas cidadãos de 200 municípios (3,6% do total), representando 26% do total da população, residem em áreas que representam padrão adequado” (POCHMANN, AMORIM (2004, p. 10-11).

Conforme já mencionado anteriormente (Capítulo II, em 2.1), Garófalo afirmava que “o crime não é mais do que uma reação contra a injustiça social”.

3.3.1 Exclusão social, pobreza e criminalidade

Entende-se por “exclusão social” a impossibilidade ou dificuldade da pessoa utilizar dos serviços públicos disponibilizados pelo Estado. Ao que parece, a sociedade e os políticos faziam uso desse termo, inicialmente, para indicar pobreza ou classe baixa; entretanto, em 1974, essa expressão “exclusão social” foi esculpida por René Lenoir, na obra “Os excluídos: um em cada dez franceses” (*Les exclus: un français sur dix*).

A verdade é que pobreza e exclusão social quase sempre são vistas juntas e reforçando-se mutuamente. Por tratar-se de um conceito relativamente novo, ainda não há um consenso do termo exclusão social entre os vários campos do conhecimento humano.

O Brasil tem uma massa de brasileiros excluídos dos bens e serviços públicos, especialmente daqueles considerados direitos sociais, em decorrência de seu processo histórico, que resultou na abolição da escravatura, e para o qual o país não implementou um projeto de integração e inserção social dos ex-escravos. Neste sentido tem-se que:

[...] o processo de modernização que, a partir da primeira metade do século XIX, torna caduca a sociedade escravocrata no Brasil não levou a uma integração dos escravos e dos homens livres, porém pobres, na ordem produtiva, gerando uma classe de párias urbanos e rurais que, por não terem equalizados aos demais, são mantidos numa situação de sub-cidadania (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 323).

Vê-se, portanto, que a exclusão social no Brasil é herança de um longo e demorado processo que gerou milhares de pessoas desassistidas, sem usufruir dos direitos fundamentais sociais ou de suas prestações positivas constitucionais.

Assim, anota com procedência o pesquisador, anteriormente referenciado, ao afirmar que:

Já foi ressaltado que o problema da exclusão social no Brasil atinge proporções bastante significativas, na medida em que acomete um grande contingente de párias urbanos e rurais que, destituídos de direitos básicos, gravitam à margem das prestações dos subsistemas sociais, dentre os quais o jurídico. É nesse sentido que, baseando-se em indicadores de vulnerabilidade socioeconômica que condena expressiva parcela da sociedade brasileira à informalidade de uma inclusão precária ou, muitas vezes, inexistente (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 333).

Percebe-se, no fragmento exposto, que a sociedade nacional originou-se de um sistema altamente concentrador do fluxo de riqueza, com poucos desfrutando dos serviços e bens públicos. Ainda nos dias atuais, permanece a alta concentração da renda e da riqueza, conforme demonstra o Censo de 1872:

1,8% do total das famílias no Brasil respondiam por aproximadamente 2/3 do estoque de riqueza e de todo o fluxo de renda do país [...] a partir de metodologia desenvolvida com dados do PNAD/IBGE, os 10% mais ricos da população respondiam por 3/4 de toda a riqueza nacional em 2001 (POCHMANN e CAMPOS (Org), 2005, p. 27 e 28).

Como instrumento de inclusão social, a Carta Magna, mediante seu artigo 6º, estabelece um elenco de direitos fundamentais sociais, e o artigo 5º, §1º, do instituto referenciado, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Neste sentido, aponta Sarlet (2007, p. 297) que:

[...] também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocadamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, §1º de nossa constituição.

Assim, ante o exposto, infere-se que o déficit na efetividade dos direitos fundamentais sociais, contidos na Constituição da República, contribui sobremaneira para que muitos brasileiros vivam atualmente excluídos socialmente, em estado de miséria, sem educação, emprego, moradia, sem dignidade e no mundo da criminalidade. Essa radiografia encontra eco no dizer de Sarlet (2001, p. 8) que assim se expressa:

Para, além disso, convém que fique registrado que - além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais - a crise dos direitos sociais, por sua vez, atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos. Assim, apenas para ficarmos com alguns exemplos, constata-se que a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em cheque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem inequivocamente os direitos à vida, liberdade e igualdade (ao menos, no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes. Basta, neste contexto, observar que **o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade**, dentre outros bens jurídicos fundamentais. (grifo nosso)

A natureza fática e as consequências, advindas da não prestação dos direitos sociais, estão a exigir do Estado uma solução definitiva da efetividade e concretude dos direitos fundamentais sociais, com a finalidade de reduzir os sofrimentos e carências de centenas de milhares de brasileiros.

3.3.2. A corresponsabilidade penal do Estado

Quando Batista (2005, p. 105) expressa que a “co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu” passa a impressão que o Estado é penalizado ou condenado pela prática do delito. Na verdade, a co-culpabilidade tem por objetivo mitigar o juízo de reprovação sobre o agente ou autor de um delito, que assim agiu motivado pela ausência ou carência das prestações inerentes aos direitos fundamentais sociais, os quais impossibilitam uma existência com dignidade. Desta forma, é atribuída ao Estado uma parcela de culpa pelo delito, em face de sua ausência ou incapacidade de viabilizar políticas públicas concretizadoras de uma vida com dignidade.

A corresponsabilidade do Estado decorre, portanto, da omissão estatal na prestação dos direitos fundamentais sociais, o que faz que o indivíduo seja excluído socialmente sem os bens e serviços necessários, fazendo com que o mesmo descambe para a prática do crime

como meio ou alternativa de subsistência. Neste caso, a culpa é dividida entre o agente e o Estado. À conta disso, a pena pode ser reduzida ou até abolida já que o Estado é omissivo e por não ter fundamento para punir aquele que ele abandonou.

Vale ressaltar, contudo, que a expressão dividir culpa dá-se mais em função de uma questão de linguagem ou expressão, uma vez que, do ponto de vista jurídico, não há como o Estado ser partícipe ou coautor de um delito, visto que ele não desenvolve atos relacionados diretamente com o delito.

3.3.3. Nexo causal e responsabilidade civil

A responsabilidade civil do Estado está inserida, implicitamente, na noção de Estado de Direito, inexistindo necessidade de qualquer norma expressa para estabelecer tal preceito, pois todas as pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, estão submetidas ao ordenamento jurídico. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que o indivíduo, recolhido à prisão, está sob a tutela do Estado; portanto, se algo lhe acontece, compete ao mesmo a responsabilidade civil. É o que demonstra a citada Corte que, ao analisar um Agravo de Instrumento relativo ao Processo AI 829767 AL, proferiu a seguinte decisão, em 08/12/2010:

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão assim do: “APELAÇÃO CÍVEL”. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO EM CENTRO DE REABILITAÇÃO DE MENORES - CRM. OMISSÃO DO ENTE ESTATAL. ARTS. 5º E 37, § 6º DA CF. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. INDISCUTÍVEL A OCORRÊNCIA DO DANO E DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS, APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ. MANUTENÇÃO DO VALOR A TÍTULO DE DANOS MORAIS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.

Tecnicamente, qualquer espécie de responsabilidade para ser imputada a alguém está condicionada à existência do nexos causal entre a conduta e o resultado.

3.4 Fundamentos e critérios para um encaminhamento de solução

Em se confrontando os direitos fundamentais sociais, dispostos no artigo 6º da Constituição Federal (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança,

previdência social e proteção à maternidade e à infância) com a estrutura organizacional do Governo Federal, observa-se que há uma correspondência específica entre determinado direito social e um ministério responsável pela execução das políticas, estratégias e diretrizes pertinentes (Quadro 11).

DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL	MINISTÉRIO
Educação	Ministério da Educação
Saúde	Ministério da Saúde
Alimentação	Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à fome.
Trabalho	Ministério do Trabalho e Emprego
Moradia	Ministério das Cidades
Lazer	Ministério do Esporte
Segurança	Ministério da Justiça
Previdência social	Ministério de Previdência Social
Proteção à maternidade e à infância	Ministério de Previdência Social

Quadro 8 – Direitos fundamentais sociais e Ministério responsável ⁴¹

Uma vez que há, praticamente, um Ministério do Governo Federal para efetivar, coordenar e implantar cada um dos direitos fundamentais sociais do catálogo, a questão que se levanta é por que isso não ocorreu até o presente? Insuficiência de recursos sempre é a explicação e até parece que sim pelo que já foi visto, mas será só isso? O que poderá ser feito para que o Texto Maior seja cumprido nesse aspecto?

Além da estrutura mencionada, o Governo Federal possui, ainda em sua estrutura organizacional, duas Secretarias, com nível e status de Ministério, as quais se relacionam diretamente com o tema em estudo, quais sejam:

a) Secretaria de Assuntos Estratégicos – tem a incumbência de organizar e formular as políticas nacionais e elaborar o planejamento de longo prazo para o desenvolvimento nacional.

b) Secretaria de Direitos Humanos – são atribuições dessa pasta: propor políticas e diretrizes que orientem a promoção dos direitos humanos, criando ou apoiando projetos, programas e ações com tal finalidade.

Na sociedade contemporânea, a ciência da economia dispõe de dados, conhecimento e metodologia para projetar e estimar as receitas, despesas, opções, escolhas, gastos, etc., das pessoas, empresas, organizações e do próprio governo. Com isso, o Estado tem condições de decidir e alocar os recursos de conformidade com suas políticas públicas.

⁴¹ Quadro elaborado com informações obtidas junto ao Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/>. Acesso em 13/06/2011, 14, 50 horas.

Por outro lado, também é certo que as necessidades dos seres humanos e da sociedade podem ser consideradas ilimitadas, e os recursos disponíveis limitados e escassos, o que gera todo um planejamento e decisões para priorizar e alocar os recursos entre as comunidades e membros da sociedade.

Ao que parece, em termos de finanças públicas, é que os recursos financeiros e orçamentários do Estado não são suficientes para atender todo o elenco de necessidades da sociedade. Esse quadro, por consequência, gera um déficit entre a pretensão normativa de direitos fundamentais sociais e a sua efetiva prestação, fazendo com que uma parcela da sociedade fique sem educação, trabalho, saúde, assistência social, moradia, etc. Isso traz como resultado a exclusão social, uma vez que muitas pessoas ficam sem participação e sem o exercício da cidadania.

Desta forma, como os recursos são limitados, o administrador público deve não só aplicá-los com racionalidade, mas também eleger prioridades e definir as áreas essenciais, tendo como balizamento a Constituição Federal e como objetivo o menor impacto e dano à sociedade.

Ante o exposto, o que se percebe é que a limitação e incapacidade do Estado de prover as necessidades sociais suscitam, na doutrina, uma dicotomia de pensamento, gerando duas correntes de pensadores.

3.4.1. Judicialização e ativismo judicial

Com fundamento no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, uma corrente de pensadores defende a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, uma vez que tais normas constitucionais são revestidas da eficácia plena. Para isso, sugere, inclusive, o expediente da judicialização e do ativismo judicial para a concretização de tais direitos.

Ao que parece, ambos os fenômenos jurídicos têm mostrado uma tendência crescente no mundo civilizado, onde as supremas cortes de um grande número de países estão decidindo questões políticas, cuja solução seria de natureza legislativa ou administrativa, o que, de certa forma, altera o princípio da divisão e equilíbrio entre os poderes republicanos.

No Brasil, em especial, ante os baixos índices de concretude dos direitos fundamentais sociais, tem se visto, também, a utilização crescente desses mecanismos como meio e forma de justiça social. Tudo isso dentro de uma visão pós-positivista e neoconstitucionalista. Sobre esse tema, Barroso (2010, p. 1) acrescenta que:

[...] de fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

No Brasil, ocorreu algo semelhante em 2004, quando o Presidente da República vetou o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) da Lei nº 10.707/2003 (LDO), cujo intuito era reduzir a verba destinada à saúde. Em decorrência disso, um partido político ingressou no STF com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 45/DF) contra o veto do Presidente da República. Da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, destaca-se o seguinte fundamento:

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, **a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.** (grifo nosso)

(A) Judicialização: O fenômeno da judicialização ocorre com uma expansão do poder judiciário, o qual amplia seu raio de atuação e adentra em decisões que seriam da esfera de outros poderes da República. É a politização da justiça, com o judiciário decidindo lides e demandas no campo da política, por exemplo. Ressalte-se, todavia, que a referida atuação sempre decorre de uma provocação de outro poder, com vistas a refazer uma decisão política, com fundamento da Constituição Federal. Sobre esse assunto, Barroso (2010, p. 1) entende que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Resulta daí, por consequência, que a judicialização da política implica num processo pelo qual há transferência de decisões para os magistrados tribunais, oriundas dos Poderes Executivo e Legislativo. No entendimento de Vianna (1999, p. 22), trata-se de uma

“alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania”.

Diante do exposto, observa-se que o Estado esquece que a sua finalidade é assegurar o bem estar, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, já que os juízes decidem questões de direitos fundamentais sociais porque os poderes legislativo e executivo não cumprem o seu papel constitucional de tutelar os referidos direitos; dá-se, portanto, a judicialização da política.

(B) Ativismo judicial: Para uma melhor compreensão do fenômeno do ativismo judicial, necessário se faz mencionar que o mesmo é algo comum e normal no sistema de *common law*, em que a jurisprudência se constitui numa importante fonte de direito, ou seja, a decisão judicial adquire o status de precedente. Todavia, no sistema da *civil law*, como é o caso do Brasil, a jurisprudência tem seus limites na conformidade estabelecida pela lei, sem referenciar a decisão judicial como precedente.

Em acréscimo ao exposto, Ramos (2010, p. 107) considera que:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados aos *common-law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura [...].

Assim, o ativismo judicial tem a ver com decisões judiciais, que extrapolam os limites ou demarcações do preceituado pela legislação vigente.

Ainda, na concepção desse autor (p. 129) “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse)”.

Um exemplo bastante característico de ativismo judicial, visando tutelar um direito fundamental social, consta da decisão do STJ ao interpretar o artigo 1º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que regula a impenhorabilidade do bem de família. O referido dispositivo estabelece que:

O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Na apreciação do RECURSO ESPECIAL: REsp 450989 RJ 2002/0095118-7, a Terceira Turma do STJ, em julgamento ocorrido em 12/4/2004, proferiu o seguinte julgado:

PROCESSUAL - EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE - IMÓVEL - RESIDÊNCIA - DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO - LEI 8.009/90. - A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário."(REsp 182.223-SP, Corte Especial, DJ de 07/04/2003).

Infere-se do exposto, que o STJ, ao estender a impenhorabilidade para o imóvel próprio de pessoa só e solteira, objetivou, como o próprio julgado especifica, proteger o direito fundamental social de moradia, nos termos do artigo 6º do Texto Maior.

Assim, o ativismo judicial tem a ver com as decisões judiciais, que extrapolam os limites ou demarcações do preceituado pela legislação vigente. Neste sentido, Ramos (2010, p. 129) acrescenta que “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse)”.

3.4.2 Reserva do possível e mínimo existencial

Já, a segunda corrente de pensamento entende que os recursos financeiros são realmente escassos e finitos. Leva em consideração a incapacidade do Estado de prover e implementar as políticas públicas concernentes aos direitos prestacionais e defende a tese do atendimento dentro de um mínimo possível. Neste sentido, expressa Barcellos (2002, p. 236) que a “... reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”. Nesse segmento de pensadores, portanto, há o reconhecimento da limitação da capacidade do Estado de prover, de imediato, as necessidades da sociedade. Apresenta duas vertentes de atendimento, conforme pode-se observar, a seguir.

(A) Reserva do possível: O conceito de “reserva do possível” decorre da dificuldade que o Estado tem para implementar ou prestar os direitos fundamentais devido a

escassez ou má gerência de seus recursos financeiros e orçamentários. Essa “reserva” resume-se numa estratégia do Estado para levar a efeito uma parcela de políticas públicas, com certa efetividade dos direitos fundamentais sociais. Entre os defensores desse pensamento, destaca-se Canotilho por entender que a efetividade dos direitos prestacionais fica na dependência de disponibilidade de recursos econômicos, uma vez que os direitos sociais só poderiam ser efetivados ante a existência de disponibilidades financeiras e orçamentárias para tal. Tanto é que o referido autor acrescenta que:

Um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica” sustentando que “os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo constitucional”, asseverando que “as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas desses direitos” e que “as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a inconstitucionalidade por omissão”, acrescentando que “as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não promessas vagas e abstratas (2003, p. 481-482).

A “reserva do possível” é criação da doutrina e jurisprudência alemã, fundada numa decisão da Corte Constitucional Federal, em que se pleiteava ingresso no ensino superior público e não existiam vagas suficientes. O fundamento constitucional utilizado foi a liberdade de escolha da profissão.

Segundo a decisão do mencionado tribunal, sujeita-se à reserva do possível aquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade, além do aspecto que cabe aos órgãos públicos, discricionariamente, sobre o montante dos recursos destinados à concretização dos direitos fundamentais sociais.

Neste âmbito, tem-se em Sarlet (2007, 304) a seguinte anotação:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo do Estado dos recursos e tendo o poder de disposição não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento.

Vale salientar que em se tratando de direitos fundamentais sociais, se os recursos são limitados, o administrador público deve privilegiá-los no orçamento do Estado, uma vez que

eles são considerados essenciais, já que sua concretude conduz o indivíduo a uma vida com dignidade humana, conforme o receituário do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Além disso, há que se considerar a onerosidade excessiva de implementação e universalização de todos os direitos fundamentais sociais, em um país, em vias de desenvolvimento, de extensão territorial continental e com escassez de recursos financeiros e orçamentários. Entretanto, a não efetividade de um direito fundamental social não pode, pura e simplesmente, ser justificada ou explicada na escassez de recursos. Cabe ao Executivo comprovar ao Judiciário, em juízo, os motivos, a efetiva indisponibilidade total ou parcial dos recursos financeiros e orçamentários, bem como possíveis desperdícios, má gestão e desvios de finalidades da administração pública.

Barcellos (2002, p. 241), reportando-se à Constituição, assevera que ela:

[...] estabelece as metas prioritárias, objetivos fundamentais, dentre os quais sobreleva a promoção e preservação da dignidade da pessoa humana e aos quais estão obrigadas as autoridades públicas. A despesa pública é o meio hábil para atingir essas metas. Logo, por bastante natural, as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas pela Constituição.

Ademais, acrescenta a autora acima que “Se é assim, e se os meios financeiros são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados” (BARCELLOS, 2002, p. 241). É, exatamente, permeando essa ideia, que, à frente, como proposta de encaminhamento de solução da situação fática, será introduzida uma alternativa por meio das chamadas “normas programáticas”.

Ao que parece, a tese da reserva do possível ou impossibilidade material deve ser absolutamente excepcional sob pena da Carta Magna transformar-se num simples monte de folhas de papel. À vista disso, deve-se acrescentar que a não efetividade de qualquer direito social não pode, pura e simplesmente, ser justificada ou explicada na falta de recursos.

A gestão dos recursos públicos, todavia, não deve ser orçada e programada somente segundo os critérios e prioridades da administração. Necessário se faz sua conexão com os princípios e critérios, fixados na Constituição, no que tange à efetividade dos direitos fundamentais sociais, com vista à inclusão, felicidade e bem estar de todos os destinatários do direito.

Sobre esse tema, Sarlet (2007, p. 379) tem o seguinte entendimento:

Como dá conta a problemática posta pelo “custo dos direitos”, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível” (que, consoante já

visto, não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais) a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.

A reserva do possível, portanto, procura estabelecer os fenômenos e as limitações dos recursos disponíveis e as necessidades a serem supridas, sendo estas, geralmente, de maior monta financeira, o que leva à estratégia de aplicar os recursos em atividades essenciais.

(B) O mínimo existencial: Também, emprestando da dogmática constitucional alemã, o “mínimo existencial” ou “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, resume o “reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna” (SARLET, 2007, p. 440-441). Não se esquecendo que o mínimo existencial compreende um conjunto de itens materiais necessários dentro dos direitos sociais e indispensáveis para uma vida com dignidade. Neste sentido, Barcellos (2002, p. 248) diz que “o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, compreende uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simetria”.

Também conhecido por “núcleo vital”, o mínimo existencial tem a ver com aquelas condições necessárias para uma vida sem sofrimentos, segura e com liberdade. Daí inferir-se que o mínimo existencial representa atender um conjunto de direitos fundamentais prioritários, com um mínimo de custos, sem afetar ou lesar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim compreendido, pode-se definir, ainda, o mínimo existencial como conjunto de requisitos e elementos fundamentais, proporcionados pelo Estado, para uma vida livre, segura e sem privações ou sofrimentos.

Sobre o tema, acrescenta BARCELLOS (2002, p. 246) que:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos.

Convém ressaltar que não há um consenso na doutrina sobre os itens que devem compor o chamado mínimo existencial, visto que cada sociedade apresenta ou carece de um conjunto diferenciado de necessidades e anseios. Assim é que Barcellos (2002, p. 305), em conclusão, apresenta “uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

Contrastando a proposta acima com os direitos fica um déficit a prestacionar de considerável monta.

Diante do exposto, em o Estado assegurando mínimo existencial na forma proposta, o que parece também não fazer, estar-se-ia diante de um novo quadro, possivelmente, com um novo alento para a própria pessoa encetar por iniciativa própria as demais condições para obter outros recursos e valores.

Outro caminho ou proposta de mínimo existencial, talvez, resida na possibilidade de o Estado garantir trabalho com salário digno e uma boa educação intelectual, moral e biológica. Acredita-se que, desta forma, o indivíduo, por si, conseguirá obter os demais direitos e elementos necessários a uma vida com dignidade. Vale apontar o que diz Barcellos (2002, p. 246) que “o mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.

Do exposto, até aqui, deduz-se que em se considerando o catálogo de direitos fundamentais sociais, inseridos na Constituição Federal, tem-se que:

(A) Há um conjunto de direitos fundamentais sociais implantados, com efeitos imediatos e com grau de concretude aceitável;

(B) Há um conjunto de direitos fundamentais sociais parcialmente implantados;

(C) Há um conjunto de tais direitos fundamentais não implantados com efeitos diferidos para um futuro não planejado, dependendo de intervenção estatal para sua efetiva concreção.

Para a aplicação do “mínimo existencial”, necessário se faz estabelecer as condições materiais mínimas para uma vida com dignidade. É uma tarefa hercúlea, porém factível, desde que realizada por técnicos e instituições gabaritadas. Neste sentido, Barcellos (2002, p.246) acrescenta que “ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos”.

3.5 A transposição para a programaticidade dos direitos fundamentais sociais não concretizados

Ao que parece, muitos são os impedimentos para a concretude dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Além de ser uma nação jovem e, ainda, em construção⁴², o país apresenta problemas crônicos de matizes diversas, tais como ineficiência da máquina pública, escassez e má gestão dos recursos, entre outros.

Segundo o idioma pátrio, o termo transposição significa colocar algo em lugar diverso daquele em que estava ou devia estar. Já, o vocábulo programaticidade diz respeito à qualidade do que é programático, ou seja, do que é possível de se realizar por partes, conforme um plano ou projeto. A ideia, portanto, é acabar com o déficit dos direitos fundamentais sociais não concretizados, tirando-os do campo jurídico e levando-os para o administrativo ou gerencial, para saldá-lo de vez, mediante uma implementação programada, dentro de um horizonte temporal.

3.5.1 Da interpretação do art. 5, §1, da Constituição Federal

Conforme já comentado anteriormente, o art. 5º, §1º, da Constituição Federal, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Vale lembrar que o referido dispositivo abrange os direitos sociais, compreendidos nos art. 6º a 11 do Texto Maior. Contudo, no que diz respeito à aplicabilidade do referido dispositivo, em relação aos direitos fundamentais prestacionais, parece que não há um consenso na doutrina.

Sobre essa matéria, Silva (2009, p. 165) esclarece que:

[...] a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior à aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicação imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

⁴² Com pouco mais de 200 anos, o país começou praticamente sua existência com a chegada da corte portuguesa, em 1808, que aqui se instalou por conta da fuga ao Bloqueio Continental decretado pelo imperador de França, Napoleão Bonaparte, como estratégia comercial para arruinar as finanças da Inglaterra. Com isto, o Brasil, mais precisamente o Rio de Janeiro, passou a ser a nova sede do Império português.

Sobre da dúvida que paira sobre a aplicação imediata dos direitos sociais, o autor encerra a questão ao afirmar os referidos direitos:

[...] são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições oferecem condições para seu atendimento [...] em o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferido ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições vigentes (Id.).

Ainda, em se reportando a tais normas, em obra de sua autoria, Silva (2002, p. 465) acrescenta que:

Sua existência só por si, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficiência plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, **de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação.** (grifo nosso)

Sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais, o Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, Relator da ADPF⁴³ 45 MC/DF, em 29 de abril de 2004, externou que:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Na mesma esteira de entendimento, Barcellos (2002, p. 244) acrescenta que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar pelo Estado”.

Interessante se faz, ainda, acrescentar que o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966 foi promulgado e entrou em vigência no Brasil em 19/04/1992. Seu art. 2^a; §1^o, dispõe que:

Cada um dos Estados Partes do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação

⁴³ Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Deduz-se, pelos termos do mencionado dispositivo, que a aplicabilidade dos direitos sociais deve, em função dos recursos e capacidade tecnológica do país, apresentar uma **realização progressiva**, o que, por sua vez, assegura para tais direitos uma programaticidade de sua efetividade.

Vale ainda ressaltar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, e que adentrou no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, no artigo 26, contém dispositivo análogo ao do Pacto das Nações Unidas.

Ante o exposto, a discussão de quais direitos sociais, contidos nos art. 1º a 11, da Constituição Federal, são de aplicação imediata torna-se secundária, na medida em que tais normas serão aplicáveis de imediato sempre que existam condições para tal. Porém, diante de situações concretas, o Poder Judiciário não pode deixar de determinar sua aplicação (SILVA, 2009, p. 165). Saliente-se, ainda, que o Estado, sob nenhum impedimento ou pretexto, poderá deixar de garantir as condições mínimas de existência humana a nenhuma pessoa. É a garantia do “mínimo existencial”, padrão mínimo de aplicação imediata das prestações sociais com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana.

3.5.2 Planejamento estratégico e efetividade dos direitos fundamentais sociais

3.5.2.1 Considerações gerais

Em face da importância dos direitos fundamentais sociais, bem como de sua aplicabilidade imediata imposta pela Constituição, também da escassez de recursos e de orçamento para sua implementação, uma questão que se levanta, do ponto de vista administrativo e gerencial, é como priorizar, planejar e organizar a elaboração de um plano para sua implementação. De pronto, duas questões são fundamentais: quem fará e quem implementará o plano para “zerar” o déficit na prestação dos direitos fundamentais sociais.

Sempre é bom lembrar que se os recursos são parcos diante de um volume grande de direitos sociais fundamentais a serem efetivados, o expediente recomendável é que a ação estatal seja planejada para que os objetivos sejam alcançados e os recursos disponibilizados.

Dentro desse quadro, infere-se que a política pública requeira um conjunto de decisões e ações estratégicas para que os objetivos sejam alcançados num horizonte temporal, conforme já foi ventilado, diante de um déficit extraordinário. Nesse sentido, Comparato (1997, p. 18) assevera que *"as políticas públicas são programas de ação governamental"*.

Sabe-se que o planejamento estratégico é uma metodologia criada pelos norte-americanos, de longo prazo, com vistas a estabelecer a direção a ser seguida pela organização num determinado período. Para tal, a interação entre o ambiente interno e externo da instituição torna-se essencial.

Um aspecto fundamental da adoção do planejamento estratégico é que ele deve ser elaborado para um período que compreenda diversos mandatos presidenciais (20 anos é a proposta). Portanto, sua elaboração não deve ficar a cargo de um determinado Presidente da República, já que esse se candidata sabendo que ao ser eleito lhe caberá implantar o plano no seu período de governo e, inclusive, será avaliado por isso, podendo ser ou não reeleito em decorrência do seu cumprimento. A elaboração do planejamento será feita por um órgão estratégico de Estado e sua aprovação dar-se-á pelo Congresso Nacional, para o Executivo implantar.

3.5.2.2 O planejamento estratégico como ferramenta

Segundo Ferreira (1975, p. 586), “estratégia” é a “arte de aplicar os meios disponíveis com vistas à consecução de objetivos específicos”. Etimologicamente, parece que o termo tem sua origem no grego “stretegia”, o qual significa ofício ou comando de um general. Já a expressão “planejamento estratégico” tem-se que foi inspirada na arte da guerra, sobretudo, na obra escrita por Sun Tzu, “A arte da guerra” (tratado militar escrito pelo referido autor, estrategista militar, que viveu na China durante o século IV a.C.).

Quando se fala em “planejamento estratégico”, a impressão que se passa é que se trata de uma ferramenta de uso quase que exclusivo pela iniciativa privada, uma vez que é bastante difícil falar em competição ou guerra no seio da administração pública. Neste sentido, Maximiano (2008, p. 133) esclarece que o “planejamento estratégico é processo de estruturar e esclarecer os cursos de ação da empresa e os objetivos que deve alcançar”. O autor, ainda, acrescenta que:

A ideia de uma estratégia está presente em qualquer situação que envolva a definição de objetivos e a escolha dos meios para realizá-los. Por exemplo: estratégia de combate de uma epidemia, estratégia de ensino de curso e

estratégia de governo. A estratégia é usada por todas as organizações, lucrativas ou não, com ou sem concorrência.

Vê-se, portanto, que o planejamento estratégico é instrumento de gerenciamento de execução e gerenciamento administrativo de resultados aplicável tanto na iniciativa privada como, também, na implementação e gerenciamentos de políticas públicas.

A expressão “planejamento estratégico” envolve, em sua formação, dois vocábulos: o substantivo “planejamento” (ato ou efeito de planejar) e o adjetivo “estratégico” (relativo à estratégia). Assim, vale a pena ver os seus entornos conceituais, bem como complementar com outras ferramentas e acessórios, que consubstanciam o seu uso administrativo.

a) Planejamento: A função administrativa de “planejar” implica na fixação e especificação de objetivos a serem alcançados em determinado empreendimento, assim como a previsão é o delineamento das ações e intervenções a serem implementadas, para que os objetivos fixados sejam alcançados. Pode-se dizer, de uma maneira bem simples, que o planejamento é a função administrativa pela qual se define um futuro desejado, da mesma forma que os meios e recursos para alcançá-los nada mais é do que o exercício de prever e antecipar resultados.

Bateman e Snell (1998, p. 28) entendem que:

Planejar é especificar os objetivos a serem atingidos e decidir antecipadamente as ações apropriadas que devem ser executadas para atingir esses objetivos. As atividades de planejamento incluem análise da situação atual, antecipação do futuro, a determinação de objetivos, a decisão sobre em que tipos de atividades a organização deverá se engajar, a escolha de estratégias corporativas e de negócios, e a determinação dos recursos necessários para atingir as metas da organização.

O planejamento tem como grande vantagem reduzir as incertezas, preparar e adequar a organização para corrigir as falhas e deficiências do presente e enfrentar o futuro em termos de desafios, oportunidades e ameaças. Neste sentido, Maximiano (2008, p. 113-114) acrescenta que planejar é “pensar e agir em relação ao futuro é a essência do processo de planejamento e tomar decisões sobre o futuro”.

b) Estratégia: Possivelmente, o termo “estratégia” seja o mais, ou um dos mais utilizados pela sociedade moderna, em função, exatamente, do seu papel na conectividade entre estratégia e objetivo, bem como da relação da organização e meio no qual a mesma está inserida. Lembrando que a estratégia tem a ver com a aplicação e seleção de meios para se alcançar determinados objetivos ou resultados. Para Maximiano (2008, p. 113), “estratégia é o

caminho para chegar a um objetivo”. No dizer do autor, é o processo que conduz a organização de uma situação “existente” para uma situação “desejada” ou planejada.

Ainda, segundo o autor citado, a “estratégia empresarial é o curso de ação que uma empresa adotar para assegurar seus objetivos de desempenho – como de sobrevivência, tamanho que pretende alcançar [...]” (2008, p. 134).

Para Bateman e Snill (1998, p. 530), estratégia é “o padrão de ações e de alocações de recursos projetadas para atingir os resultados da organização”.

c) Planejamento estratégico: De acordo com Maximiano (2008, p. 134-35), o “planejamento estratégico é um processo de organizar as ideias a respeito do futuro. [...] é o processo de estruturar e esclarecer os cursos de ação da empresa e os objetivos que deseja alcançar”. Bateman e Snill (1998, p. 535) entendem que o planejamento estratégico é o “conjunto de procedimentos para tomada de decisão sobre os objetivos e as estratégias da empresa a longo prazo”.

Para Kotler (1994, p. 69):

O planejamento estratégico e seu conjunto de conceitos e ferramentas especiais emergiram nos anos 70, como resultado de uma sucessão de ondas de choque – crise de energia, inflação de dois dígitos, estagnação econômica, concorrência japonesa vitoriosa e fim da reserva de mercado em setores industriais-chave – que golpearam a indústria americana. As empresas americanas não podiam mais confiar em simples projeções de crescimento para planejar sua produção, vendas e lucros. O planejamento convencional de longo prazo precisava ser convertido em planejamento estratégico.

É importante realçar que o tema, academicamente, suscitou várias escolas de “planejamento estratégico”, cada uma focando aspectos e pensamentos diferenciados sobre a formulação de estratégias. Como o objetivo, aqui, é apresentar o planejamento estratégico como um encaminhamento de solução para a questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais, ainda, num plano teórico, dispensar-se-á toda e qualquer discussão acerca dessas escolas, fixando-se mais nos aspectos conceituais para efeito de compreensão da matéria propriamente dita.

O planejamento estratégico, em se relacionando com a iniciativa privada, envolve três ideias-chave, quais sejam: a) os negócios da empresa devem ser administrados como um *portfolio*⁴⁴ de investimentos, com vistas a decidir os negócios a serem priorizados, descontinuados ou eliminados. Cada negócio tem um potencial diferente de retorno, o que

⁴⁴ O termo portfólio equivale aqui à ideia de catálogo de serviços, produtos, etc., quando usado pelos constitucionalistas refere-se ao conjunto dos direitos constitucionais.

orientará a alocação de recursos; b) avaliação do potencial de lucro futuro de cada negócio; c) para cada negócio, desenvolve-se um plano específico (KOTLER, p.69-70, 1994).

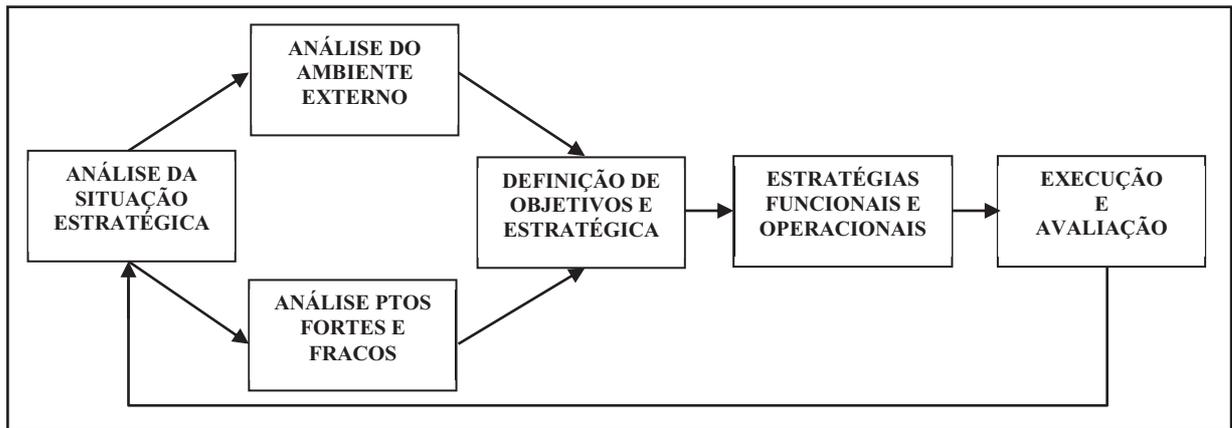
Por inferência, as ideias acima, citadas por Kotler, podem ser aplicadas para órgãos governamentais, adaptando-as conforme o seguinte: a) A efetividade dos direitos sociais deve ser administrada como um *portfolio* de aplicação de recursos, com vistas a decidir os direitos a serem priorizados; b) Cada direito social não efetivado tem um potencial e impacto sobre a dignidade da pessoa humana, o que orientará a escala de implementação dentro de um horizonte de planejamento; c) Para cada direito social, desenvolver-se-á um plano específico.

d) Uma visão sistêmica do planejamento estratégico: Sabe-se que todo o processo de planejamento estratégico é de longo prazo e é elaborado com base em um conjunto de análises e decisões. Por outro lado, vale salientar que o tema é apresentado, na presente dissertação, como uma proposta de estratégia viabilizadora para a efetividade e concretude dos chamados direitos fundamentais sociais. Contudo, tem que se considerar que a referida modalidade de planejamento é o primeiro passo de um processo maior, uma vez que o planejamento global envolve duas outras modalidades: um planejamento tático e, por último, um planejamento operacional.

Deve-se observar que o planejamento estratégico é voltado para o longo prazo e tem por fim a eficácia da organização, definindo o porquê do objeto planejado, bem como os resultados e objetivos a serem alcançados.

Segundo Maximiano (2008, p. 136), um processo sistemático de planejamento estratégico é uma sequência de análises e decisões que compreende os seguintes componentes principais (Quadro 12):

- a) Análise da situação estratégica presente na organização (onde está? Como está?).
- b) Análise ambiente (Quais são as ameaças e oportunidades do ambiente?).
- c) Análise interna (Quais são os pontos fortes e fracos do sistema interno da organização?).
- d) Definição do plano estratégico (Para onde se deve ir? O que fazer para chegar até lá?).



Quadro 9 – Processo de planejamento estratégico

Fonte: Maximiano (2008, p. 136)

Grosso modo, valendo-se das considerações efetuadas, pode-se, então, formatar um “plano estratégico”, com os seguintes elementos: a) Missão e objetivos da organização; b) Análise ambiental: compreendendo a análise e consideração de oportunidades, ameaças, restrições e contingências; c) Análise organizacional em termos de: análise organizacional; pontos fortes e pontos fracos; recursos disponíveis e habilidades; d) alternativas e estratégias.

Contudo, a questão é que toda a abordagem, feita até aqui, sobre o planejamento estratégico tem a ver com entes da iniciativa privada, o que suscita questionamentos, como: a) Cabe tais conceitos para os órgãos da administração pública?; b) Há diferenças na elaboração e implementação do planejamento estratégico entre empresas privadas e órgãos públicos?

Embora ambos os órgãos, na elaboração de um planejamento, tenham que passar pelos mesmos passos, como: a) Missão e objetivos da organização; b) Análise ambiental; c) Análise organizacional; d) Alternativas e estratégias, etc., no entanto, não tem como negar as diferenças peculiares dos órgãos da iniciativa privada e dos órgãos da administração pública, o que imprime diferenças na elaboração, implementação e controle de ambos os planos estratégicos.

e) Planejamento estratégico em organizações públicas: Wright, Kroll e Parnell classificam as organizações em: a) organização empresarial (visa o lucro); b) organização sem fins lucrativos; c) organização pública, as quais possuem diferenças de organização, custeio e de formação jurídica, como se pode observar no Quadro 13, abaixo (2000, p. 397):

	Organização empresarial	Organização sem fins lucrativos	Organização pública
Propriedade	Privada	Privada	Pública
Custeio	Vendas de produtos e serviços	Contribuição de sócios, de fontes públicas e/ou privadas, vendas de produtos e serviços.	Impostos e taxas de usuário
Tipos	Único dono, sociedade, empresa.	Educacionais, filantrópicas, serviço social, serviço de saúde, fundações, culturais e religiosas.	Governo federal, estadual e municipal.

Quadro 10 – Modelos de organizações (Fonte: WRIGHT, KROLL e PARNELL).

Interessante ressaltar que do ponto de vista de administração estratégica, todas as organizações, sejam elas do tipo empresarial, sem fins lucrativos ou mesmo pública, precisam de missões, objetivos gerais, específicos bem delineados, bem como de estratégias para alcançarem seus objetivos e garantir a subsistência. Segundo os autores mencionados, estratégia refere-se aos planos da alta administração para alcançar resultados com a missão e os objetivos gerais da organização. Ainda, na concepção dos mesmos (2000, p. 24):

Pode-se encarar estratégia de três pontos de vantagem: (1) a formulação da estratégia (desenvolvimento da estratégia); (2) implantação da estratégia (colocar a estratégia em ação); e (3) controle estratégico (modificar a estratégia, ou sua implementação, para assegurar que os resultados sejam alcançados).

No que tange ao que se chama de administração estratégica, no entendimento dos autores, sua finalidade é criar riqueza para os proprietários ou acionistas, em se tratando de organização empresarial. Para as sociedades sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades, preconizadas em sua finalidade e, no caso específico de organizações públicas, os bens e serviços fundamentais e necessários a uma vida com dignidade.

Tem-se, ainda, que “os princípios da administração estratégica aplicam igualmente a empresas com fins lucrativos e a organizações sem fins lucrativos” (WRIGHT, KROLL E PARNELL, 2000, p. 418).

Posta assim a questão, deve-se dizer que para uma organização pública sem fins lucrativos, é fundamental que tenha missão, planejamento, estratégia e objetivos gerais muito bem definidos e delineados para obter sucesso e cumprir com suas funções sociais. Neste sentido, os autores afirmam que:

Estas instituições, tanto quanto as empresas, devem analisar suas oportunidades e restrições ambientais e formular missões e objetivos gerais que lhes permitam satisfazer as necessidades de algum segmento da

sociedade. Devem, então, desenvolver uma estratégia que relacione seus pontos fortes e fracos de forma apropriada ao seu ambiente e lhes permitir criar uma competência distintiva em seu campo de atuação. Para implementar sua estratégia, elas devem criar uma estrutura organizacional que lhes possibilite lidar com suas exigências ambientais e uma cultura que aumenta sua eficácia organizacional. Culturas e sistemas de remuneração com muitas restrições devem ser alterados para melhorar a eficiência da organização, bem como sua eficácia a longo prazo. (Ibid)

f) Organizações e instituições: Com a inserção desse tema no presente trabalho, pretende-se atribuir à efetividade ou concretude dos direitos fundamentais sociais a característica de necessidade humana, uma vez que, para seu atendimento, faz-se necessário pessoas especializadas a fim de que sua implementação seja possível no âmbito da nação brasileira. A essa especialização ou processo social, os antropólogos chamam de “institucionalização”. Aos órgãos ou unidades administrativas, especializadas e incumbidas das diversas atividades, denominam-se “organizações”.

Segundo Robbins, Judge e Sobral (2010, p. 506), a **institucionalização** ocorre “Quando uma organização passa por uma **institucionalização** e se torna *institucionalizada* – ou seja, quando passa a ser valorizada por si só e não pelos bens e serviços que produz -, ela adquire vida própria, distante de seus fundadores ou membros”. (grifo nosso)

Os mesmos autores acima mencionados definem organização como: “Unidade social conscientemente coordenada, composta de duas ou mais pessoas, que funciona de maneira relativamente contínua para atingir um objetivo comum” (p. 3).

Para Bernardes (1993, p. 14), “A **instituição** caracteriza-se por ter: 1. uma **função** que é de atender a certa necessidade social básica; 2. uma **estrutura** formada por pessoa que possui um conjunto de: - crenças, valores e comportamentos comuns; - relações de acordo com normas e procedimentos”. (grifo nosso)

O citado autor, contrastando conceitos, diz, ainda, que:

Organização é uma associação de pessoas caracterizada por: 1. ter a **função** de produzir bens, prestar serviços à sociedade e atender necessidades de seus próprios participantes; 2. possuir uma estrutura formada por pessoas que se relacionam colaborando e dividindo o trabalho para transformar insumos em bens e serviços; 3. ser perene no tempo” (BERNARDES, 1993, p. 17).

Colocada dessa forma, a organização é o meio pelo qual se reúnem ou aglutinam-se um somatório de forças ou energias humanas, visando determinado resultado ou finalidade social. Neste sentido, Selznick (1972, p. 5) diz que:

O fator mais óbvio e surpreendente de uma organização administrativa é seu sistema formal de regras e objetivos. Aqui, tarefas, poderes e normas de procedimento são estabelecidos de acordo com algum critério oficialmente aprovado. Este critério implica em anunciar a maneira pela qual o trabalho da organização deve ser levado a efeito, quer diga respeito à produção de aço, à conquista de votos dos eleitores, ao ensino das crianças ou à salvação das almas.

O autor diz também que a organização assim delineada é um instrumento técnico para a mobilização das energias humanas, visando uma finalidade já estabelecida. Uma organização é um grupo de seres vivos.

Quando uma organização adquire uma identidade própria, distinta torna-se uma instituição. Isso envolve a tomada de valores, maneira de agir e acreditar que são sumamente importantes para sua própria salvaguarda. Esse autor, ainda, faz um resumo acerca de ambas as terminologias, acrescentando que:

[...] organizações são instrumentos técnicos, planejados como meio para finalidades definidas. São julgadas como projetos; são percíveis. Instituições, tanto concebidas como grupos ou práticas, podem ser parcialmente planejadas, mas possuem também uma dimensão natural. São produtos de interação e adaptações; tornam-se os receptáculos do idealismo de um grupo e são menos percíveis (IBID, p. 5-7).

Sabe-se, todavia, que “organizações transformam-se em instituições ao serem infundidas de valor, isto é, avaliadas não como simples instrumentos, mas como fonte de gratificação pessoal, direta e veículo de integridade de um grupo. Essa infusão produz uma identidade distinta para a organização” (SELZNICK, 1972 p. 5-7).

Convém esclarecer que a introdução dos conceitos tem como objetivo fazer ver que a efetividade dos direitos fundamentais sociais passa pela estratégia de institucionalização da função e de um processo de atendimento e estabelecimento de uma estrutura voltada para tal fim. Ante o exposto, o referido receituário é o caminho para a efetividade dos direitos fundamentais sociais e, por consequência, o projeto de solução para reduzir a pobreza, a criminalidade e promover a inclusão social.

3.6. Estratégia global de implementação

Em consonância com os apontamentos anteriores, em sede de concepção, pode-se falar numa estratégia ampla de implementação e efetividade dos direitos fundamentais sociais, uma vez que o vive num Estado de direito constitucional. Neste sentido, tem-se que:

[...] a ação do Poder Público está subordinada, isto é, juridicamente vinculada, aos termos da Constituição Federal. Isso não quer dizer que as iniciativas e os atos das autoridade já estejam inteiramente predeterminados pela Carta, mas certamente significa que tudo o que a Constituição dispõe haverá de ser cumprido e respeitado pelos poderes constituintes (BARCELLOS, 2002, p. 240).

Em respeito a tais postulados, abordar-se-á, aqui, uma proposta de encaminhamento de solução, fundada num critério de essencialidade e/ou prioridade dos referidos direitos em relação à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, tendo como baliza de referência os dois seguintes princípios constitucionais:

a) Art. 5, §1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**”. (grifo nosso)

b) Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (ONU) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Ambos os tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, dispõem que a aplicabilidade dos direitos sociais deve, em função dos recursos e capacidade tecnológica do país, apresentar uma **realização progressiva**. (grifo nosso)

Em função do exposto, pode-se caminhar para uma proposta de encaminhamento de solução em três níveis, a saber:

a) **Jurídico**: este se dá na iminência ou ocorrência de grave lesão de um direito fundamental social ou da dignidade humana. Nesse caso, o ofendido ou lesado provoca o Poder Judiciário com o fito de ver atendida a sua pretensão. Neste sentido, Barcellos (2002, p. 230-231) afiança que:

[...] não se justificam a divulgada impossibilidade de atribuir-se de qualquer eficácia positiva ou simétrica às normas pertinentes à dignidade em seu aspecto material, de modo que é possível reconhecer ao judiciário a legitimidade de sindicarem algum efeito mediante provocação dos interessados.

Ainda, sobre o tema, o autor citado acrescenta que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado” (BARCELLOS, 2002, p. 245).

Conforme já aludido, esse expediente dá-se com os institutos já apontados da judicialização ou ativismo judicial. A utilização destes dar-se-á com fundamento no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, uma vez que os casos prementes têm encontrado respaldo nos Tribunais pátrios.

b) **Mínimo existencial** – necessário se faz uma estratégia governamental para prover os casos de miséria extrema e exclusão social, até que se consiga a aplicabilidade integral dos direitos fundamentais sociais.

Ressalte-se, aqui, que a Constituição Federal, de certa forma, define as metas prioritárias, bem como os objetivos fundamentais da República. Assim, a própria Carta fixa os gastos públicos. Uma vez que os recursos financeiros são finitos e decorrentes de um processo de arrecadação, em ocorrendo um déficit entre a previsão de arrecadação e os objetivos constitucionais, deve o Estado estabelecer as suas prioridades.

O instituto do “mínimo existencial” ocorre quando o Estado vê-se na iminência de reduzir o orçamento para efetivar ou aplicar os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição.

A meta central da Carta de 1988 é de assegurar o bem-estar do homem e as condições de sua própria dignidade humana, garantindo-lhe as condições materiais mínimas de existência. Ao apurar, portanto, as referidas condições, na verdade está se estabelecendo o chamado mínimo existencial (BARCELLOS, 2002, p. 246).

c) **Programaticidade para aplicabilidade de todos os direitos fundamentais sociais** – em face das dificuldades financeiras e de orçamento para a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais sociais, necessário se faz um pacto social para efetivá-los num interregno temporal. Sugere-se uma aplicabilidade progressiva e total em até 20 anos, findo os quais, o Brasil sanaria o déficit dos referidos direitos. Para tal, utilizar-se-á o instrumental do “planejamento estratégico” e uma “estratégia organizacional”, colocando a sua feitura junto à Secretaria de Negócios Estratégicos (SEN), a qual coordenará a elaboração do Plano Estratégico de Direitos Fundamentais de Longo Prazo. A Secretária de Direitos Humanos incumbir-se-á da implantação dos Direitos Fundamentais Sociais junto aos respectivos Ministérios, mediante a criação de um órgão de elaboração, implantação e acompanhamento em cada Ministério.

3.7. Anotações e considerações finais

Como instrumento de inclusão social, a Carta Magna, por meio do seu artigo 6º, estabelece um catálogo de direitos fundamentais sociais, cujo artigo 5º, §1º, define que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Por outro lado, o déficit na efetividade dos direitos fundamentais sociais contribui para que um contingente grande de brasileiros viva excluído socialmente, em estado de miséria, sem educação, emprego, moradia, sem dignidade e no mundo da criminalidade.

Quando um indivíduo excluído, socialmente sem os bens e os serviços públicos necessários, pratica um crime como meio de subsistência, em ocorrendo um nexo de causalidade, a culpa é dividida entre o agente e o Estado, sendo pena reduzida ou até abolida, em face do Estado ser omissor e não ter fundamento para punir aquele a quem ele abandonou. O nexo de causalidade, também, poderá implicar na responsabilidade civil do Estado.

Com o presente capítulo, almejou-se apresentar uma proposta de encaminhamentos constitucionais de solução, fundamentada em três processos distintos, porém objetivando o mesmo fim: jurídico, mínimo existencial e programaticidade dos direitos fundamentais sociais não concretizados, utilizando-se, para tal, do recurso do “planejamento estratégico”.

Sugere-se, portanto, como meta final o emprego das estratégias propostas, ou melhor, aplicação e efetividade dos direitos fundamentais sociais como meio para reduzir, ao mínimo, a exclusão social e a criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se, com a presente pesquisa, investigar a presença e a amplitude do princípio da “co-culpabilidade” no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como referencial ou perspectiva os chamados direitos fundamentais sociais, os quais se constituem de prestações positivas com vistas à melhoria das condições de vida e existência de todos os membros da sociedade, já que a não efetividade desses direitos implica em sofrimento e vida sem dignidade humana.

Em decorrência disso, toda a investigação foi encetada no afã de colher dados, informações e asserções, objetivando responder as seguintes indagações, conforme apresentado, além de outras:

a) Há no ordenamento jurídico pátrio elementos que fundamentem a efetiva aplicação do princípio da “co-culpabilidade”?

b) Tem o Estado brasileiro se utilizado do referido instituto como elemento contributivo para definir uma política criminal de justiça social?

c) O Direito Penal brasileiro tem decisões, medidas e ações condizentes com o princípio da co-culpabilidade?

d) O Direito brasileiro reconhece algum grau de responsabilidade do Estado e da sociedade nos delitos cometidos por indivíduos excluídos do processo de inserção social, na conformidade com a perspectiva dos Direitos Fundamentais?

Sabe-se que o homem nasce absolutamente desprovido de conhecimento, habilidade, princípios e valores. Assim, para o homem viver em sociedade, necessita de um conjunto de bens e serviços como: a) moradia, vestuário, segurança, trabalho, transporte, educação, recreação, alimentos, água e saúde, etc. Ele dispõe das seguintes formas de satisfazer ou atender suas necessidades em sociedade: a) autoprodução; b) troca ou permuta; c) súplica ou mendicância; d) coerção (implicando esta em prática de conduta criminosa).

Há uma relação entre esses direitos com pobreza e criminalidade, o que induz que a não prestação, por parte do Estado, dos direitos fundamentais sociais leva uma parcela da população a uma vida de pobreza, miséria e criminalidade, uma vez que o estado de carência faz com que o homem se utilize da coerção para a obtenção de meios que atendam suas necessidades existenciais básicas.

Ocorre que em muitos delitos, o agente, diante das circunstâncias, age com uma capacidade de decisão ou autodeterminação limitada por fatores não condicionantes ou externos ao seu campo momentâneo de percepção. Neste caso, se a infração penal envolver

elementos e carências sociais, pelo princípio da “co-culpabilidade”, a responsabilidade penal deve ser partilhada entre o indivíduo e o Estado, uma vez que o agente não recebeu do Estado as devidas prestações relativas aos direitos fundamentais.

O princípio da co-culpabilidade encontra fundamentos em princípios explícitos na Constituição Federal, principalmente se o contrastar com os princípios da igualdade, dignidade humana e individualização da pena, entre outros.

Pode-se afirmar que o somatório do conteúdo do art. 187, §1º, da Lei nº 10.792, de 01.12.03, juntamente com as disposições dos art. 59 e 66 do Código Penal formam um elenco de argumentos suficientes para fundamentar a presença do Princípio implícito da co-culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Por não se encontrar direta e claramente disposto na legislação, o “princípio da co-culpabilidade”, ainda, suscita discussões e desencontros em termos de aplicação do direito. Assim é que, recentemente, em sede de segunda instância, ocorreu a negativa de provimento de um recurso ante o fundamento, entre outros, de que: “Conforme remansosa jurisprudência, a Teoria da Co-culpabilidade não é aceita pela doutrina penal brasileira, uma vez que a falta de oportunidade não autoriza o cidadão a cometer crimes nem os justifica”.

Há, pelos menos, quatro possibilidades de instrumentalização e inserção no ordenamento. São hipóteses que o legislador pátrio poderia utilizar para modificar o Código Penal, quais sejam:

a) Como circunstância judicial no artigo 59 do Código Penal: esse artigo, como está hoje grafado, não é suficiente para acobertar o princípio da co-culpabilidade. Deve-se adotar a redação dada pelo Projeto de Lei nº 3473/2000, em tramitação no Congresso Nacional, cuja redação expressa que:

O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena.

Há a impossibilidade de sua aplicação, no caso de pena base, fixada no mínimo legal, o que inviabiliza a plena aplicação do citado princípio, uma vez que a pena não pode ser inferior ao mínimo.

b) Como atenuante genérica no artigo 65 do Código Penal: nesta hipótese, incluindo-se uma alínea, no inciso III do referido artigo do Código Penal, contendo a co-culpabilidade como atenuante genérica.

c) Inclusão de causa de redução de pena: essa hipótese de introdução do princípio da co-culpabilidade no ordenamento, acrescentando-se um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, que se o agente estiver submetido a um estado de hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3).

d) Como causa exclusão da culpabilidade: as causas de exclusão da culpabilidade são previstas na lei e ocorrem sempre quando há a ausência de um de seus elementos constitutivos.

A ausência de prestação dos direitos fundamentais sociais provoca sérios reflexos na vida do indivíduo, podendo resultar carências, necessidades e sofrimentos, fazendo com que a pessoa, para satisfazer ou manter a vida, cometa atos de desatinos, como coerção, violência, etc.

A implementação dos direitos sociais envolve a conduta positiva do Estado por meio de uma prestação fática, visando uma igualdade material, para que as pessoas tenham condições de sobrevivência e vida com dignidade. Essas prestações decorrem de políticas públicas voltadas para a solução dos problemas da sociedade. A Constituição Federal garante a aplicação de imediata e obrigatória dos direitos fundamentais sociais. Não pode, portanto, tais direitos submeterem-se ao poder discricionário do Estado, não pode o administrador público escolher o que lhe convier ou fundar-se exclusivamente no critério da oportunidade e conveniência.

A verdade, todavia, é que a efetiva implementação das políticas públicas relativas à efetivação dos direitos fundamentais sociais são inviabilizadas pela escassez ou inexistência de recursos no Tesouro Nacional, ou mesmo por falta de dotação orçamentária. Neste caso, a doutrina entende que os recursos sejam aplicados nos fins considerados essenciais. Entretanto, se os recursos são limitados, cabe ao administrador público aplicá-los com racionalidade, elegendo prioridades e definindo as áreas essenciais, tomando como balizamento a Constituição Federal, tendo como fim o menor impacto e dano à sociedade.

São muitos os obstáculos para a concretude dos direitos fundamentais sociais no Brasil, uma vez que o país apresenta problemas crônicos de matizes diversos, tais como a ineficiência da máquina pública, a escassez e má gestão dos recursos, entre outros.

Como proposta de encaminhamento de solução, tem-se:

a) Formalizar uma organização para operacionalizar e implementar os direitos fundamentais sociais;

b) Adotar a estratégia da programaticidade ou implementação programada dos direitos sociais, isto é, realizar por partes, dentro de um horizonte temporal;

c) Adoção do planejamento estratégico para a efetividade dos direitos fundamentais;

d) Institucionalização dos direitos fundamentais sociais: institucionalização ocorre quando uma organização se torna *institucionalizada* – ou seja, quando passa a ser valorizada, quando adquire vida própria independente de pessoas.

Com o emprego das estratégias sugeridas, acredita-se ser possível atingir a meta final cujo objetivo é a aplicação e efetividade dos direitos fundamentais sociais como meio para reduzir, ao mínimo, a exclusão social e a criminalidade. Dessa forma, a co-culpabilidade pode transformar-se em um instrumento de política criminal com amplos reflexos nos encarcerados.

Do exposto acima, pode-se responder as indagações relativas aos propósitos da pesquisa, asseverando que:

a) A “co-culpabilidade”, embora mencionada em 1790 por Marat em seus trabalhos, é um instrumento de construção teórica recente e que encontra fundamento nos princípios explícitos da igualdade, dignidade humana e individualização da pena constantes da Constituição Federal.

b) Uma questão que o instituto da “co-culpabilidade” suscita refere-se a sua utilização, no Brasil, como instrumento de política criminal de justiça social. Por política criminal, entende-se a atividade estatal de definir ou estabelecer os bens ou direitos a serem tutelados pelo ordenamento. A justiça social, por sua vez, tem a ver com igualdade de direitos. No caso em tela, a justiça social está associada à ideia de justa distribuição da renda ou riqueza, segundo as necessidades e a capacidade das pessoas, tendo como patamar mínimo a vida com dignidade humana.

A justiça social decorre do equilíbrio entre o econômico e o social. Isto é, quando as situações de desigualdades sociais são equilibradas por meio de proteções sociais aos mais fracos. Quando o juiz aplica a pena, considerando o disposto no § 1^a do artigo 193, do Código de Processo Penal (meios de vida, profissão, falta de oportunidades sociais, etc.), está se dividindo a responsabilidade pelo crime entre o indivíduo e o Estado e aceitando-se a tese da co-culpabilidade como instrumento de política criminal de justiça social.

c) No que tange às decisões, medidas e ações condizentes com o princípio da co-culpabilidade, com o advento da Lei nº 10.792/2003, já mencionada anteriormente, o referido princípio está inserido no ordenamento, porém com reflexos tênues no quantitativo da pena, necessitando de uma maior aproximação com o conceito de política criminal de justiça social.

d) Em consonância com as posições anteriores, o Direito brasileiro efetivamente reconhece certo grau de responsabilidade do Estado e da sociedade nos delitos cometidos por

indivíduos excluídos socialmente na perspectiva dos Direitos Fundamentais. No entanto, ressalte-se que em face de tratar-se de uma construção teórica recente, os reflexos ou quantificação da responsabilidade do Estado decorrem de análise das circunstâncias judiciais, sem se ater no grau ou intensidade de sua responsabilidade, inclusive para uma redução maior da pena e até uma responsabilidade civil por danos causados ao cidadão.

Para sanar esse descompasso, necessário se faz explicitar o princípio da co-culpabilidade como princípio constitucional, instrumentalizar o direito penal com vistas a referenciar as políticas públicas de aplicação dos direitos fundamentais sociais e, com isso, quem sabe, fazer da “co-culpabilidade” um instrumento efetivo de política criminal de justiça social.

REFERÊNCIAS

1. Livros e artigos

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5.ed. ver., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARROYO, Miguel G. Conhecimento, ética, educação e pesquisa. **Revista E-Curriculum**, v.2, n.2, junho de 2007. Disponível em: <http://www.pucsp.br/ecurriculum>. Acesso: 25/03/2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901>. Pdf. Acesso em: 08/10/2010.

BATEMAN, Thomas S.; SNELL, Scott A. Trad. Celso A. Rimoli. **Administração: construindo vantagem competitiva**. São Paulo: Atlas, 1998.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BECKER, Idel. **Pequena história da civilização ocidental**. 2.ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1967.

BERNARDES, Cyro. **Teoria geral da administração: a análise integrada das organizações**. 2.ed. Ver. E ampl. São Paulo: Atlas, 1993.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao direito – Lições de propedêutica jurídica**. 8.ed. São Paulo: Letras & Letras. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral, v. 4. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Uma revisão conceitual da aplicação da pena aquém do mínimo: Uma garantia constitucional**. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/197-artigos-fev-20-8/5904-uma-revisão-constitucional-da-aplicação-da-pena-do-mínino-uma-garantia-constitucional>. Acesso: 21/03/2010. 08,47 h.

_____. Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7.ed. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação**. 5.ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos**. Disponível: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>. Acesso: 20/05/2011.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental**. 3.ed. Porto Alegre: Globo, 1975.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Ed. Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de et.al. **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. V.1. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHILDE, Vere Gordon. **A evolução cultural do homem**. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Brasília: Instituto Tancredo Neves; Alemanha: Fundação Friederich Naumann, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DIMENSTEIN, Gilberto. Quarta-feira de cinzas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 11 fev. 2007. Folha Cotidiano, p. 5.

DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. 10.ed. Trad. de Lourenço Filho. São Paulo, Melhoramentos, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. México, n. 15, p. 118, jul./dic.2006.

_____. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trota, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 9.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1983.

GARÓFALO, Rafael. **La criminologia: naturaliza del crimen y teoria de la penalidade**. Madrid: Daniel Jorro Editor, 1912.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4.ed. Porto Alegre: Artmed. 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. V. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2..ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Fransmar Costa Lima. *São Paulo*: Ed. Martin Claret, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Coleção: Os pensadores, v. 1. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KAHN, Túlio. **Questões atuais em criminologia**. Disponível em: <http://ww.editaisbrasil.com.br/wp-content/uploads/2011/07/apostila-criminologia.pdf>. Acesso: 12/08/2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica do costume**. São Paulo: Editora Tecnoprint, 2001.

_____. **Sobre a pedagogia**. Tradução de Francisco Cock Fontanella. 2ªed. Piracicaba: Editora Unimep, 1999.

_____. **Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita.** Trad. Artur Morão. Disponível em: www.lusosofia.net Acesso: 12/12/2011.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle**, 4.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

KOWARICK, Lúcio. **Sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil Estados Unidos, França e Brasil.** Revista brasileira de ciências sociais. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 69-70, fev,2003. - VOL. 18 N°. 51, fev/2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamago, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Oliveira. **História da civilização.** 10.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1957.

LINHARES, Mônica T.M. Mansur. O direito à educação como direito humano fundamental. **Revista do IESVILLE**, Joinville, v. 1 - n. 2, maio/Jun. 2004.

MAIA, Eline Deccache. **Pobreza, crime e trabalho.** Disponível em: <http://www.senac/BTS/232/boltec232b.htm>. Acesso: 12/9/2010.

MARAT, Jean Paul. **Plano de legislação criminal.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTIN, Hans Peter, SCHUMANN, Harald. **A Armadilha da Globalização: O assalto à democracia e ao bem-estar social.** São Paulo: Globo, 1997.

MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru. **Introdução à Administração.** 7.ed. ver. e ampl. 2. Reimp. – São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito administrativo.** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 1992.

MELO NETO, João Cabral de. **Morte e vida sererina.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007-a.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à lei nº 7.210.** 11.ed. ver. atual. São Paulo: Atlas, 2007-b.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil . 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. Niterói-RJ: Impetus, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31.ed. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Poder e ética na sociedade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** Rio de Janeiro: José Olympio, 1977.

POCHMANN, Márcio; CAMPOS, André (Org.). **Atlas da exclusão social no Brasil**: os ricos no Brasil. v.3. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

POCHMANN, Márcio; AMORIM, Ricardo (Org.). **Atlas da exclusão social no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROBBINS, Stephen; JUDGE, Timothy A; SOBRAL, Felipe. **Comportamento organizacional**. Trad. Rita de Cássia Gomes. 14.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

RODRIGUES, Valesca. **Teoria da co-culpabilidade**. Disponível em: <http://valescarodrigues.blogspot.com/2006/04/teoria-da-co-culpabilidade-o-estado-e.html>. Acesso em 10.02.2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

RODRIGUES, Carolina. Novas metodologias de pesquisa sobre a exclusão social auxiliam a gestão pública. **Consciência Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**. Campinas, São Paulo, nº 54, maio 2004. Disponível em: <http://www.consciencia.br/200405/reportagem/10.shtml>. Acesso em: 16/6/2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

_____. **Do contrato social**. Os pensadores, v. 1. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1997.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Os pensadores, v. II. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1997

_____. **Emílio ou da educação.** Trad. Sérgio Milliet. 2.ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de maio de 2011, 08:20 horas.

SAVELLE, Max et al. **História da civilização mundial.** Belo Horizonte: Villa Rica, 1990.

SELZNICK, Philip. **A liderança na administração:** uma interpretação sociológica. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito constitucional positivo.** 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Valter José da. **Fatores sociais como geradores da criminalidade.** Disponível em: http://www.proconsciencia.com.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=347. Acesso: 23/01/2012.

SMITH, Kaj Birket. **História da cultura.** 3.ed. Trad. Oscar Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 1965.

STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

TOYNBEE, Arnold. **A humanidade e a mãe terra.** 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

TZU, Sun. **A arte da guerra.** São Paulo: Martin Claret, 2001.

VÉRAS, José Carlos Lobo. **Mensagem.** Disponível em: <http://www.veras.org.br/mensagem.html>. Acesso em: 22 jul, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

VOGEL, Richard D. **Capitalism and Incarceration Revisited**. Disponível em: <http://www.monthlyreview.org/0903vogel.htm>. Acesso: 22.12.2006.

WEFFORT, Francisco C. (Coord). **Os clássicos da política**. v. 1. São Paulo: Editora Ática, 2003.

WRIGHT, Peter; KROLL, Mark J.; PARNELL, John. **Administração Estratégica: Conceitos**. Tradução Celso A. Rimoli, Lenita R. Esteves. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca da pena perdida: a perda da legitimidade do sistema penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

2. Filmes

L'ENFANT SAUVAGE. Diretor: François Truffaut. Intérpretes: François Truffaut, Jean-Pierre Cargol, Françoise Seigner, Paul Villé, Jean Dasté, Claude Miller, Annie Miller, Mathieu Shiffman, René Levert, Pierre Fabre, Nathan Miller, Jean Mondaroux: Les Artistes Associés, 1969. Versão digitalizada (86 min.), son., preto e branco, legendada em português.

2001 - UMA ODISSÉIA NO ESPAÇO. Diretor: Stanley Kubrick. Intérpretes: Keir Dullea, Gary Lockwood, William Sylvester, Douglas Rain, Donald Richter, Leonard Rossiter, Andrei Smyslov, Margaret Tyzack, Robert Beatty, Frank Miller, Edward Bishop, Edwina Carroll, Penny Brahms, Heather Downham, Alan Gifford, Ann Gillis, Vivian Kubrick, Kenneth Kendall: Metro Golwyn Mayer, 1968. 1 DVD (141 min.), son., color.

3. Constituições, códigos, leis e outros

ARGENTINA. Código Penal. Art. 40 e 41, inciso 2º. Disponível em: http://www.justiniano.com/codigos_juridicos/codigo_penal.htm. Acesso: 16.12.2010.

BOLÍVIA. Código Penal. Art. 38, inciso 1, alínea "a". Disponível em: <http://bolivia.infoleye.com/shownorm.php?id=1401>. Acesso: 16.12.2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Texto oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Texto oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Texto oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 10 de novembro de 1937. Texto oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 16 de julho de 1934. Texto oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Texto oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 22 de Abril de 1824. Texto oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. **Código civil.** Texto oficial (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. **Código penal.** Texto oficial (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. **Código de processo penal.** Texto oficial (Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso: 08.10.2011.

BRASIL. Lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941. Dispõe sobre as contravenções às regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso: 08/10/2011.

BRASIL. Lei nº 11.983, de 16 de julho de 2009. Dispõe sobre a revogação do art. 60 do Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941 – Lei de Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11983.htm. Acesso: 08/10/2011.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso: 08/10/2011.

BRASIL. Lei n. 10.172, de 09 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm. Acesso: 08/10/2011.

BRASIL. Decreto-Legislativo nº 226, de 12/12/1991. Aprova os textos do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos e do Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: [http://www6.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=135720&titulo=DLG%20226%20de%](http://www6.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=135720&titulo=DLG%20226%20de%20)

2012/12/1991%20%20-%20DECRETO%20LEGISLATIVO. Acesso: 08/10/2011.

BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Aprova o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível: http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm. Acesso: 08/10/2011.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível: <http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/lein9394.pdf>. Acesso: 08/10/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0702.06.296608-1/001. Apelante: Wilson Rodrigues de Jesus. Apelado: Ministério Público Estado Minas Gerais. Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 14/04/2007. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/tj_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=702&ano=6&txt_processo=296608&complemento=1. Acesso: 12/05/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Revisão Criminal nº 53 2002.02.01.032745-2. Requerente: Ricardo dos Santos. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Des. Carreira Alvim. Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2003. Disponível: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864885/revis-o-criminal-rvcr-53-0020201032745-2-trf2>. Acesso: 12/05/2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3473/2000. Apresenta proposta para alteração da parte geral do Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal), com nova redação para o art. 59 do Código Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrimitacao?idProposicao=19717>. Acesso: 09/12/2010.

BRASIL. Lei nº 10.792/03. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Acesso: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2003/10792.htm>. Acesso: 09/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 597.270. DECISÃO: Inadmissibilidade de pena abaixo do mínimo legal. Recorrente: Marcelo Renato Soares Vaz. Recorrido: Ministério Público Federal. Disponível: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:RE%20597270&s=jurisprudência>. Acesso: 09/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 5711/RJ. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Otacília Teixeira da Silva e Outros. Relator: Ministro Garcia. Vieira. Disponível: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=7358>. Acesso: 15/12/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação 994081747444 SP (TJSP). Recorrentes: Kathleen Pereira de Souza e Eliane Pereira. Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: José Habice. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9209970/apelacao-apl-994081747444-sp-tjsp>. Acesso: 15/12/2010

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso de Apelação Civil AC 96583 (TJSC). Apelante: Estado de Santa Catarina. Apeladas: Charlene Cecília de Lima e outros. Relator: Desembargador Newton Janke. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>

rudencia/6703645/apelacao-civel-ac-96583-sc-2007009658-3-tjsc. Acesso: 15/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.txt. Acesso: 16.12.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento relativo ao Processo AI 829767 AL. Agravante: Estado de Alagoas. Agravado: Erineuza da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17679130/agravo-de-instrumento-ai-829767-al-stf>. Acesso: 10/01/2011.

BRASIL. Lei nº 10.707/2003 (LDO). Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.707.htm. Acesso: 10/01/2011.

BRASIL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 45/DF. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso: 20.09.2010.

BRASIL. Lei nº 8.009/90. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso: 20.09.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 450989 RJ. Recorrente: Carlos José de Barros Peixoto, Recorrido : Maria Helena Alves de Sousa Magalhães de Carvalho, Relator : Ministro Humberto Gomes de Barros.

COLÔMBIA. Código Penal. Art. 55, inciso 8. Disponível em: <http://derechos.org/nizkor/columbia/doc/penal.html>. Acesso: 14/12/2010.

EQUADOR. Código Penal. Art.29, inciso 11. Disponível em: <http://www.miliarium.com/Paginas/Leyes/Internacional/Ecuador/General/cp.pdf>. Acesso: 16.12.2010.

MÉXICO. Código Penal Federal. Art. 52, inciso V. Disponível em: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm>. Acesso: 16/12/2010.

PERU. Código Penal. Art. 46, inciso 8. Disponível em: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf. Acesso: 16.12.2010.

PORTUGAL. Código Penal. Art. 71, inciso 2, alínea “d”. Disponível em: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf. Acesso: 16.12.2010.

4. Convenções e tratados internacionais

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (1948). Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso: 07.04.2010.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm. Acesso: 15/02/2011.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm. Acesso em: 07.04.2010.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm. Acesso em: 07.04.2010.

5. Relatórios

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES (University of London). **World Prison Brief**. Relatório. Texto digitalizado. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/>. Acesso: 15/5/2011.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias**. Relatório. Brasília, 2010. Texto digitalizado. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>. Acesso: 12.07.2011.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Relatório de Desenvolvimento Humano 2010. **A Verdadeira Riqueza das Nações: vias para o desenvolvimento humano**. Texto digitalizado. Edições Almedina SA. Coimbra/Portugal.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Relatório de Desenvolvimento Humano 2009. **Ultrapassar barreiras: mobilidade e desenvolvimento humano**. Texto digitalizado. Edições Almedina SA. Coimbra/Portugal.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008. **Combater as alterações climáticas: solidariedade humana num mundo dividido**. Texto digitalizado. Edições Almedina SA. Coimbra/Portugal.