

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-054-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A edição do XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – BRASÍLIA nos ofereceu produções científicas inestimáveis, no âmbito da visão constitucional do Direito Penal e do Processo Penal. Os trabalhos apresentados abordam uma conjuntura de temas e ideias necessárias à reflexão da comunidade científica sobre os problemas relacionados ao grupo temático. Dentro desse contexto, no Grupo de Trabalho - DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III constatou-se qualificadas contribuições para o campo das Ciências Sociais Aplicadas, além de profícuo debate de todos os presentes na sala.

A obra ora apresentada reúne os artigos selecionados através do sistema de dupla revisão cega, de modo a nos permitir certeza de que os temas a seguir apresentados são instigantes e apresentam significativas contribuições para as reflexões dos Programas de Pós-graduação em Direito reunidos no CONPEDI.

São os seguintes, por título e objeto, os trabalhos que compõem o livro:

- “A implementação da delegacia especializada de atendimento à mulher em Viçosa-MG: da law on the books à law in action”, que traz os resultados de uma pesquisa que objetivou identificar o impacto da implantação da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher na proteção à mulher e no combate à violência de gênero e doméstica na Comarca de Viçosa-MG, tomando por corte temporal o intervalo entre os anos de 2019 e 2022. Partindo desse objetivo geral, a pesquisa buscou os seguintes objetivos específicos: a) coletar os dados referentes ao processo de implantação da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher em Viçosa-MG; b) verificar se, desde sua implantação até o corrente ano de 2022, a DEAM em Viçosa-MG foi provida das estruturas física, material e humana necessárias ao desenvolvimento de suas tarefas; c) identificar o perfil e o quantitativo de casos por ela atendidos no intervalo compreendido entre sua implantação no ano de 2019 e dezembro de 2022; d) identificar o perfil e o quantitativo de casos de violência de gênero e doméstica atendidos pela Delegacia de Polícia de Viçosa-MG entre os anos de 2015 e a véspera da implantação da DEAM, para proceder a comparação com o período subsequente; e) verificar se a DEAM em Viçosa tem funcionado dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei n. 11.340/2006 e para além do exercício de mera tarefa de polícia investigativa ou judiciária na promoção e proteção das mulheres vítimas de violência de gênero e doméstica.

- “Homicídio culposo e o arrependimento posterior: uma crítica ao entendimento do STJ e ênfase ao alcance extrapatrimonial do instituto”. O trabalho busca questionar a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça à aplicabilidade do instituto do arrependimento posterior ao homicídio culposo. No julgamento do Recurso Especial número 1.561.276/BA, a Corte Cidadã fixou o entendimento de que a causa de diminuição prevista no artigo 16 do Código Penal só incidiria em crimes contra o patrimônio ou com efeitos exclusivamente patrimoniais. Em perspectiva contrária, a pesquisa sustenta que tal interpretação é restritiva e destoa da própria razão de ser do instituto. Entende-se que a reparação do dano na seara penal é uma medida de política criminal, frequentemente estimulada pelo legislador. Deste modo, em atenção aos requisitos expostos no Código Penal, defende-se que a violência no resultado não obstará a aplicação do instituto, sendo a aplicabilidade aqui sustentada amparada em três principais argumentos. Inicialmente, tem-se que, em uma interpretação sistemática do ordenamento brasileiro, a reparação do dano à vida é possível (e desejável), tendo em conta a ideia de reparação por ato ilícito disposta no Código Civil. Em seguida, destaca-se que a própria razão de ser do instituto do arrependimento posterior, constante na exposição de motivos da Parte Geral do Código, indica que a preocupação se volta sobretudo à vítima (se estendendo aos seus familiares, por consectário lógico). Nessa linha, conclui-se que a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça revela-se contrária aos princípios da legalidade e proporcionalidade, sendo defendida a revisão do entendimento.

- “A função da pena na sociedade Pós-Moderna sob o prisma do paradigma do Estado Democrático de Direito”. O trabalho em questão aborda as teorias retributiva e prevencionista das penas, com foco especial na pena privativa de liberdade e sua função em uma sociedade globalizada e pós-moderna. A teoria retributiva defende que a punição é uma resposta justa ao crime, proporcional à gravidade da infração cometida. Por outro lado, a teoria prevencionista busca evitar futuros crimes por meio da dissuasão, incapacitação do criminoso ou sua reabilitação. Na sociedade pós-moderna, caracterizada por uma interconectividade e complexidade crescentes, o papel da pena privativa de liberdade é amplamente debatido. Embora a retribuição ainda seja vista como crucial para manter a ordem e a justiça social, a prevenção, especialmente com ênfase na reabilitação e reintegração social, ganha destaque. Evidências mostram que penas severas nem sempre resultam em menores taxas de reincidência, o que reforça a necessidade de uma abordagem equilibrada. A globalização apresenta novos desafios e perspectivas, exigindo uma ponderação entre punir e promover uma sociedade mais justa e segura. O artigo conclui que a pena privativa de liberdade, como ferramenta punitiva, deve ser reavaliada à luz dos direitos humanos e das evidências empíricas sobre sua eficácia, destacando a importância de políticas penais que integrem justiça retributiva, prevenção e reintegração social.

- “A atuação do poder público na defesa dos direitos da mulher presidiária”. No trabalho são abordados estudos sobre o estabelecimento penal, função da pena, prisão de mulheres, direitos fundamentais das mulheres, princípio da dignidade da pessoa humana, medidas alternativas da pena, direitos humanos e direitos fundamentais e a violação dos direitos e interesses da mulher presidiária pelo Poder Público. Busca-se a análise das situações prisionais e estatísticas com base de dados em relação ao encarceramento de mulheres no Brasil. Também é abordada a situação de mulheres na situação especial de prisão em tempos de gravidez e a violação de seus direitos enquanto pessoa do sexo feminino.

- “O reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal: uma análise de erros judiciais”. O texto aborda o reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal, que apesar de sua importância, é considerada uma prova frágil, pois depende da memória humana, que se demonstrou falha e influenciável, tornando esse meio probatório suscetível a erros. Diante disso, questiona-se: o reconhecimento pessoal ou fotográfico pode ser utilizado como único meio de prova para fundamentar uma condenação no processo penal brasileiro, conseqüentemente violando o standard de prova além da Dúvida Razoável? Para responder o questionamento feito, foram analisados os procedimentos de reconhecimento no processo penal e os erros judiciais causados por reconhecimentos equivocados, bem como, o posicionamento do STJ em relação à problemática. O trabalho inicia discorrendo acerca da importância desse meio prova, que é amplamente utilizado, mas que pode ser falho, dessa forma, levando a condenações injustas de inocentes. Além disso, foi externado como essa problemática acaba por evidenciar o racismo estrutural e institucional no Brasil. Ao final constatou-se que o reconhecimento deve ser realizado com cautela e de acordo com a previsão legal e não deverá ser utilizado como único meio probatório.

- “Tornozeleiras eletrônicas como instrumento de monitoramento: estigmatização, desafios e implicações para o sistema penal”. No trabalho ora apresentado, o objetivo foi analisar criticamente o uso das tornozeleiras eletrônicas no sistema penal brasileiro, enquanto instrumento de monitoramento de indivíduos em cumprimento de penas alternativas. Inicialmente, discute-se a estigmatização social que recai sobre os usuários desses dispositivos, evidenciando os impactos sociais e as barreiras para a reintegração dos monitorados. Em seguida, aborda-se os desafios inerentes à implementação dessas tecnologias, destacando as falhas operacionais, os custos elevados e as lacunas no arcabouço normativo que regem seu uso. A investigação fundamenta-se em uma revisão bibliográfica abrangente, complementada por análises de casos emblemáticos que ilustram aspectos positivos e negativos da utilização dos dispositivos eletrônicos, frente ao contexto penal e social. Conclui-se que, embora essas ferramentas representem uma inovação importante na mitigação da superlotação carcerária e na promoção de penas alternativas, há reflexos

sensíveis, na relativização da dignidade da pessoa humana dos monitorados, além de uma eficácia limitada pela carga estigmatizante e pelos obstáculos práticos à sua aplicação. O trabalho propõe, portanto, o aperfeiçoamento dessas tecnologias e sua integração com outras estratégias de reintegração social enquanto imperativos para o cumprimento das funções declaradas dos serviços de monitoração eletrônica no país.

- “Divergências entre os posicionamentos de Gunther Jakobs e Manuel Cancio Meliá sobre a teoria do direito penal do inimigo e sua incompatibilidade com o garantismo penal”. No trabalho são abordadas noções sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, seu surgimento e aplicabilidade, bem como sua incompatibilidade com o garantismo penal de Ferrajoli. Apresenta-se a biografia de Gunther Jakobs e breves considerações abordando as divergências entre o seu posicionamento e o de Claus Roxin em relação à teoria da imputação objetiva, já que se trata de uma temática bastante trabalhada por Gunther Jakobs em suas produções científicas. Também apresenta-se a biografia de Manuel Cancio Meliá e as posições doutrinárias divergentes entre ele e Gunther Jakobs sobre a teoria do direito penal do inimigo.

- “A sociedade de risco e as velocidades do direito penal”. O texto propõe uma análise acerca do fenômeno da Expansão do Direito Penal sob a ótica da teoria desenvolvida por Jesús-María Silva Sánchez, denominada “Velocidades do Direito Penal”, da Teoria Pessoal do Bem Jurídico e o Direito Penal de Intervenção de Winfried Hassemer e da teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck. O objetivo geral consiste na reflexão sobre as principais características da sociedade do risco investigada por Ulrich Beck e sua relação com o expansionismo penal e as possíveis influências que esse modelo de organização social exerce sobre o Direito Penal. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental a partir de obras relacionadas ao tema, o método jurídico dedutivo, com abordagem qualitativa. Entre as conclusões obtidas por meio deste trabalho, pode-se destacar que a diminuição da criminalidade não está relacionada ao expansionismo penal imoderado, nem ao endurecimento do Direito Penal, mas sim a uma política social igualitária, que deve assegurar que as leis penais respeitem os limites constitucionais, notadamente as garantias constitucionais, tanto na sua criação quanto na sua aplicação. De toda sorte, a insegurança e o medo sentidos pela sociedade devem ser considerados e exigem uma resposta efetiva do Estado, que não será encontrada na reprodução de um Direito Penal meramente simbólico ou no recrudescimento das sanções penais.

- “Direitos humanos e segurança pública: o dilema das saídas temporárias”. O trabalho explora o equilíbrio entre os direitos humanos dos detentos e as preocupações com a segurança pública, no contexto das saídas temporárias previstas na Lei de Execução Penal

brasileira, debatendo também sobre as alterações introduzidas pela Lei nº 14.843, de 11 de abril de 2024. As saídas temporárias, um mecanismo que visa a ressocialização dos apenados, têm gerado debates devido aos casos de reincidência criminal durante esses períodos, levantando questões sobre sua eficácia e impacto na segurança pública. O objetivo da pesquisa é analisar como essas saídas são implementadas, seus efeitos na reintegração social dos presos e as dificuldades que apresentam para a segurança pública. As considerações finais destacam a necessidade de aprimorar as políticas de saídas temporárias por meio de uma aplicação mais rigorosa e um monitoramento eficaz, conforme preconizado pela Lei nº 14.843/2024. Além disso, enfatiza que, embora a ressocialização dos detentos seja um objetivo fim, ela não pode ocorrer em detrimento da segurança pública. A integração de medidas adicionais, como o monitoramento eletrônico e a realização de exames criminológicos, são vistas como passos importantes, mas é igualmente essencial que essas práticas sejam acompanhadas por um suporte contínuo aos detentos, garantindo que a reintegração à sociedade seja efetiva e sustentável.

- “Direitos fundamentais e a criminalização da pobreza: o impacto do direito penal nas populações vulneráveis”. Revela-se que, no Brasil, tem-se visto um aumento expressivo nas taxas de criminalidade nas últimas décadas, acompanhado por políticas de segurança pública que se baseiam cada vez mais na repressão e na militarização. Essas estratégias têm exacerbado as desigualdades sociais e ampliado a marginalização das populações vulneráveis, especialmente nas periferias urbanas. Em vez de resolver as causas estruturais da violência, como a pobreza extrema e a falta de acesso a serviços básicos, essas práticas tendem a perpetuar um ciclo de exclusão e violação dos direitos fundamentais. Diante disso, o objetivo do texto é examinar como o direito penal pode discriminar indiretamente as populações vulneráveis, explorando as políticas de criminalização da pobreza e suas implicações para os direitos fundamentais. A análise revelou que, longe de resolver os problemas de segurança pública, as práticas repressivas contribuem para a ampliação das desigualdades sociais, afetando desproporcionalmente as populações negras e pobres. Além disso, a criminalização da pobreza e a seletividade penal evidenciam que o direito penal, quando instrumentalizado de maneira inadequada, pode violar gravemente os direitos fundamentais, como dignidade humana e o devido processo legal, garantidos pela Constituição e pelos tratados internacionais.

- “Inefetividade do acesso à saúde como fundamento para a aplicação obrigatória da teoria da coculpabilidade”. O trabalho analisa a possibilidade de utilizar a inefetividade dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, como base para aplicar a atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal em casos de infração penal. A falta de acesso aos direitos fundamentais afeta a autodeterminação do indivíduo, sendo a saúde um elemento crucial para

a vida. A vida é o direito fundamental mais importante e a saúde é essencial para mantê-la. O estudo questiona se a Teoria da Culpabilidade deve ser aplicada em crimes que visam garantir a saúde como requisito para viabilizar a vida. Um dos objetivos é determinar se a aplicação da teoria da culpabilidade nesses casos pode ser obrigatória, analisando fundamentos jurídicos internos. O estudo se baseia em pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Conclui-se que a saúde é fundamental para a vida e a falta de acesso a ela pode levar indivíduos a cometerem crimes, como o furto famélico e desacato, para preservar a própria vida ou de terceiros. Portanto, em casos específicos, a aplicação da Teoria da Culpabilidade pode ser juridicamente indicada após análise de critérios objetivos.

- “Constituinte para valer tem que ter direitos da mulher: a Constituição cidadã e os direitos das mulheres”. O trabalho analisa o processo de elaboração da Constituição Brasileira de 1988 focando na constitucionalização dos direitos das mulheres. A partir do marco jurídico e político da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, analisa-se como se efetivou a política de combate à violência de gênero, considerando, especialmente, a atuação do movimento feminista e da advocacia. O estudo aborda, brevemente, a evolução legislativa, as conquistas jurídicas e os desafios ainda presentes na luta contra a violência de gênero no Brasil. De igual forma, o texto evidencia como a igualdade jurídica entre os gêneros trouxe impactos desde a Constituição federal de 1988 até os dias atuais, incluindo o arcabouço jurídico que vem se formando para consolidar os direitos femininos e coibir a violência contra as mulheres que, a despeito da evolução social e legislativa, segue em crescimento. As conquistas e os esforços da advocacia, sobretudo a advocacia feminina, e as medidas adotadas pelo Conselho Federal e pelas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil também são objeto de estudo.

- “Reflexões sobre o direito à saúde das pessoas com deficiência privadas de liberdade sob a ótica do caso Chinchilla Sandoval v. Guatemala”. O trabalho revela que, no ano de 2016, a Guatemala foi condenada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença responsabilizando o Estado por violações institucionalizadas aos direitos à integridade pessoal e à vida, que resultou na morte de María Inés Chinchilla Sandoval, enquanto cumpria pena privativa de liberdade. O trabalho foi desenvolvido a partir da seguinte problemática de pesquisa: sob quais aspectos o caso Chinchilla Sandoval versus Guatemala, no âmbito da Corte-IDH, afigura-se como um standard decisório importante para direcionar a efetivação do direito à saúde para pessoas com deficiência no cárcere? Como hipótese inicial, observa-se que as pessoas com deficiência não têm os direitos observados, sendo consideradas hipervulneráveis. O objetivo geral do trabalho é analisar a efetivação do direito à saúde no cárcere, com base na decisão mencionada. Para alcançar o objetivo geral, os objetivos específicos, que correspondem às seções de desenvolvimento do texto, consistem em: a)

apresentar as peculiaridades do Caso analisado, evidenciando os principais elementos; b) analisar os direitos humanos violados no caso investigado e sua repercussão na situação das pessoas com deficiência encarceradas. Conclui-se pela existência de regramento suficiente para o respeito dos direitos da pessoa com deficiência no cárcere (dimensão programadora), mas ausência de concretude desses direitos (dimensão operacional).

- “Hacking legal ou investigativo/lawful hacking: perspectivas a partir da legislação brasileira”. O texto traz uma análise detalhada das questões relacionadas ao lawful hacking ou hacking legal/investigativo e seu papel no contexto do debate conhecido como Going Dark Problem: complexidade derivada do descompasso temporal entre tecnologia e regulação e atuação em investigação criminal, frente à proteção de dados pessoais no ambiente digital. Portanto, o estudo examina as perspectivas favoráveis e contrárias ao uso de técnicas especiais de investigação, como o hacking legal/investigativo e uso das ferramentas de monitoramento remotamente controladas, explorando a complexidade das implicações legais e éticas associadas a essas práticas. É enfatizado que o uso adequado dessas técnicas pode ser compatível com a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, desde que sejam observados princípios como transparência, proporcionalidade e auditabilidade. Isso inclui a necessidade de supervisão judicial rigorosa e conformidade estrita com requisitos legais. Destaca-se a importância de debate público contínuo e da participação do Poder Legislativo na regulamentação do hacking legal/investigativo, observando-se a necessidade de cooperação internacional e a conformidade com tratados e convenções, como a Convenção de Budapeste, para abordar o cibercrime em escala global.

- “Pena privativa de liberdade e monitoramento eletrônico: desafios e perspectiva na execução penal”. O texto expõe que a pena privativa de liberdade é um instrumento de punição que não tem sido efetivo no Brasil. Isso se deve, em grande parte, à superlotação carcerária, que resulta em condições precárias e indignas nos presídios. Diante da ineficácia da pena privativa de liberdade, notadamente, em razão da superlotação carcerária no Brasil, pergunta-se: a extensão da aplicabilidade do monitoramento eletrônico pode contribuir para a redução das situações precárias e indignas existentes no sistema carcerário, sem repercussão negativa em sociedade? Para isso, o trabalho objetiva verificar se a extensão da aplicabilidade do monitoramento eletrônico pode ser uma medida positiva, desde que seja utilizada de forma responsável e controlada. A medida pode ajudar a reduzir os problemas do sistema carcerário, sem prejudicar os direitos dos presos. Ao final, constatou-se que a aplicabilidade do monitoramento eletrônico deve ser aplicada de forma justa e proporcional, respeitando os direitos dos presos e evitando qualquer forma de tratamento desumano ou degradante.

- “O preço de se violentar uma mulher: as decisões criminais do TJMG envolvendo reparação por danos causados pela violência doméstica contra a mulher perspectivadas pelo Tema 983 do STJ”. A violência doméstica contra a mulher, durante décadas, foi assunto naturalizado e integrado ao cotidiano familiar e relacional no Brasil: algo corriqueiro e, por vezes, justo no contexto doméstico. Graças às intensas reivindicações feministas, desembarcadas no Brasil a partir das décadas de 70 e 80, essa visão passou a ser questionada e, especialmente, neste Século XXI, a ser afastada, sendo emblemática tipificação e a definição da violência doméstica e familiar contra a mulher pela Lei n. 11.340/2006. E, ao menos no plano jurídico-normativo, ganhou força com a edição da Lei 11.719/2008 e a obrigatoriedade de fixação, na sentença condenatória criminal, do valor mínimo para a reparação civil dos danos causados pela infração e, mais recentemente, pela fixação, no Tema 983 pelo STJ do entendimento de que o dano moral, nesses casos consiste em *in re ipsa*. Próximos do encerramento desse primeiro quarto de século de tantas mudanças no plano jurídico-normativo, necessário faz verificar o efeito prático alcançado por essas medidas, o que justifica verificar se, a edição dos textos legais acima mencionados e da Tese 983 do STJ foram suficientes para a adequação da compreensão dos danos sofridos pela mulher vítima de violência a partir das perspectivas feministas e a sua consequente conversão em reparações judiciais em valores minimamente compatíveis com sua gravidade. O que fazemos, nesta pesquisa, a partir de uma perspectiva qualitativa e do uso do método bibliográfico-documental, por meio da leitura das decisões do TJMG.

- “Mensagens de aplicativos de mensageria como provas no processo penal: uma análise de decisões do STJ”. O trabalho analisa a utilização de mensagens de aplicativos de mensageria como prova no processo penal, com foco em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O objetivo é analisar a eventual (in)admissibilidade e (in)validade dessas provas, examinando os parâmetros e diretrizes estabelecidos pelo tribunal, realizando uma análise técnica dos pressupostos e afirmações constantes do julgamento do Habeas Corpus n. 99.735/SC e do Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 828.054/RN, especialmente sobre pontos tecnológicos. O estudo emprega uma análise bibliográfica e documental, utilizando métodos indutivo-dedutivo para analisar casos concretos e alcançar conclusões. A pesquisa destaca a importância do STJ na uniformização da jurisprudência e aborda as decisões colegiadas mais relevantes, apontando acertos e erros técnicos, como, por exemplo, o desconhecimento sobre os registros de conexão existentes e acessíveis ou o desconhecimento acerca do fenômeno da irrepetibilidade de hash em aparelhos celulares. Conclui-se que é imprescindível a análise técnica das decisões do STJ sobre provas digitais e a difusão de conhecimentos técnicos para melhorar a interpretação e aplicação dessas provas nos processos judiciais.

- “Estupro de vulnerável e gravidez: a dignidade da criança e do adolescente sob a perspectiva da jurisprudência”. O texto busca estudar o crime de estupro de vulnerável com enfoque na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na aplicação desta na justiça amapaense nas hipóteses em que a violência sexual resulta gravidez. A pesquisa apresenta a evolução do preceito normativo que tipifica a violência sexual contra a pessoa menor de 14 (catorze) anos, o conceito jurídico de vulnerabilidade e a possibilidade de relativização e, por fim, realiza a análise dos julgados à luz do dever de proteção integral da criança e do adolescente. Propôs-se a interpretação da norma penal em cotejo com os princípios constitucionais basilares que impõem uma postura ativa contra todas as formas de violência, em reforço ao compromisso do Estado brasileiro com as normas internacionais de proteção à infância e à adolescência.

Sendo esses os trabalhos que compõem o livro, afirma-se a certeza de que esta publicação fornece importantes instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito enriqueçam ainda mais os seus conhecimentos. Em razão disso, os organizadores desta obra prestam sua homenagem e agradecimento ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea.

Brasília, primavera de 2024.

Celso Hiroshi Iocohama – Universidade Paranaense – UNIPAR celso@prof.unipar.br

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Dom Helder-Escola Superior lgribeirobh@gmail.com

Matheus Felipe de Castro – Universidade Federal de Santa Catarina
matheusfelipedecastro@gmail.com

INEFETIVIDADE DO ACESSO A SAÚDE COMO FUNDAMENTO PARA A APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA DA TEORIA DA COCULPABILIDADE

INEFFECTIVENESS OF ACCESS TO HEALTH AS A BASIS, FOR THE MANDATORY APPLICATION OF THE THEORY OF COCULPABILITY

Fabio Henrique dos Santos Alvares ¹

Giovane Fernando Medeiros ²

Anna Paula Bagetti Zeifert ³

Resumo

O presente estudo analisa a possibilidade de utilizar a inefetividade dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, como base para aplicar a atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal em casos de infração penal. A falta de acesso aos direitos fundamentais afeta a autodeterminação do indivíduo, sendo a saúde um elemento crucial para a vida. A vida é o direito fundamental mais importante e a saúde é essencial para mantê-la. O estudo questiona se a Teoria da Culpabilidade deve ser aplicada em crimes que visam garantir a saúde como requisito para viabilizar a vida. Um dos objetivos é determinar se a aplicação da teoria da culpabilidade nesses casos pode ser obrigatória, analisando fundamentos jurídicos internos. O estudo se baseia em pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Conclui-se que a saúde é fundamental para a vida e a falta de acesso a ela pode levar indivíduos a cometerem crimes, como o furto famélico e desacato, para preservar a própria vida ou de terceiros. Portanto, em casos específicos, a aplicação da Teoria da Culpabilidade pode ser juridicamente indicada após análise de critérios objetivos.

Palavras-chave: Culpabilidade, Direitos fundamentais, Dignidade, Saúde, Pena

Abstract/Resumen/Résumé

The present study analyzes the possibility of using the effectiveness of fundamental rights, especially the right to health, as a basis for applying the unnamed mitigating factor of article 66 of the Penal Code in cases of criminal offenses. The lack of access to fundamental rights affects an individual's self-determination, with health being a crucial element for life. Life is the most important fundamental right and health is essential to maintain it. The study

¹ Advogado. Mestrando em Direito Humanos pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, UNIJUI. Pós-graduado em Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho. E-mail: henriqueennolladvogado@gmail.com

² Advogado (OAB/SC 52.451). Mestrando pelo programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). E-mail para contato: prof.giovanemedeiros@gmail.com.

³ Pós-Doutorado em Desigualdades Globais (UNB/FLACSO). Doutora em Filosofia (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Pesquisadora FAPERGS. E-mail: anna.paula@unijui.edu.br

questions whether the Theory of Cculpability should be applied to crimes that aim to guarantee health as a requirement to make life viable. One of the objectives is to determine whether the application of the theory of co-culpability in these cases can be mandatory, analyzing internal legal foundations. The study is based on bibliographical, legislative and jurisprudential research. It is concluded that health is fundamental to life and the lack of access to it can lead individuals to commit crimes, such as theft and contempt, to preserve their own lives or those of others. Therefore, in specific cases, the application of the Theory of Cculpability can be legally indicated after analyzing objective criteria.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Culpability, Fundamental rights, Dignity, Health, Pity

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos fundamentais possuem caráter mandamental e são divididos em gerações/dimensões. Os direitos de primeira geração/dimensão são direitos civis e políticos, já os direitos de segunda geração/dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais que será abordado logo a frente e por fim, os direitos de terceira geração/dimensão que são chamados de direitos transindividuais, coletivos ou solidários, esse em destaque devido as recentes mudanças climáticas.

Um dos princípios mais importantes que rege tanto os direitos fundamentais e os direitos humanos, é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por isso, os direitos de segunda geração/dimensão são tão importantes, pois possuem a função de viabilizar a vida com dignidade.

Na Constituição Federal de 1998, sobretudo no artigo 5º, há previsão legal de um rol de direitos sociais, são eles, direito ao esporte, lazer, trabalho, previdência, segurança etc. Um dos mais importantes direitos sociais para a consolidação e viabilidade da vida com dignidade, é o direito a saúde, não somente o direito, mas também o acesso a saúde para a materialização integral dos direitos fundamentais. O acesso a saúde é essencial para todo ser humano viver com dignidade, contudo, o próprio Estado por ausência de políticas públicas não conseguem garantir o mínimo para a população, sob a ótica do direito a saúde, alguns medicamentos possuem um alto valor onerando o Estado que tenta se eximir da sua responsabilidade de cunho mandamental, através fundamentos legais e de teorias, tais como, a teoria da reserva do possível, em contrapartida, o poder judiciário como medida de justiça, aplica a teoria do mínimo existencial para obrigar o Estado a prover o mínimo do acesso a saúde, seja por meio de liminares para atendimento ou fornecer medicamentos.

Ressalta-se a importância de outro princípio, o da igualdade, todos têm o direito de ter acesso à saúde, todos são iguais perante a lei “igualdade formal” e aqueles que são diferentes, devem ser tratados de modo diferente, “igualdade material” para que se tenha as mesmas oportunidades que os demais.

Com essa premissa, entende-se que a todos seres humanos, deve ser garantido os direitos sociais, sobretudo, direito e acesso a saúde para viver uma vida com dignidade. Essa dignidade, deve ser garantida pelo Estado, de acordo com os direitos fundamentais. Quando o indivíduo não tem acesso a saúde, conseqüentemente, reflete no direito à vida, ensejando há possibilidade de que para garantir esse acesso, possa vir a cometer infrações penais.

A relação entre o sistema jurídico e a garantia dos direitos fundamentais sociais é um terreno complexo e desafiador, onde a aplicação de teorias inovadoras pode desempenhar um papel crucial. Nesse contexto, a teoria da coculpabilidade emerge com uma abordagem legal e doutrinária, que busca redistribuir a responsabilidade penal entre o autor do crime e o Estado, em decorrência de sua ineficiência em garantir os direitos fundamentais.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais, refletem, não apenas a qualidade de vida dos cidadãos, mas também revela as condições do sistema jurídico em oportunizar a viabilidade da vida e sua dignidade para todos, ainda, estabelece uma ligação do aumento da judicialização da saúde, índices criminológicos, especialmente em áreas onde há ausência desses direitos fundamentais são evidentes. Nesse contexto, a aplicabilidade da teoria da coculpabilidade assume uma posição estratégica, inclusive de política criminal, pois pode influenciar diretamente a proteção e promoção desses direitos, revelando desafios sistêmicos e questionando a adequação das atuais práticas judiciárias. Afinal, como ter viabilidade de vida sem ter acesso aos direitos básicos, sobretudo, acesso a saúde?

A aplicabilidade da teoria da coculpabilidade representa um desafio significativo na busca por uma justiça eficaz e equitativa, especialmente quando considera os impactos da ausência dos direitos fundamentais na vida das pessoas, e os reflexos dessa ausência no âmbito penal, especialmente nos crimes de menor potencial ofensivo.

A teoria da coculpabilidade, busca correlacionar a aplicação da atenuante inominada, prevista no artigo 66 do Código Penal Brasileiro, aos indivíduos que não tiveram garantido os direitos sociais básicos, entre eles, o acesso a saúde, sobretudo aqueles que vivem a margem da sociedade, que não tem condições econômicas e/ou não possuem plano de saúde.

A atenuante inominada permite ao juiz valorar circunstâncias, anteriores ou posteriores, ainda que não previstas em lei para atenuar a pena, desde que sejam relevantes para a avaliação do caso para diminuir a pena do acusado. A aplicação da teoria da coculpabilidade representa, assim, uma perspectiva que visa promover uma justiça mais sensível, considerando às causas sociais e um sistema penal que reconhece as complexidades no contexto em que os delitos ocorrem. Emergindo com um enfoque inovador ao buscar correlacionar a aplicação da atenuante inominada aos indivíduos que não tiveram garantidos os seus direitos fundamentais sociais, consequentemente sua Dignidade Humana. A ausência dessa dignidade, bem como, ausência de acesso a saúde, para esses indivíduos por muitas vezes esquecidos pela sociedade, gera uma ausência de autodeterminação.

A intersecção entre o acesso a saúde e a teoria da coculpabilidade destaca-se como um ponto crítico na reflexão sobre a responsabilidade penal solidária do Estado. Este estudo

busca, assim, aprofundar-se na compreensão desses elementos, analisando a possibilidade da aplicação obrigatória da Teoria da Culpabilidade em crimes que envolvem a busca pelo acesso a saúde (alimentação, vida etc), há indivíduos que não tiveram os direitos sociais garantidos, ou seja, direito a educação, trabalho entre outros, sobretudo, acesso a saúde em igualdade de oportunidade.

Deste modo, far-se-á a seguinte pergunta, a esses indivíduos que tiveram essa carga de valores negativos, que não tiveram acesso a saúde e como única opção para garantir esse acesso, cometeram crimes, não seria razoável, que no caso concreto, ao cometerem crimes que tivessem como objetivo materializar esse direito, fosse obrigatória a aplicação da Teoria da Culpabilidade, ou seja, da atenuante inominada?

Considerando para essa decisão, a análise do histórico de vida do indivíduo, das condições do meio em que vive e as oportunidades que lhe foram negadas até o momento da prática do crime. Ao considerar esses elementos, a teoria propõe um olhar mais abrangente sobre as circunstâncias que levaram à conduta criminosa, permitindo que o juízo de reprovabilidade leve em consideração, não apenas a conduta isolada, mas também os fatores sociais, econômicos e culturais que podem ter influenciado o comportamento do autor do delito, promovendo uma justiça às complexidades individuais, humanas e sociais.

O estudo utilizará a análise qualitativa e bibliográfica, optando pelo método qualitativo, sem instrumental estatístico, e incluindo dados como informações, comentários, imagens e fotografias. Para responder aos objetivos, será adotado o método de pesquisa descritivo, com base em artigos, leis e doutrinas jurídicas. O método dedutivo será usado para interpretar material bibliográfico e documental, com procedimentos de análise de fontes históricas, como doutrinas jurídicas, artigos científicos e leis.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Carta Magna de 1988, é o regramento constitucional supremo do Estado Brasileiro, utilizada como parâmetro para todas as normas infraconstitucionais, bem como, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Previstas na constituição, tem-se normas de eficácia plena/ilimitada, eficácia contida e eficácia limitada. Essas normas buscam materializar direitos fundamentais para que o povo tenha uma vida com Dignidade Humana, deste modo, o Estado tem o dever de garantir ao povo, meio para a aplicação dos direitos fundamentais sociais, para a materialização e preservação do mega princípio internacional, assim denominado pela doutrina majoritária, como Princípio da Dignidade Humana.

Ressalta-se que, para a doutrina majoritária, existe uma diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, em tese, os direitos humanos são os direitos inerentes a cada ser humano com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no pensamento jusnaturalista e são protegidos a nível global, de outro lado, os direitos fundamentais são previstos em cada ordenamento jurídico interno, podendo então, ser distintos de um Estado para outro.

De acordo com Vicente e Alexandrino (2023, p. 87):

Embora as expressões direitos humanos e direitos fundamentais sejam comumente utilizadas com idêntico significado, há um traço distintivo entre elas. A expressão direitos humanos é reservada para que essas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, possui índole filosófica e não tem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. Essa expressão é empregada, também, para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito Internacional. Já, a expressão direitos fundamentais é utilizada para designar hoje direitos relacionados a pessoas, inscritos em textos normativos de cada estado. São direitos que vigorou numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e tempo, e são assegurados na medida em que cada estado os estabelece. Enfim, a expressão “direitos humanos ” é utilizada para designar direitos pertencentes ao homem, universalmente considerados, sem referência a determinado ordenamento jurídico ou limitação geográfica. Já, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos como tais em determinado ordenamento jurídico, de certo estado.

Feita essa ressalva, a doutrina majoritária classifica os direitos fundamentais, como direitos de primeira geração/dimensão, segunda geração/dimensão e terceira geração/dimensão, cabe observar que, algumas correntes doutrinárias fazem a diferenciação entre geração e dimensão dos direitos humanos, bem como, existem doutrinadores advogando a tese de que há outras gerações/dimensões, tais como, Paulo Bonavides, Norberto Bobbio e outros.

Direitos de primeira geração/dimensão, são chamados de direitos negativos ou direitos de liberdade, há obrigação de não intervenção do Estado ou ainda, intervenção mínima do Estado, dando ao indivíduo a liberdade (são os direitos civis e políticos).

Direito de segunda geração/dimensão, chamados também de direitos positivos, são os direitos sociais, econômicos e culturais, o Estado deve agir de forma positiva ao contrário dos direitos de primeira geração, aquele exige uma ação estatal, dando-se condições aos cidadãos, para materializarem as garantias dos direitos civis e políticos, com a finalidade de garantir igualdade e dignidade humana a todos, buscando junto ao Estado ações que visam garantir acesso aos direitos sociais, econômicas e culturais. Por fim, os direitos de terceira geração/dimensão, direitos transindividuais, coletivos e chamados também de direitos

solidários, como exemplo clássico, pode-se citar o direito ao meio ambiente equilibrado, direito ao consumidor, à paz, ao progresso e desenvolvimento entre outros.

Explicação de Vicente e Alexandrino (2023, p. 89-90):

Os direitos de primeira geração realçam o princípio da Liberdade. São direitos civis e políticos, reconhecidos na revolução Francesa e Americana. Caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não fazer, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação de cada indivíduo. São as chamadas Liberdades Individuais, que tem como foco a Liberdade do homem individualmente considerado, sem nenhuma preocupação com as desigualdades sociais. Surgiram no final do século XVIII, como uma resposta do Estado liberal ao Estado absoluto. Dominaram todo o século XIX, aja vista que os direitos de segunda dimensão só floresceram no século XX. Representam os meios de defesa das liberdades do indivíduo, a partir da exigência da não ingerência abusiva dos poderes públicos na esfera privada do indivíduo. Limitam-se a impor restrições à atuação do Estado em favor da esfera de Liberdade do indivíduo. Por esse motivo são referidos como direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado. São exemplos de direitos fundamentais de primeira dimensão o direito à vida, a Liberdade, a propriedade, a Liberdade de expressão, a participação política e religiosa, a inviolabilidade de domicílio, a Liberdade de reunião entre outros. Os direitos de segunda geração identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São os direitos, econômicos Sociais e culturais. São movimentos sociais do século XIX que ocasionaram, no início do século XX, o surgimento da segunda geração de direitos fundamentais, responsável pela gradual passagem do Estado liberal, de cunho individualista, para o Estado social, centrado na proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre os homens (não meramente formal, como se assegurava no liberalismo). Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos de participação, sendo realizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais, assistência social, entre outros. São, por isso denominados direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas ou direito dos desamparados. Há que se destacar, porém, que nem todos os direitos fundamentais de segunda geração consubstanciam direitos positivos, vale dizer, prestações positivas adimplidas pelo Estado. Existem, também, direitos sociais negativos, como o de Liberdade sindical (CF, art. 8º) e o de Liberdade de greve (CF, art. 9º) em face dessa realidade, os critérios para distinguir direitos fundamentais de segunda dimensão de direitos fundamentais de primeira dimensão não pode ser, unicamente, a natureza do dever do Estado, positivo (atuação) ou negativo (abstenção). A identificação da finalidade dos institutos parece constituir o melhor critério para distinção. Assim, os direitos sociais são aqueles que têm por objeto a necessidade da promoção da igualdade substantiva, por meio do intervencionismo estatal em defesa do mais fraco, enquanto os direitos individuais são os que visam para proteger as liberdades públicas, a impedir a ingerência abusiva do estado na esfera da autonomia privada. Os direitos de terceira geração consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição federal de 1988, são divididos em 5 (cinco) classes, a classe dos direitos e deveres individuais e coletivos previstos no artigo 5º, direitos sociais previstos do artigo 6º ao artigo 11º, direitos de nacionalidade previstos nos artigos 12º e 13º, direitos políticos previstos do artigo 14º ao 16º e por fim, direitos de existência dos partidos políticos previstos no artigo 17º.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O texto constitucional é de observância obrigatória, ao qual todas as demais normas infraconstitucionais devem fundamentar-se, ademais, percebe-se que os direitos e garantias fundamentais nele previsto, deve materializar-se por meio das normas infraconstitucionais, principalmente os normas de eficácia ilimitada de aplicação imediata, como é o caso dos direitos sociais.

Como resposta aos direitos de segunda geração/dimensão, o Estado, por meio dos direitos sociais, visa proteger a dignidade humana mínima ao povo, direitos esses previsto no capítulo II do artigo 6º da Constituição Federal:

Nesse sentido, o artigo 6º da Constituição Federal 1998, preconiza:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. (Brasil. 1988)

Ressalta-se que em 1917 a constituição do México já assegurava os direitos sociais, após, também a Alemanha em 1919 na constituição de Weimar, consolidou em seu texto constitucional a garantia dos direitos sociais, entretanto, no ordenamento jurídico Brasileiro, somente em 1988, houve a previsão mandamental de tais direito.

Em relação aos direitos sociais, previsto no ordenamento jurídico pátrio, o artigo 23 inciso V, estatui que entre os entes federativos do Estado Brasileiro, a competência é concorrente, para proporcionar os meios de acesso à educação, conforme se verifica no artigo 23 da Carta Magna de 1988: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”.

Em relação ao direito fundamental a segurança, um dos pilares para um convívio social com harmonia e organização, a Constituição Federal aduz que é dever do Estado prover mas também, é responsabilidade de todos, prover a segurança de seus cidadãos. E institui os órgãos responsáveis pela segurança pública.

Conforme o que diz artigo 144 da Magna Carta de 1988:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos. I - polícia federal; II - polícia rodoviária

federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (Brasil. 1988)

Depreende-se, além da previsão Constitucional de ter a segurança como um direito fundamental social assegurado, a própria carta mandamental explica quais são os órgãos que farão essa proteção, bem como, institui quais suas funções, hierarquia e suas áreas de atividade.

Outro direito fundamental social garantido pela magna carta é o direito a educação, um dos direitos fundamentais sociais mais abordados pela doutrina, deste modo, a magna carta prevê, um investimento obrigatório das verbas repassadas aos Estados e Municípios sob pena de responsabilidade fiscal. Além da previsão legal do artigo 6º supracitada, a Constituição prevê no seu artigo 22º XXIV que compete a união, legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, contudo, em seu artigo esclarece que a competência é comum, ou seja, a responsabilidade é solidária entre a União, Estado e Municípios para proporcionar acesso a Educação. Art. 23 é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. Tal a importância de conceder e viabilizar o acesso a Educação que a Constituição compartilha a competência entre todas as unidades fededativas. O artigo 24 argüí ainda que, a competência para legislar sobre educação, ensino, entre outros é concorrente entre União, Estado e DF. São inúmeras as previsões constitucionais e infraconstitucionais que visam proteger e dar condições de acesso a educação, por último, destaca-se o preconizado no artigo 205 e 206 da Constituição.

Conforme Artigo 205 da Constituição Federal:

Art. 205. 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. I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal; IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Brasil, 1988)

Destaca-se o inciso IX, que traz o Direito a Educação como garantia perene, ou seja, independentemente da idade, o indivíduo que queira buscar sua formação, em especial o ensino básico tem garantido esse acesso, ao ensino superior vigora o princípio da meritocracia.

Enfim, são vários os direitos fundamentais sociais, em especial o direito e acesso a saúde, que será abordado no próximo tópico de uma maneira minuciosa, pois quando falamos em direito a vida, temos como precedente o direito a saúde, portanto abordaremos o direito a saúde com o objetivo de destacar sua importância para a aplicação da teoria da coculpabilidade.

4 SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E INTERNACIONAL

Direito a saúde, inscontestavelmente é um direito fundamental, não somente por estar previsto na Constituição, mas internacionalmente reconhecido como direito fundamental. Além disso, o direito e Acesso a Saúde, um dos direitos básicos que se interligam com outros direitos, tais como, a vida, a dignidade etc. Previsto em vários dispositivos constitucionais e internacionais, além de ser reconhecido como essencial para materializar o direito a Vida e a Dignidade da Pessoa Humana.

Na visão de Ferrajoli ; Martini; Kölling apud Dutra; Sturza (2023, p. 171-172),

Sobretudo, sob a égide de cartas constitucionais e sistemas internacionais de direitos humanos fundamentais, a saúde é reconhecida como direito humano fundamental. Nas palavras do jurista italiano Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais são caracterizados como sendo direitos de viés subjetivo que estão atrelados à dimensão da universalidade e destinados a todos os seres humanos providos do status existencial de pessoa. Ademais, “sendo direito subjetivo qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não-lesão), vinculada a um sujeito por uma norma jurídica positiva, pressupondo sua idoneidade a ser titular de situação jurídica e/ou autor de atos que estão em exercício” (Ferrajoli, 2011, p. 09). Nesse pensamento, o caráter fundamental da saúde é vislumbrado no instante em que o direito à saúde pugna, “também, uma atenção integral à saúde, ou seja, atenção médico-hospitalar, programas de saúde pública, vigilância epidemiológica, vigilância sanitária, educação para a saúde, saneamento básico, habitação, alimentação, nutrição etc.” (Martini; Kölling, 2010, p. 15). Com efeito, os direitos fundamentais têm a função de garantir que o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁵ seja reconhecido em toda a sua carga valorativa, tendo em vista que, tais direitos devem atentar às demandas sociais de todos os indivíduos integrantes de determinado tecido social, igualmente são atrelados à ideia de “poderes e a expectativas de todos”, ou seja, do povo numa dimensão democrática (Ferrajoli, 2011, p. 518).

No direito Internacional citamos como instrumento jurídico mais importante para a proteção dos direitos humanos, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 criada pós segunda guerra mundial, que estatuiu em seu artigo 25, que todo o ser humano precisa

garantir o acesso a saúde, para si e para sua família.

Conforme o Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos,

Artigo 25, item I. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (DUDH, 1948).

O direito e acesso a saúde é de extrema relevância para o ser humano, para a vida, que tem previsão internacional e nacional. No ordenamento jurídico interno podemos citar o artigo 23 da Constituição Federal, descreve: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Destaca-se ainda que, em alguns casos, onde não houver aplicação correta do repasse financeiro que é feito ao município, ou seja, destinação a manutenção e desenvolvimento das ações relacionadas aos serviços públicos de saúde, poderá, respeitados os requisitos, o estado intervir em seus municípios, Art. 35 da Constituição Federal 1998:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: I – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Brasil, 1988)

Outros dispositivos constitucionais reforçam a importância do direito e acesso a saúde. Logo após o artigo 6º da Constituição em seu caput ressaltar o direito da saúde como um direito social, o artigo 7º no âmbito do direito do trabalhador em seu inciso IV, que protege tanto os direitos dos trabalhadores urbanos e trabalhadores rurais, destaca que, o salário mínimo deve atender sua necessidade vitais, citando, direito a moradia, educação, higiene, transporte, previdência e o direito a saúde, ou seja, o salário do trabalhador deve garantir uma viabilidade desses direitos fundamentais e vitais:

De acordo com Artigo 7º da Constituição Federal:

Art. 7º .São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – fundo de garantia do tempo de serviço; IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para

qualquer fim. (Brasil, 1988)

Já no dispositivo 24º a Carta Magna destaca que é competência concorrente entre a União, Estado, Distrito Federal e Municípios legislar sobre a proteção e defesa da saúde, contudo, em seu artigo 30. Inciso VII, ressalta essa ideia de cooperação financeira da União, Estado e Município, mas que compete a esse o serviços de prestar atendimento à saúde da população.

Há na constituição uma seção específica que trata do direito a saúde. Iniciando no artigo 196 CF até o artigo 200 CF, fica clara a importância do direito e acesso a saúde como premissa básica para se ter uma vida e também uma vida com dignidade. Na redação do caput do artigo 196 CF percebe-se que a Constituição aduz que é dever do Estado oportunizar o direito a saúde, por meio de políticas sociais e econômicas, bem como, o acesso universal e promoção da saúde. Já o artigo 197 CF estende a possibilidade de que a saúde seja prestada por terceiro, desde que, controlada e fiscalizada pelo poder público.

Redação dos dois artigos retromencionados:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (Brasil, 1988)

É notória a preocupação do poder Constituinte Originário em enfatizar o direito e acesso a saúde, como um dos direitos fundamentais mais importante no ordenamento jurídico interno. Não obstante na legislação infraconstitucional, percebe-se que também há previsão legal específica para a proteção dos vulneráveis, em especial, crianças e adolescente, bem como, no Estatuto do Idoso, neste, a preocupação com a preservação da saúde do idoso é tão latente que esta prevista logo em seu artigo 2º, e o artigo ainda ressalta que a saúde a ser preservada é a física e mental:

Art. 2º A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (Brasil, 2003).

Não obstante, ainda entendendo que a proteção ao idoso deve ser estendida, o Estatuto do idoso, designa a responsabilidade a família, a sociedade e o poder público, para garantir

com prioridade o direito a vida e a saúde ao Idoso, destaca-se que o texto coloca em ordem, o direito a vida e logo em seguida o direito a saúde, ainda destaca que é necessário garantir a efetivação do direito a saúde e não somente o direito a ter direito a saúde.

Assim, o artigo 3º do Estatuto do idoso expõe:

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária... § 1º A garantia de prioridade compreende[...]VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais (Brasil, 2003).

Com destaque para o inciso VIII, que resalta a garantia de acesso dos idosos aos serviços de saúde, enfatizando a importância, bem como, a assistência social. São inúmeros os artigos que tratam de direito a saúde para o idoso, por fim, iremos destacar o artigo 9º que coloca o direito a saúde do idoso como direito fundamental dentro do próprio Estatuto do Idoso, ainda, dedicou um capítulo IV, exclusivo para direito e acesso a saúde do idoso, do artigo 15º ao artigo 19º. Conforme artigo 9º: É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Por fim, destaca-se que outros Códigos também se preocupam com o direito a saúde, o Estatuto da Criança e Adolescente também possuem artigos que visam proteger e garantir o acesso a saúde. O Estatuto da Criança e Adolescente prevê um título dos Direitos Fundamentais e como capítulo I, Direito a vida e a saúde, deste modo, percebemos que o Direito a saúde está totalmente interligado ao Direito a vida. Essa proteção é dada principalmente no artigo Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

5 (IN) EFETIVAÇÃO DA SAÚDE E A DECISÕES JUDICIAIS

Não restam dúvidas quanto a importância do direito e acesso a saúde, sobretudo, que esses se materializem ao direito mundialmente mais importante, a Vida, contudo, em que pese as proteções previstas na Constituição Federal de 1988, bem como, nos Códigos infraconstitucionais conforme citado nos tópicos anteriores, o acesso a saúde é cada vez mais complexo, sendo necessária a judicialização da mesma.

A ausência de políticas públicas, dificultam o acesso a saúde, em alguns casos de

médicamentos de alto custo, exames e outras situações, por vezes, além de empresas privadas o próprio Estado se nega a prover o medicamento cerceando o acesso a saúde, com fundamentos jurídicos que são superados em favor do ser humanos. Neste ponto, é necessário judicializar o direito a saúde para que se tenha acesso a mesma. As demandas judiciais crescem em todo o Estado, seja pela negativa de prestação dos serviços contrato por planos de saúde, ou por não consolidação dos planos de políticas públicas ou ainda, como citado anteriormente, negativa do Estado em garantir alguns medicamentos essenciais a vida.

Segundo Vieira (2023, p. 28),

Não há trabalhos publicados que analisem a judicialização em todo o país. Contudo, com a publicação desses trabalhos, fica cada vez mais claro que as causas da judicialização são diversas e que variam no território nacional. Em algumas localidades, as demandas podem ser majoritariamente relacionadas a bens e a serviços de saúde já previstos nas políticas públicas, enquanto, em outras localidades, a maioria das solicitações se refere a produtos e serviços não contemplados nessas políticas.

As demandas judiciais, para garantir o acesso a saúde, tem aumentado exponencialmente, há doutrinadores que defendem a tese de que o cidadão tem buscado mais o poder judiciário a fim de garantir seus direitos de cidadania e isso tem influenciado o aumento das demandas, ainda, com a pandemia que recentemente assolou o mundo, conseqüentemente se busco mais o poder judiciário para que o Estado prestem os direitos positivos. Destaca-se que as demandas judiciais, são maiores por pessoas com menor capacidade econômica e vulneráveis, ou sejam, idosos, crianças, negros e pobres.

Na visão de Vieira (2023, p. 33-34),

Para o autor, o impacto social positivo da judicialização da saúde ocorreria se o seu foco prioritário fosse o atendimento das questões de saúde dos mais vulneráveis socioeconomicamente. Contudo, o que se verificou foi a ausência ou a escassez de casos nas regiões, estados e municípios mais pobres, com baixo desenvolvimento humano, revelando que os indivíduos em situação de maior desvantagem socioeconômica não chegaram aos tribunais. Considerando ainda outros resultados desta análise, o autor afirma que há um gradiente social nas demandas judiciais no SUS e conclui que o impacto social do modelo vigente da judicialização da saúde é negativo. Em nova publicação sobre o assunto, Ferraz (2017) avalia a evolução da judicialização da saúde no Brasil na última década e afirma, com base em novas evidências produzidas a partir de estudos realizados por diversos autores, que a judicialização permanece não servindo prioritariamente aos indivíduos mais desprotegidos socioeconomicamente.

Por fim, sob a égide da teoria da reserva do possível o Estado tem pleiteado a possibilidade de negar o custeio de alguns medicamentos, com o fundamento de que custear esses medicamentos colocaria em risco a estabilidade econômica e prejudicaria o repasse

desses valores para outras áreas da saúde que atingiriam um número maior de pessoas, contudo, esse argumento não tem surtido efetividade pois em contrapartida o poder judiciário tem entendido que o Estado não pode utilizar dessa fundamentação para se furtar da responsabilidade dada pela norma mandamental e com base na teoria do mínimo existencial tem obrigado o Estado a custear esses medicamentos, pois negar acesso a esses medicamentos seria negar a próprio vida, o maior direito protegido nacionalmente e internacionalmente.

6 INFRAÇÃO PENAL E O ACESSO A SAÚDE

Um dos códigos infraconstitucionais mais importantes que existe no ordenamento jurídico, é o Código Penal Brasileiro, em seus artigos há previsões de condutas que quando materializadas incorrerão em infrações penais, em regra, o preceito primário da norma prevê a conduta e o preceito secundário prevê a pena que incidirá sobre o agente em caso de adequação entre conduta e norma, bem como, há uma regra na dosimetria da pena que trás as possibilidades de atenuantes e agravantes.

O artigo 135- A CP visa proteger o acesso a saúde e conseqüentemente o direito a vida, em casos de atendimento médico em hospitais, casos de emergência, se houver negativa ou morosidade no atendimento, obrigando o paciente a prestar caução ou qualquer preenchimento de documentos como condição para o atendimento emergencial, o agente que praticar essa conduta será responsabilizado.

Redação do artigo 135 -A do Código Penal:

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte. (Brasil, 1940).

Deste modo, percebe-se a proteção ao acesso a saúde, bem como, o viés de responsabilizar criminalmente condutas que visem cercear esse direito fundamental, mas em casos que para garantir o acesso a saúde o indivíduo venha a cometer uma infração penal, ou seja, aquele que tem o acesso a saúde negado e para garantir esse direito acaba por cometer crimes, como seria a responsabilidade criminal desse indivíduo?

O Código Penal Brasileiro e a Doutrina, possuem institutos que a depender do crime praticado podem atenuar a pena ou até mesmo despenalizar a conduta. Podemos citar o exemplo clássico, furto famélico, onde é aplicado o princípio da insignificância “excludente de ilicitude” para esses casos, há conduta torna-se atípica desde que atendidos critérios

objetivos e subjetivos, conforme já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O STF já rechaçou a aplicação desse princípio em casos de criminoso habitual, ou seja, caso haja vários furtos familiares esse princípio seria inaplicável, bem como, no caso da decisão do STJ abaixo, houve um furto de 3 peças de picanhas e quatro desodorantes que foram restituída imediatamente, ou seja, houve um furto para a subsistência “carne” e higiene pessoal “desodorantes” na fundamentação o STJ entendeu que o réu não preenchia os critérios para a aplicação do princípio da insignificância, considerando que já haviam três ações tramitando pelo mesmo delito.

Supremo Tribunal de Justiça:

A restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância. STJ. 3ª Seção. REsp 2.062.095-AL e REsp 2.062.375-AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 25/10/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1205) (Info 793).

Em que pese a ementa destaca a questão da restituição, ao analisar o julgado percebe-se que um dos pontos que fundamentaram a decisão foi as outras ações penais pelo mesmo crime de furto familiar, esse, é um dos exemplos citados.

Ainda, para o Supremo Tribunal Federal (Resp 1.986.729/MG):

Para de afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta do agente. Não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica, de delito contra o patrimônio, praticada por paciente que é costumeiro na prática de crimes da espécie.

Podemos imaginar em uma situação hipotética de vida ou morte, onde a filha precise de uma cirurgia com urgência, aguardando na fila do sistema único de saúde (sus) e ao agravar a situação o pai da criança busque, ainda que por meio criminoso, recursos financeiros para custear a cirurgia em hospital particular e salvar a vida de sua filha.

Na situação hipotética, seria imperiosa à aplicação da teoria da coculpabilidade, ainda que cumulada com outras atenuantes, pois é razoável que para garantir a vida da sua filha, seja pelo furto de alimentos ou outros delitos, considerando a não autordeterminação do indivíduo, venha a cometer delitos.

Partindo para o acesso a saúde, por vezes, há crimes que são praticado para que o recursos financeiros obtido dessas condutas, sejam direcionadas para custear o acesso a saúde, com o pagamento de consultas ou até mesmo cirurgias particulares, considerando que

o Estado não garante o acesso integral a saúde.

7 DOS CÓDIGOS INFRACONSTITUCIONAIS E A TEORIA DA COCULPABILIDADE

O Direito Constitucional, busca abarcar todas as nuances do convívio da sociedade, seja pela relação jurídica privada regulada pelo código civil, ou ainda, pelo direito público, esse, apesar de não ter suas leis codificadas em um único dispositivo rege-se por ordenamentos jurídicos esparsos, tendo como fonte primária a lei e secundária, jurisprudência, doutrina e costumes, consubstanciado no interesse público e indisponibilidade deste interesse.

Entre os códigos infraconstitucionais, temos o Código Penal Brasileiro (CPB), bem como, o Código Processual Penal (CPP). O CPB, prevê condutas aos quais, se praticadas, o indivíduo será responsabilizado criminalmente, como citado anteriormente. O Direito Penal, é a *última ratio*, respeitando os princípios expressos e implícitos na Constituição Federal, exemplificadamente, Princípio da não culpabilidade, Princípio da Anterioridade ou Legalidade, Princípio do Juiz Natural, Princípio da proibição da criação de tribunal de exceção, entre outros.

Entre os princípios mais importante, está o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, esse, garante ao indiciado, acusado, condenado sem trânsito em julgado, de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da ação. Neste ponto cabe uma observação, no caso de ação de revisão criminal não vigorará o princípio da não culpabilidade, mas sim, o princípio *pro societatis*. Outro princípio de cunho mandamental, constitucional, é o princípio do Contraditório e Ampla defesa, entre outros.

Ao praticar uma conduta definida como infração penal, o sujeito ativo, estará a disposição do Estado para aplicação do *jus puniende*, entretanto, após a persecução penal e instrução criminal, respeitado os princípios que circundam o Direito Processual Penal, o juiz deverá obrigatoriamente ao aplicar a sentença, motivar sua decisão.

Conforme Art. 381 do Código de Processo Penal:

A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz. (Brasil, 1941).

São requisitos legais previstos no código de processo penal que deverá constar na sentença, sob pena do recurso de embargos de declaração. Entretanto, quando a sentença o

for condenatória, além dos requisitos supracitados, deverá também o magistrado seguir os requisitos abaixo previstos no Art. 387 e seus incisos, do Código de Processo Penal.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer. II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto- Lei n o 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões. IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança. VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (Art. 73, § 1 o , do Código Penal) (Brasil, 1941).

Para este trabalho, destaca-se como extremamente importante, o inciso I do artigo 387 do Código de Processo Penal. Ressalta-se que este artigo não dispõe quais são as causas agravantes ou atenuantes, mas prevê que é obrigatório ao juiz citar as causas agravantes e atenuantes que estão previstas no Código Penal. As agravantes previstas em um rol taxativo, em que pese, haja a teoria da coculpabilidade as avessas, que não é possível analogia *in malan* parte no Direito Penal. No artigo 65 do CP, estão previstas as atenuantes.

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). II – o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (Brasil. 1940).

São vastas as circunstâncias, em que é possível atenuar a pena imposta, bem como, agravá-las. Entretanto, além das causas elencadas no artigo 65 do Código Penal, existe outra possibilidade para atenuar a pena prevista no artigo 66 do Código Penal, arguindo que mesmo causa anteriores ou posteriores ao delito cometido, desde que relevante, podem ser consideradas como causa atenuante da pena, é a chamada de atenuante *inominada*.

A teoria da coculpabilidade fundamenta-se na ideia de que a criminalidade muitas vezes está associada à falta de oportunidades, desigualdades sociais, ausência de políticas públicas eficientes, ausência do acesso aos direitos fundamentais, tais como, acesso a saúde

entre outros fatores que podem ser atribuídos à ineficiência ou negligência estatal. Assim, a aplicação dessa teoria busca uma distribuição mais equitativa da responsabilidade penal, levando em consideração não apenas a conduta do autor do crime, mas também o contexto social que o circunda.

Na visão de Masson (2023, p 388),

Com efeito, a teoria da coculpabilidade aponta a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também suportar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante das concausas socioeconômicas da criminalidade urbana e rural. O art. 66 do Código Penal brasileiro dá ao juiz uma ferramenta para atenuar a resposta penal à desigualdade social de oportunidades (“a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”).

Portanto, a teoria da coculpabilidade destaca a responsabilidade social do Estado na não integração de indivíduos à sociedade, atribuindo-lhes a carga de suportar as consequências do comportamento desviante desses indivíduos, que enfrentam limitada autodeterminação devido às influências socioeconômicas da criminalidade urbana e rural. O art. 66 CP, outorga ao judiciário a possibilidade de atenuar a resposta penal diante da desigualdade social e de oportunidades, permitindo considerar circunstâncias relevantes, ainda que não expressamente previstas em lei, como forma de lidar com as complexidades e nuances das causas e reflexos sociais relacionadas ao crime e ao criminoso.

A relação entre a teoria da coculpabilidade e os Direitos Humanos é evidente, uma vez que a teoria argumenta que o Estado deve ser responsabilizado quando a sua ausência, que acaba por contribuir para que indivíduos socialmente marginalizados cometam delitos. Ao deixar de tratar todos de maneira igual, não apenas a administração pública desrespeita a Constituição Federal, mas também negligência os princípios contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), crucial na garantia dos direitos humanos.

O artigo I da DUDH, destaca que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, possuindo razão e consciência, e devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade. Essa premissa estabelece a base para a compreensão e promoção dos direitos humanos em escala global, buscando garantir da vida, dignidade da pessoa humana, ou seja, defendendo a tese central da Teoria da Coculpabilidade, pela ausência do Estado em garantir os direitos fundamentais básico, de forma isonômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise e estudo, da doutrina e da legislação, bem como, considerando a análise jurisprudencial, infere-se que os direitos fundamentais são de ordem mandamental, sua proteção, garantia e acesso é primordial para uma vida com dignidade, em especial dos direitos fundamentais sociais. Destaca-se, que o direito e acesso a saúde é primordial para a vida, bem como, uma vida com dignidade, recebendo assim a proteção internacional, constitucional e infraconstitucional em vários Códigos, tais como, Estatuto do Idoso e Estatuto da Criança e Adolescente, ou seja, um direito elementar a vida. Destaca-se que houve um aumento significativo das demandas judiciais, o chamado processo de judicialização da saúde, em especial, por aqueles que não tem poder econômico, negros, pobres, idosos, em suma, os vulneráveis.

A ausência desse acesso a saúde, em decorrência da inércia do Estado, implica uma fragilidade na autodeterminação do indivíduo, que conseqüentemente poderá incorrer em infrações penais para buscar o acesso a saúde e garantir o seu direito a vida. Além disso, o próprio Código Penal, buscou criminalizar condutas que visem cercear o acesso a saúde, conforme já citado neste trabalho. Alguns crimes são cometidos em decorrência dessa inacessibilidade ao direito a saúde, seja um crime de desacato ou um crime de furto buscando recursos para conseguir arcar com exames, cirurgias etc.

Pelos exemplos citados, percebe-se que há institutos descriminalizadores que podem ser aplicados, contudo, há limitações nessas aplicações, conforme o Supremo Tribunal Federal ao considerar que o criminoso habitual não atende ao requisito subjetivo da reprovabilidade da conduta para aplicar o princípio da insignificância. Nesse sentido, a teoria da coculpabilidade se adequaria perfeitamente nesses casos de ausência e inércia estatal na prestação de direitos positivos, em especial, direito e acesso a saúde.

Conclui-se que é imperiosa a aplicação da Teoria da Coculpabilidade em casos de infrações penais que busquem o direito e acesso a saúde, considerando que o Estado é falho em garantir o mínimo para uma igualdade material, bem como, dar condições para uma vida com dignidade, a base legal para a aplicação da Teoria da Coculpabilidade, esta claramente fundamentada na atenuante inominada do artigo 66 do CP que poderá ser aplicada cumulativamente com outras atenuantes.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Estatuto do idoso*. Disponível: em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 20 de julho de 2024.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 20 de julho de 2024.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de julho de 2024.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 20 de julho de 2024.

BRASIL. *Código Penal de 1940*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 21 de julho de 2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/91866be0ed30d6a36df817992d2a2ef3>. Acesso em: 01/08/2024.

CRESWEL, Jhon. W. *Projeto de pesquisa: método qualitativo, quantitativo e misto*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

DUTRA, Gabrielle Scola; STURZA, Janaína Machado. Direito humano à saúde [recurso eletrônico] : performatividade e precariedade da existência das mulheres transmigrantes no Estado do Rio Grande do Sul sob a perspectiva da Metateoria do Direito Fraternal. Blumenau, SC: Dom Modesto, 2023.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023.

MONDAINI, Marco. *Direitos Humanos*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina, 2020.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 julho de 2024.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023.

VIEIRA, Fabiola Sulpino, *Direito à saúde no Brasil: seus contornos, Judicialização e a necessidade da Macrojustiça*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea, 1990.