

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

THAISA MAYER PONTES

**ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NOS CASOS
DE REINCIDÊNCIA**

**CURITIBA
2014**

THAISA MAYER PONTES

**ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NOS CASOS
DE REINCIDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização.
Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Pedro Luciano Evangelista
Ferreira

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

THAISA MAYER PONTES

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NOS CASOS DE REINCIDÊNCIA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Pedro Luciano Evangelista Ferreira

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2014.

A DEUS.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 CULPABILIDADE..... | 9 |
| 2.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE..... | 9 |
| 2.2 CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO, LIMITE DA PENA E ELEMENTO DO DELITO..... | 13 |
| 2.3 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA | 16 |
| 3 COCULPABILIDADE..... | 18 |
| 3.1 CONCEITO DE COCULPABILIDADE | 18 |
| 3.2 COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS..... | 22 |
| 3.3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO | 25 |
| 4 REINCIDÊNCIA E COCULPABILIDADE..... | 31 |
| 4.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA | 31 |
| 4.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DA REINCIDÊNCIA..... | 34 |
| 4.3 REINCIDÊNCIA E COCULPABILIDADE..... | 36 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 45 |

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NOS CASOS DE REINCIDÊNCIA

THAISA MAYER PONTES

RESUMO

O trabalho tem como principal objetivo analisar a aplicação do princípio da coculpabilidade nos casos de reincidência penal. Para que isto seja possível, são abordados temas como culpabilidade e sua evolução histórica, a culpabilidade na fixação da pena, culpabilidade como princípio, limite e elemento do delito. Além disso, o instituto da reincidência penal é abordado a partir da explanação de seu conceito, da demonstração do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, assim como da questão da aplicação do princípio da coculpabilidade nos casos de reincidência penal. Através da análise destes aspectos, é possível compreender a importância da ligação entre o princípio da coculpabilidade e do instituto da reincidência penal, assim como restará demonstrada a necessidade de positivizar este princípio no ordenamento jurídico brasileiro, para que assim seja feita a sua melhor aplicação, especialmente nos casos de reincidência, obedecendo, portanto, as pretensões de realização de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Culpabilidade. Coculpabilidade. Estado Democrático de Direito. Reincidência penal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a aplicação do princípio da coculpabilidade nos casos de reincidência penal.

O instituto da reincidência desperta o interesse da doutrina e dos profissionais de direito há muito tempo, e, apesar de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito, mantém ainda a reincidência no Direito Penal pátrio.

Parte dos doutrinadores possui resistência acerca da exclusão deste instituto do Direito Penal brasileiro. Os que não são indiferentes ao problema da justificação do instituto da reincidência tendem a defender a sua manutenção na legislação penal (como defendem Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini, Guilherme de Souza Nucci, André Estefam, entre outros).

O princípio da coculpabilidade não é menos polêmico no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não fora positivado, e, por esta razão, a maioria dos julgadores não o considera de forma adequada para uma possível aplicação de pena nos casos de reincidência.

Ocorre que o instituto em questão não pode ser justificado com base na dogmática do Direito Penal, tampouco com base no fundamento da sociologia criminal, o que demonstra uma necessidade de mudança acerca da reincidência, assim como a positivação da coculpabilidade na legislação brasileira, ou ao menos sua aplicação com respaldo no art. 66 do Código Penal.

Em razão da necessidade de observância ao modelo estatal eleito pelo legislador constituinte para que se aplique corretamente a legislação penal e, especificamente, o instituto da reincidência penal e o princípio da coculpabilidade, propõe-se no presente trabalho analisar, primeiramente, o princípio da culpabilidade por meio do estudo de sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, da sua utilização quando da fixação da pena, bem como de suas características como princípio, limite da pena e elemento do delito.

Num segundo momento, busca-se compreender o princípio da coculpabilidade, por meio do estudo de seu conceito, passando por uma breve explicação da coculpabilidade às avessas, e analisando, por fim, a aplicação da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, analisar-se-á o instituto da reincidência, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. A partir daí, demonstrar-se-á a importância da ligação do princípio da coculpabilidade ao instituto da reincidência.

Com isso, pretende-se demonstrar a importância da análise do princípio da coculpabilidade nos casos de reincidência, o que não tem sido feito pelos julgadores no momento atual do Direito Penal. Como justificativa para a não aplicação, alegam os magistrados, na maioria das vezes, que não é possível aplicar o princípio dada a falta de posituação do instituto no ordenamento jurídico pátrio, ou ainda pelo fato de não ter restado comprovado que o indivíduo fora prejudicado por suas condições sociais.¹

¹ Vide: STF - HC: 124522 AC; STJ - HC: 187132 MG 2010/0185087-8; TJ-SP - APL: 00016963020138260127 SP 0001696-30.2013.8.26.0127; TJ-RS - ACR: 70059137893; TJ-DF - APR: 20130110627183 DF 0016547-92.2013.8.07.0001; TJ-MG - APR: 1070413005558001 MG.

2 CULPABILIDADE

O conceito de culpabilidade, em Direito Penal, possui três sentidos. Primeiramente, a culpabilidade está relacionada à aplicação da pena, demonstrando a possibilidade da aplicação de uma pena ao autor de um fato que é proibido pela lei penal.² A culpabilidade, em segundo lugar, pode ser um elemento de determinação da pena, ou seja, o limite para esta. Ainda, em terceiro lugar, a culpabilidade é entendida como princípio, que assegurará que nenhum indivíduo será punido por um resultado “absolutamente imprevisível se não houver obrado com dolo ou culpa”.³

Para que se possa fazer uma abordagem adequada do tema, é necessário estudar, de maneira breve, o desenvolvimento do princípio da culpabilidade.

2.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

O conceito psicológico de culpabilidade surgiu na metade do século XIX, quando da afirmação do positivismo e do determinismo, e foi o primeiro passo para o desenvolvimento da responsabilidade penal subjetiva.⁴ O objetivo desta teoria era retirar o vínculo previamente existente entre culpabilidade e culpa moral, firmando um conceito que fosse, tão somente, jurídico.⁵

De acordo com Jorge de Figueiredo DIAS, “o cerne da categoria reside no dolo e na negligência como espécies diferenciadas de ligação psicológica entre o agente e o fato”.⁶

A culpabilidade conforme definida pela teoria psicológica demonstrou, pela primeira vez, a “separação entre dois aspectos da estrutura do crime, um objetivo constituído pela causalidade, presente na tipicidade e na ilicitude, e outro subjetivo, no qual se encontra a culpabilidade”.⁷

O conceito psicológico de culpabilidade era formado somente pelo dolo e pela culpa, e englobava também a ideia de imputabilidade, que era pressuposto para que houvesse

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**, volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 331.

³ Ibid., p. 331.

⁴ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33.

⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 530.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 512.

⁷ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 33.

culpabilidade.⁸ A imputabilidade deveria ser afastada quando o indivíduo fosse portador de doenças mentais ou devido à sua imaturidade, casos em que não haveria dolo ou culpa, e assim, também seria excluída a culpabilidade.⁹

O conceito psicológico de culpabilidade foi bastante criticado, pois as formas de culpabilidade apresentadas por esta teoria não poderiam ser duas formas de uma mesma coisa, uma vez que o dolo representa “querer”, e a culpa o exato contrário, ou seja, “não querer”.¹⁰ Além disso, não era possível manter a ideia de que houvesse aí vínculos psicológicos, uma vez que quando há imprudência inconsciente, não há ligação psicológica entre o agente e o fato, “até porque é da essência dela a imprevisão do resultado desvalioso”.¹¹

De acordo com Paulo César BUSATO,

o dolo pode ser entendido – e à época efetivamente era – como um conceito psicológico, composto por vontade e previsão, a imprudência ou culpa é um conceito essencialmente normativo, composto da previsibilidade e da infração de dever de cuidado.

Este foi um dos motivos pelo qual a teoria foi criticada, já que era difícil reconhecer situações de exculpação, já que existem situações em que há um vínculo psicológico em face do resultado, mas não é reconhecida a culpabilidade do autor.

Em 1907, com a carência apresentada pelo conceito psicológico, surgiu a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, originada pelos estudos de Reinhard Frank. Esta teoria causou uma revolução na estrutura do delito, assim como na culpabilidade, pois a redefiniu como sendo um “juízo de valor com base na reprovabilidade da conduta”, e não mais somente como liame psicológico entre autor e fato.¹²

Para Frank, “o que oferece a medida da culpabilidade não é o dolo nem a culpa, mas o que ele denomina ‘circunstâncias concomitantes’, as quais podem tanto atenuar como excluir a culpabilidade.”¹³

Esta teoria considerava que o estado de necessidade exculpante não poderia ser explicado pela teoria psicológica de culpabilidade, pois para esta a culpabilidade nada mais era do que a soma de dolo e culpa, que produziam um resultado de forma consciente ou

⁸ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 34.

⁹ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 34.

¹⁰ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 532.

¹¹ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 532.

¹² RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 37-38.

¹³ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da Culpabilidade**: considerações. Curitiba: Juruá, 2008. p. 143.

descuidada, o que tornaria impossível a exclusão da culpabilidade por estado de necessidade, já que o sujeito que aí atua tem consciência sobre o que faz.¹⁴

Além disso, Frank também critica, em seu trabalho, o fato de a imputabilidade ser pressuposto e não elemento da culpabilidade, pois um doente mental, por exemplo, pode querer praticar a ação.

James Goldschmidt, um dos defensores da teoria psicológico-normativa, afirmou que:

ao lado de cada *norma jurídica (Rechtsnorm)* existiria uma *norma de dever (Pflichtnorm)*, sendo que a primeira dirigia-se ao injusto, possuindo caráter objetivo e geral, como são as normas incriminadoras; a segunda estaria atrelada à culpabilidade e seria relacionada com o caráter subjetivo e individual, visando dirigir a vontade de atuação. Ao lado das normas que regem a conduta existe a norma de dever, que, se contrariada, revela uma *vontade contrária ao dever*, que é o objeto de censura individual.¹⁵

Para este autor, somente seria possível falar de legalidade conforme o dever se houvesse uma atuação conforme o direito pela consciência do dever, de modo que a ação dolosa teria uma manifestação de vontade contrária ao dever.¹⁶

Neste caso, somente poderia haver a desobediência ao dever se a norma fosse conhecida. Portanto, a partir desta teoria, passou-se a considerar que a reprovação do autor dependeria da consciência da antijuricidade da ação praticada.

Berthold Freudenthal também deu sua contribuição para a teoria psicológico-normativa, pois demonstrou que não havia uma boa compreensão do direito pelo povo, pois haviam condenações jurídicas em situações que todos teriam agido da maneira que o autor da ação agiu.¹⁷ Em circunstâncias excepcionais, portanto, seria impossível agir conforme a norma, o que deveria excluir a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

O autor deveria ter, portanto, consciência da ilicitude, o que ligou de maneira definitiva a culpabilidade à antijuricidade. Ou seja, quem desconhecia a ilegalidade de sua conduta, não agiria com dolo. A partir deste momento, dolo e culpa não mais eram considerados formas de culpabilidade, pois tornaram-se elementos da culpabilidade, assim como a imputabilidade e a exigibilidade de conduta conforme o direito.

A teoria psicológico-normativa determinava, enfim, que a culpa “é **censurabilidade** por o agente ter agido como agiu”¹⁸, e também sofreu críticas e precisou ser aprimorada, pois

¹⁴ BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 143.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, James apud BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 534.

¹⁶ Ibid., loc. cit.

¹⁷ Ibid., p. 535.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 512

apresentou falhas quando os casos envolviam indivíduos que tinham um padrão de conduta de acordo com as regras da criminalidade, e que não sabiam distinguir o lícito do ilícito.¹⁹

Welzel demonstrou que ainda aqui os elementos estavam mal distribuídos na estrutura do delito. A solução para tais problemas somente apareceram com o finalismo e a teoria normativa pura da culpabilidade.

De acordo com a teoria finalista, o dolo e a culpa são elementos que não pertencem à culpabilidade, pois inviabilizam que ela seja autenticamente normativa.²⁰ Desta forma, o dolo e a culpa passaram a fazer parte da estrutura do tipo penal, deixando de pertencer à culpabilidade. O dolo passou a ser entendido como conhecimento e vontade de realizar o tipo objetivo, como elemento subjetivo do tipo.

O conceito normativo puro deu à culpabilidade uma feição normativa, de modo a conservar apenas o juízo de censura utilizado para analisar se a vontade da ação é culpável. “A culpabilidade passou a ser composta pela imputabilidade, como capacidade de culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa, reduzida, portanto, a puro juízo de valor”.²¹

Welzel considerava a culpabilidade como uma expressão de reprovabilidade, pois era necessária a verificação da ação do agente, se havia a possibilidade de ter agido conforme a norma.

É amplamente aceita pela doutrina dominante a ideia de culpabilidade como reprovabilidade, que pode ser definida, segundo BRUNONI, como “o resultado de uma imputação reprobatória, cuja observação valorativa possibilita, quando da individualização da pena, a constatação de um maior ou menor grau de censura”²², o que é imprescindível para que se possa determinar a quantidade da pena.

Conforme Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI:

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 motivasse²³.

A culpabilidade entendida como juízo de reprovação do autor pela realização do tipo do injusto representa o que, modernamente, explica o conceito normativo de culpabilidade:

¹⁹ BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 147.

²⁰ Ibid., p. 148.

²¹ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 539.

²² BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 149.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529.

um juízo de reprovação *sobre* o sujeito (quem é reprovado), que tem por *objeto* a realização do tipo de injusto (o que é reprovado) e por *fundamento* (a) a capacidade geral de *saber (e controlar) o que faz*, (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito *saber realmente o que faz*, e (c) a normalidade das circunstâncias do fato que oferece ao sujeito o *poder de não fazer o que faz* (porque é reprovado).²⁴

Porém, ainda hoje o conceito de culpabilidade é amplamente discutido, e algumas das propostas de Welzel estão em cheque. Algumas teses apresentadas após a proposta do referido autor, não conscientes dos perigos dos conceitos jurídicos normativos puros, tiveram a intenção de aplicar à culpabilidade características que favoreceram a sua individualização.²⁵

2.2 CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO, LIMITE DA PENA E ELEMENTO DO DELITO

Para que se possa impor uma pena, que é a principal consequência jurídico-penal de um delito, não basta uma conduta típica e antijurídica, pois existem possibilidades em que o autor que pratica esta conduta será isento de responsabilidade penal. É necessário que a conduta seja, portanto, além de típica e antijurídica, culpável, e assim poderá ser imposta uma pena de acordo com o Direito Penal vigente em qualquer país civilizado²⁶.

No Direito Penal existem diversas acepções de culpabilidade, mas a primeira delas tem origem no princípio *nullum crimen sine culpa*, do qual foi tirado o princípio da culpabilidade²⁷.

O princípio da culpabilidade está previsto de forma implícita na Constituição Federal, para garantir que não ocorram, em um Estado Democrático de Direito, punições mais gravosas do que o ordenamento jurídico impõe²⁸.

De acordo com Santiago Mir PUIG,

El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho ha de intentar evitar mediante su prohibición todos los hechos especialmente *indeseables* por su grave lesividad social: los hechos penalmente antijurídicos. Pero um tal Derecho penal no puede castigar a quienes realizan alguno de estos hechos *sin culpabilidad*.²⁹

²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral** considerações. 4.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 274.

²⁵ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 541.

²⁶ CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: parte general**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 349.

²⁷ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 11.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 71.

²⁹ PUIG, Santiago Mir. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2006. p. 160.

Portanto, a culpabilidade como princípio está ligada às construções iniciais teóricas para que fosse possível caracterizar o delito, e trata-se de “exigir a concorrência de dolo ou de imprudência para a realização do delito”³⁰, ou seja, o fato deveria ser atribuído tanto objetiva quando subjetivamente ao autor, pois no Direito Penal a responsabilidade deve ser sempre subjetiva, de forma que o autor deve contribuir pessoalmente para com o ilícito.

Ao analisar a culpabilidade como princípio fundamental do Direito Penal, é necessário perceber a sua função de negar de forma veemente a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado, ou seja, fundamentada somente nos fatos praticados e seus resultados.³¹ A responsabilidade penal deve ser, portanto, subjetiva, e somente haverá uma punição quando a conduta for praticada com dolo ou culpa.

Fernando Galvão da ROCHA define o princípio da culpabilidade da seguinte maneira:

A culpabilidade é um princípio da política criminal, ao mesmo tempo em que se apresenta como um dos elementos integrantes do conceito analítico de delito. Como princípio de política criminal, a culpabilidade oferece o fundamento valorativo que limita a punição da pessoa física condenada pela realização do fato-crime.³²

De acordo com Guilherme de Souza NUCCI, “ninguém será penalmente punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva”³³. Sendo assim, o princípio da culpabilidade garante proteção ao indivíduo em face de um possível excesso repressivo do Estado, e “reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. É postulado garantista essencial ao Estado Democrático de Direito”.³⁴

A culpabilidade como limite da pena, por sua vez, tem fundamental importância, pois impede que punições injustas sejam aplicadas, e na teoria da pena tem um papel de grande relevância, já que é uma circunstância judicial analisada na primeira fase de determinação da pena, que age como limitador da quantidade de punição que deverá ser aplicado ao fato criminoso.³⁵

A culpabilidade representa o grau de reprovabilidade da conduta de acordo com o seu contexto, e afere o grau de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade. Ao

³⁰ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p.5 24.

³¹ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 12.

³² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**. Curso completo. Parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 66.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 71.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 166.

³⁵ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 13.

limitar a punibilidade através da culpabilidade, a sanção também será limitada conforme o grau de reprovação que a conduta merecer. Ou seja, o juiz deverá obedecer uma proporcionalidade ligada à reprovabilidade do comportamento do autor, que também é chamada de culpabilidade.³⁶

Outra acepção para o termo culpabilidade refere-se “à dimensão pessoal da imputação, ou seja, à possibilidade de atribuição da realização de um delito como obra sua àquele que praticou o injusto”.³⁷ Logo, a culpabilidade como elemento do delito dá um caráter pessoal ao conceito, referindo-se às características do sujeito, e que são necessárias para que se possa imputar-lhe reprovação penal como um juízo de valor normativo por ter agido de modo a contrariar a norma.³⁸

Segundo Cristiano RODRIGUES, portanto:

a culpabilidade é fator determinante para a adequação da pena à necessidade de prevenção geral e específica, pois opera como limitador primário na sua aplicação, sendo sua análise indispensável à individualização da pena, evitando abusos e arbitrariedades que ultrapassem suas funções, inerentes a uma estrutura jurídico-penal justa e asseguradora de direitos.³⁹

Rogério GRECO define a culpabilidade “como juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”⁴⁰, e como elemento integrante do conceito tripartido de delito. Desta forma, segundo o autor, “a condenação somente foi possível após ter sido afirmada a culpabilidade do agente”.⁴¹

De acordo com Claus ROXIN,

o princípio da culpabilidade é eficaz tanto na imputação objetiva, como subjetiva. No campo da imputação subjetiva, a preocupação central desta exposição, a culpabilidade é agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Aquilo a que tradicionalmente chamamos de uma “ação sem culpabilidade” (ou seja, exclusão de culpabilidade ou exculpação) não é somente a ausência de idoneidade para ser destinatário de normas, mas – em conjunto com a diminuição de culpabilidade – uma exclusão da responsabilidade, decorrente de uma falta de necessidades preventivas de punição.⁴²

³⁶ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 525.

³⁷ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 526.

³⁸ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 527.

³⁹ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 14.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 139.

⁴¹ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 139.

⁴² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 162-163.

Cezar Roberto BITENCOURT, a partir de diversos estudos, entendeu 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”.⁴³

Somente com a análise da culpabilidade, portanto, será possível aplicar a pena ao injusto cometido, tendo como base os elementos indispensáveis da imputabilidade, no potencial conhecimento da ilicitude e na exigibilidade de conduta conforme o Direito.

2.3 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA

O princípio da culpabilidade ultrapassa os limites da imputação penal e do processo, e atinge também a dosimetria da pena. A “culpabilidade individual determina que cada sujeito tem o direito a sua própria pena”,⁴⁴ sendo assim, cada pessoa terá sua pena ajustada a ele, de acordo com o objetivo que a pena visa alcançar.

Em Direito Penal, a quantidade de pena aplicada deve ser proporcional ao autor do fato ilícito. O juiz deverá emitir um juízo de valor acerca da culpabilidade do agente, e, assim, a pena deverá ser medida de maneira a demonstrar o grau de censura sobre a conduta do agente. Importante ressaltar que a “pena adequada à culpabilidade assegura melhor a pacificação social e a vigência das normas penais”⁴⁵, e até mesmo o indivíduo que cometeu o crime aceitará de maneira mais fácil a pena considerada justa.

Conforme BITENCOURT, a culpabilidade como requisito é “talvez o mais importante do moderno Direito Penal – constitui-se no balizador máximo da sanção aplicável, ainda que se invoquem *objetivos ressocializadores* ou de recuperação social.”⁴⁶

O princípio da culpabilidade é o ponto de partida para medir a pena, e refere-se ao grau de reprovabilidade da conduta do agente. Trata-se de um juízo de intensidade da reprovação, e não mais tem relação com a culpabilidade como elemento do delito, pois aqui o indivíduo já está condenado⁴⁷.

É necessário observar que dois delitos podem possuir o mesmo marco penal, porém, ao analisar o conjunto, um será mais reprovável do que o outro. Por isso, aqui será examinada

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 353.

⁴⁴ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 100.

⁴⁵ BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 316.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 589.

⁴⁷ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 877.

a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, assim como a maior ou menor reprovabilidade acerca deste comportamento⁴⁸.

A culpabilidade, portanto, não é a primeira circunstância judicial a ser analisada devido ao acaso, mas sim por se tratar de um filtro interpretativo das outras circunstâncias judiciais a serem analisadas⁴⁹.

Quando da análise da culpabilidade, analisar-se-á o dolo praticado na conduta: quanto mais intenso o dolo, maior deverá ser a censura; ao contrário, quanto menor a intensidade, menor será a censura⁵⁰.

Recentemente passou-se a perceber a influência do meio social nas decisões individuais, o que levou ao reconhecimento da chamada coculpabilidade. Esta proposição afeta o limite da pena e outros componentes específicos da culpabilidade como categoria do delito⁵¹, e, por esta razão, deverá ser estudado a seguir.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 591.

⁴⁹ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 877.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 591.

⁵¹ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 524-525.

3 COCULPABILIDADE

Uma nova maneira de analisar a culpabilidade tem ganhado força modernamente, através do conceito de coculpabilidade.

Este conceito tem uma íntima ligação com um Direito Penal socialista, e tem suas raízes principalmente nas ideias de Jean Paul Marat, médico francês que desenvolveu uma crítica socialista e revolucionária ao pensamento kantiano, em 1799, “afirmando ser a pena talional a mais justa e apropriada das formas de pena”⁵², mas somente se a sociedade fosse igualmente justa e igualitária, o que desde aquele tempo era considerado utópico⁵³.

A partir deste momento, então, uma crítica sobre o caráter retributivo das penas surgiu em forma de questionamento, pois não era justo que o cumprimento da lei fosse cobrado da mesma maneira para aqueles que têm menos oportunidades e opções na vida em sociedade se comparada à outra parte da população, já que as desigualdades políticas e sociais já existiam na época.

Com base nestas ideias, surgiu, então, o conceito de coculpabilidade.

3.1 CONCEITO DE COCULPABILIDADE

O princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito, que reconhece que o Estado possui uma parcela de culpa, ou seja, uma corresponsabilidade quando do cometimento de determinados ilícitos pelo indivíduo que possui menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto. Isso tem relação especialmente no que tange às condições sociais e econômicas do agente, que deve ter uma menor reprovabilidade da conduta, o que gerará consequências práticas não somente na aplicação da pena, mas também em relação ao processo penal.⁵⁴

De acordo com Cristiano RODRIGUES,

Com base nestas ideias nasce o conceito de co-culpabilidade, pois se a sociedade moderna, arcabouço de desigualdades, age de certa forma sobre os sujeitos, limitando de diferentes formas sua capacidade de autodeterminação e de escolha, portanto, esta sociedade deve arcar em parte com as consequências deste ônus por ela imposto aos indivíduos, dividindo a responsabilização através de uma espécie de

⁵² RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 26.

⁵³ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 26.

⁵⁴ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2014. p. 57.

co-culpabilidade, e atenuando a punição daqueles que, por serem menos favorecidos, acabem por cometer infrações penais.⁵⁵

A teoria da coculpabilidade, portanto, entrou no mundo do Direito Penal para “apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais”⁵⁶ por seus cidadãos.

É necessário observar a influência que o meio social exerce sobre as pessoas, pois enquanto a educação e a cultura, por exemplo, fazem parte do cotidiano de alguns, a marginalidade e a banalização da realização de atos criminosos pode fazer parte do cotidiano daqueles que vivem, em regra, em condições miseráveis.

Conforme Simone Matos Rios PINTO,

o primeiro dos fundamentos do Princípio da Co-Culpabilidade está em reconhecer que o indivíduo não está totalmente livre para escolher seus caminhos. A liberdade de escolha, em muito, encontra-se comprometida com a possibilidade de gozar esta liberdade. (...) A igualdade de todos perante a lei é uma falácia. O discurso da igualdade visa demonstrar que punir é algo justo e racional, e não um exercício de poder. A única conclusão a que se pode chegar diante da operacionalidade fática do sistema penal é a de que ele é, sim, um instrumento de poder. (...) Outro fundamento do Princípio da Co-Culpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Esta desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir, é também credor ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos. Então, devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a Co-Culpabilidade representa uma co-responsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte destes cidadãos credores do Estado.⁵⁷

Para Juarez Cirino dos SANTOS,

como valoração *compensatória* da responsabilidade de indivíduos *inferiorizados* por condições sociais adversas, é admissível a tese da *co-culpabilidade* da sociedade organizada, responsável pela *injustiça* das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de *anormal motivação da vontade* nas decisões da vida.⁵⁸

Segundo Rogerio GRECO, o Brasil possui uma grande quantidade de pessoas em condições de miserabilidade, que sequer conseguem emprego, por responsabilidade do Estado, uma vez que este não os preparou, nem os qualificou, para que pudessem encontrar

⁵⁵ RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 27.

⁵⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 414.

⁵⁷ PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da co-culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/C2/65/28/22/78709310A3858E83180808FF/0162008.pdf>>. Acesso em: 24 Out. 2014.

⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 231.

um trabalho. Quando uma destas pessoas comete um delito, portanto, a responsabilidade deve ser apurada e dividida com a sociedade.⁵⁹

Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI, em sua obra, ensinam que “todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado”⁶⁰. Portanto, entendem eles que há, na personalidade do indivíduo, algo que contribui para a autodeterminação, uma vez que a sociedade não é capaz de distribuir entre todos os seus cidadãos a riqueza de maneira igualitária.

Pensando a partir deste enfoque, é possível concluir que não se pode aumentar a culpabilidade de um indivíduo criminoso que seja menos favorecido social e economicamente, pois este sujeito tem um menor âmbito de autodeterminação. Por esta razão, deve haver aqui uma coculpabilidade, em que a sociedade deverá arcar com parte da culpa pelo cometimento do ato criminoso.

ZAFFARONI e PIERANGELI creem que a coculpabilidade “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”⁶¹. Porém, há que se questionar como dividir, na prática, a responsabilidade entre a sociedade e aquele que praticou um delito devido à sua condição de socialmente excluído.

Segundo Rogério GRECO, “não podemos, obviamente, pedir a cada membro do corpo social que cumpra um pouco da pena a ser aplicada”⁶². Sendo assim, existem duas opções para a aplicação da divisão da responsabilidade, quais sejam:

a primeira, dependendo da situação de exclusão social que se encontre a pessoa que, em tese, praticou um fato definido como crime, será a sua absolvição; a segunda, a aplicação do art. 66 do Código Penal.⁶³

O autor cita ainda, em sua obra, um exemplo da aplicação do que fora ensinado:

Suponhamos que, durante uma ronda policial, um casal de mendigos, cuja “morada” é embaixo de um viaduto, seja surpreendido no momento em que praticava relação sexual. Ali, embora seja um local público, é o único lugar onde esse casal conseguiu se estabelecer, em face da inexistência de oportunidades de trabalho, ou mesmo de programas destinados a retirar as pessoas miseráveis da rua a fim de colocá-las em lugar habitável e decente. Poderíamos, assim atribuir a esse casal a prática do delito de ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal? Entendemos que não, pois foi a própria sociedade que o marginalizou e o obrigou a criar um *mundo próprio*, uma *sociedade paralela*, sem as regras ditadas por essa sociedade formal, legalista e

⁵⁹ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 414.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p.529.

⁶² GRECO, Rogério. Op. cit., p.415.

⁶³ GRECO, Rogério. Op. cit., p.415.

opressora. Não poderíamos, portanto, no exemplo fornecido, concluir que o casal atuou culpavelmente, quando a responsabilidade, na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso. Pode acontecer, contudo, que alguém pratique determinada infração penal porque, marginalizado pela própria sociedade, não consegue emprego e, por essa razão, o *meio social* no qual foi forçosamente inserido entende que seja razoável *tomar com as suas próprias mãos* aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho. A divisão de responsabilidades entre o agente e a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica, diminuindo, pois, a reprimenda relativa à infração penal por ele cometida.⁶⁴

O princípio da coculpabilidade deve ser aplicado como uma maneira de reconhecer que há uma exclusão social inerente ao próprio Estado, e que, por esta razão, ele deve responder indiretamente por este fato, sem, no entanto, transformar o criminoso em vítima e o Estado, por sua vez, em criminoso.⁶⁵

Tal princípio veio à tona para que fosse possível fazer uma melhor análise acerca do juízo de reprovação que recai sobre o sujeito ativo do delito, pois é importante notar que, especialmente nos casos de delito patrimonial, o autor é compelido, na grande maioria dos casos, por condições de vida desfavoráveis, pela falta de crença nas instituições do Estado, assim como pelo menosprezo à própria sociedade, enquanto reduto excludente. Logo, a ideia de coculpabilidade é oposta à de culpabilidade enquanto juízo de reprovação em relação ao réu quando da fixação da pena.⁶⁶

O princípio da coculpabilidade pode ser entendido como um reconhecimento pelo Estado da ausência de prestações materiais, sociais e culturais, o que contribui fortemente para a prática de determinados delitos;⁶⁷ este princípio vem relembrar, então, os deveres constitucionais que o Estado tem com os cidadãos, uma vez que possui uma clara obrigação positiva de promover subsídios essenciais para o mínimo de subsistência aos indivíduos, e quando não cumpre o que deveria, deve compartilhar a culpa pelo delito com o delinquente.⁶⁸

Por fim, Juarez Cirino dos SANTOS demonstra que nos casos de sociedades pluralistas, o comportamento individual estará diretamente ligado ao *status* social de cada indivíduo, “com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos de *status* social superior,

⁶⁴ GRECO, Rogério. Op. cit., p.415.

⁶⁵ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 57.

⁶⁶ SILVA, João Carlos Carvalho da. **Princípio da co-culpabilidade e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/040209043401.pdf>> Acesso em: 24 Out. 2014.

⁶⁷ SILVA, Tamara da. **O princípio da co-culpabilidade e o Direito penal brasileiro**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 23 Ago. 2008. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/35-direitopenal/511>. Acesso em: 24 Out. 2014.

⁶⁸ MARÇAL, Fernanda Lira. SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>>. Acesso em: 24 Out. 2014.

maior liberdade; indivíduos de *status* social inferior, maior determinação.”⁶⁹ Ele conclui ainda que

se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de *conflito de deveres* jurídicos, então o conceito de *inexigibilidade de comportamento diverso* encontra, no flagelo real das *condições sociais adversas* que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como *escolha* do mal menor – até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade.⁷⁰

Portanto, o princípio da coculpabilidade deve ser aplicado no caso concreto como uma forma de abrandar a seletividade e a visão ideológica do Direito Penal, existindo conforme os direitos fundamentais de todo o cidadão, e como meio de reconhecer a responsabilidade do Estado e também da sociedade quando da prática de delitos por determinadas pessoas, em condições desfavoráveis.⁷¹

3.2 COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS

A coculpabilidade às avessas é um conceito que vem sendo desenvolvido pela doutrina moderna, e tem como perspectiva demonstrar que há uma sanção menos grave aos delitos quando praticados por indivíduos com poder social e econômico mais elevados.

Os defensores desta teoria explicam que existe, de fato, o abrandamento pelo Legislador nas sanções para os delitos de ordem econômica, financeira e tributária. Como exemplo, pode-se citar o fato de que, nos delitos “comuns”, se houver a devolução do objeto furtado, isso servirá apenas como causa de diminuição de pena (art. 16 do Código Penal) ou como atenuante (art. 65, inciso III, alínea ‘b’ do Código Penal), devendo considerar ainda o momento em que o bem foi devolvido. Em contrapartida, nos delitos tributários, se houver a reparação do dano, ou seja, o pagamento integral do tributo ora devido, haverá a extinção da punibilidade do agente, além do fato de o parcelamento do débito suspender a pretensão punitiva estatal (conforme art. 9º da Lei 10.684/2003).⁷²

Grégore Moreira de MOURA, em sua obra, diz que a coculpabilidade às avessas pode se manifestar na legislação sob três aspectos, quais sejam:

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 231.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 231.

⁷¹ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 57.

⁷² COELHO, Ariadne Elloise. VIEIRA, Bruna Inez. **A teoria da co-culpabilidade às avessas nos delitos contra a ordem econômica, financeira e tributária.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2548>>. Acesso em: 1º set. 2014.

a) tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; b) aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômico; c) como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social e penal.⁷³

A primeira hipótese ocorre no caso dos arts. 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais, que tratam, respectivamente, de vadiagem e mendicância (este último revogado pela Lei 11.983/2009). A segunda hipótese trata dos efeitos da reparação do dano, que nos crimes ditos comuns é mera causa de diminuição de pena ou atenuante genérica, enquanto nos crimes tributários é causa de extinção da punibilidade, como ocorre no art. 168-A do Código Penal. Na terceira hipótese, deve-se analisar as condições socioeconômicas do indivíduo para aplicar uma maior ou menor reprovação social e penal.

Ainda conforme seus estudos, o art. 41⁷⁴ do Código Penal argentino, que trata da coculpabilidade, traz a possibilidade de que ela seja usada para atenuar ou para agravar a pena, uma vez que faz referência expressa ao art. 40⁷⁵ do mesmo Código. Grégore de MOURA questiona:

é possível a aplicação do princípio da co-culpabilidade como forma de maior reprovação da conduta, isto é, a reprovação penal daqueles que sempre foram incluídos socialmente e tiveram boas condições culturais e socioeconômicas não é maior do que a dos socialmente excluídos?⁷⁶

Entende o autor que a partir da interpretação literal do Código Penal argentino e da comparação com outros Códigos Penais, a resposta para essa questão é positiva. De acordo com a interpretação teleológica, utilizar-se-ia a coculpabilidade como meio de elevar a reprovação social, e, da mesma maneira, a pena.⁷⁷

Sendo assim, “a co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo)”⁷⁸, ou seja, quanto menor a inclusão social do agente, maior deve ser a

⁷³ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 65.

⁷⁴ “ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

(...)

2º. 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**, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.” (Grifo nosso.)

⁷⁵ “ARTICULO 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.”

⁷⁶ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 65.

⁷⁷ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 65.

⁷⁸ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 65.

corresponsabilidade estatal; ou ainda, quanto melhores as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a corresponsabilidade do estado, e maior a reprovação social.

Existem no Brasil disposições que preveem de maneira indireta a aplicação da coculpabilidade para aumentar a reprovação penal, como é o caso do art. 76, IV, alínea 'a' da Lei 8.078⁷⁹, e do art. 4º, § 2º da Lei 1.521/51⁸⁰.

A coculpabilidade como forma de agravação da reprovação social e penal estará ligada aos fins para as quais fora desenvolvida, o que levará a uma extensão e revisão do seu conceito, assim como de seus aspectos doutrinários, e que poderá resultar, inclusive, em seu total desmembramento.⁸¹

O papel constitucional do Estado é, portanto, propiciar o verdadeiro bem comum a partir da inclusão social de seus cidadãos, e não somente proporcionar o bem de alguns e seletos indivíduos.

Para Grégore de MOURA, não é possível reconhecer a coculpabilidade como forma de elevar a reprovação penal, “visto que ela está em confronto com seus reais fundamentos, além de desvirtuar a finalidade para a qual foi criada.”⁸² O autor entende que o ordenamento jurídico-penal já previu e delimitou a reprovação dos socialmente incluídos, de modo que aumentar a pena desses agentes afrontaria os princípios da necessidade e suficiência da pena, previstos no art. 59 do Código Penal.⁸³

Ainda segundo Grégore de MOURA, “a discriminação legal é patente no tratamento dado aos crimes comuns e aos crimes tributários, *demonstrando a preferência do legislador*

⁷⁹ “Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:

(...)

IV - quando cometidos:

a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

⁸⁰ “Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

(...)

§ 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura:

I - ser cometido em época de grave crise econômica;

II - ocasionar grave dano individual;

III - dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV - quando cometido:

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) anos ou de deficiente mental, interditado ou não.”

⁸¹ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 66.

⁸² MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 67.

⁸³ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

pela classe social dominante, da qual ele faz parte”.⁸⁴ Duas formas de extirpar tal discriminação são oferecidas por ele: a primeira é revogar os artigos que trazem a extinção da punibilidade para os crimes tributários, aplicando o art. 16 do Código Penal⁸⁵ para todos os crimes, sem exceção. A segunda forma é transformar a reparação do dano em causa de extinção da punibilidade nos demais crimes, modificando a natureza do referido art. 16 de causa genérica de diminuição de pena para causa de extinção da punibilidade. Qualquer uma destas soluções daria azo à segurança jurídica, pois assim a igualdade jurídica estaria expressa nas disposições legais.⁸⁶

Portanto, reconhecer a coculpabilidade faria com que se extinguisse da legislação penal brasileira as discriminações odiosas, denominadas coculpabilidade às avessas, colocando fim à disparidade de tratamento nos efeitos da reparação do dano, que teria os mesmos efeitos tanto para os delitos denominados “ruins” quanto para os denominados “bons”.⁸⁷

3.3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Apesar de ser o princípio da coculpabilidade um princípio constitucional, ele não está previsto de maneira expressa na legislação penal do Brasil, porém, parte da doutrina busca a sua positivação, e a jurisprudência já o reconhece.

O Código de Processo Penal brasileiro, conforme Grégore de MOURA⁸⁸, reconhece o princípio da coculpabilidade, quando prevê que a primeira parte do interrogatório sobre a pessoa do acusado incluirá perguntas sobre suas oportunidades sociais e meios de vida⁸⁹, o que demonstra a função da coculpabilidade ao salientar a importância dos fatores sociais que contribuem para o cometimento de um ilícito.⁹⁰

⁸⁴ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 147.

⁸⁵ “Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

⁸⁶ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 148.

⁸⁷ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 149.

⁸⁸ MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., p. 134.

⁸⁹ “Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1o 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.”

⁹⁰ MARÇAL, Fernanda Lira. SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>>. Acesso em: 2 de set. 2014.

Entretanto, o reconhecimento deste princípio no Direito Processual Penal não é suficiente, sendo necessário que ele seja reconhecido e, portanto, positivado também no Direito Penal, de modo que o princípio constitucional implícito tornar-se-á um princípio concreto.

A doutrina vem aplicando a coculpabilidade com embasamento no art. 66 do Código Penal brasileiro⁹¹, que dá liberdade ao juiz para aplicar as atenuantes inominadas, prestando atenção nas especialidades que o caso concreto possa apresentar.

A jurisprudência também tem reconhecido a importância deste princípio, e ainda que ele não esteja previsto no Código Penal brasileiro, tem aplicado em alguns casos. É o que ocorre na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. **INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMI-ALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES.** Apelação parcialmente provida. (Apelação Crime Nº 70013886742, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 20/04/2006)⁹² (Grifo nosso)

Porém, a maioria esmagadora dos julgadores considera o princípio da coculpabilidade incabível quando da aplicação da pena.

Como exemplo, pode-se citar a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que alega ser inviável a aplicação da coculpabilidade por falta de previsão legal no Direito pátrio:

TRÁFICO DE DROGAS. Recursos defensivos. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. **Pretendida mitigação das penas, sob alegação de co-culpabilidade estatal. Inviabilidade.** Ausência de previsão legal no Direito pátrio. Precedentes do STJ. Inaplicabilidade do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei Especial. Pretendido reconhecimento da inconstitucionalidade da pecuniária prevista no preceito secundário do art. 33 da Lei Especial. Obediência à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal e à Súmula Vinculante nº 10 do STF. Penas e regime preservados. Recursos improvidos. (TJ-SP

⁹¹ “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

⁹² Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=co-culpabilidade&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=co-culpabilidade&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange%3A2006-04-20..2006-04-20+#main_res_juris> .

- APL: 00016963020138260127 SP 0001696-30.2013.8.26.0127, Relator: Eduardo Abdalla, Data de Julgamento: 03/10/2014, 2ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 03/10/2014)⁹³ (Grifo nosso)

É este também o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na maioria de suas decisões:

APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO DOLOSO. MINORAÇÃO DO APENAMENTO ARBITRADO. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA PELA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. 1. Verificando a existência de uma circunstância judicial desfavorável ao acusado, o apenamento arbitrado pelo juízo a quo mostrou-se excessivo, sendo impositivo o redimensionamento da pena. 2. A agravante genérica da reincidência foi declarada constitucional pelo STF, não subsistindo a tese de que configura inaceitável bis in idem. 3. **Não se pode responsabilizar o Estado e a sociedade como um todo pelas escolhas de um indivíduo, não se mostrando razoável a atenuação da pena por uma eventual coculpabilidade do Estado.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70058144197, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Julgado em 07/08/2014) (TJ-RS - ACR: 70058144197 RS , Relator: Fabio Vieira Heerdt, Data de Julgamento: 07/08/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/09/2014)⁹⁴ (Grifo nosso)

No caso acima citado, não houve o reconhecimento da atenuante genérica pela coculpabilidade do Estado, uma vez que entendem os Desembargadores que o Estado e a sociedade não podem ser responsabilizados pelas escolhas do sujeito.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal sustenta o mesmo posicionamento dos anteriores, como demonstra a decisão a seguir. Porém, a justificativa para o não-cabimento é outra, qual seja, o fato de não restar comprovada a omissão do Estado. É a decisão:

PENAL. ROUBO COM USO DE ARMA DE FOGO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO AUTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU **INEGIXIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA (CO-CULPABILIDADE ESTATAL)**. IMPROCEDÊNCIA. CRÍTICA DA DOSIMETRIA DA PENA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1 Réu condenado por infringir o artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de subtrair dinheiro de uma farmácia, intimidando os circunstantes com um revólver e fugindo com trezentos e oitenta reais. 2 Não há nulidade no auto de reconhecimento se a vítima descreve previamente as características físicas do réu e o reconhece dentre outras pessoas, que não precisam necessariamente serem sócias. 3 A materialidade e a autoria do roubo se reputam provadas quando duas vítimas reconhecem autor do delito com precisão e segurança, suprimindo, inclusive, a falta da apreensão e perícia da arma. 4 A análise desfavorável da culpabilidade não pode se fundar em elemento utilizado na constituição do conceito analítico de crime, por configurar bis in idem. **Também não é possível a exclusão da culpabilidade ou a aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal com base na teoria da coculpabilidade estatal, sem a prova empírica da omissão.** 5 Apelação parcialmente provida. (TJ-DF - APR: 20130110627183 DF 0016547-

⁹³ Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143470554/apelacao-apl-16963020138260127-sp-0001696-3020138260127>>.

⁹⁴ Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140018921/apelacao-crime-acr-70058144197-rs>>.

92.2013.8.07.0001, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 28/08/2014, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/09/2014. Pág.: 162)⁹⁵ (Grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de “Habeas Corpus” em que foi relatora a Ministra Carmen Lúcia, decidiu que a teoria da coculpabilidade é descabida, por acreditar que o fato de ter a ré situação econômica desfavorável não é razão para que seja afastada a ilicitude, como demonstra a seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO, EM GRAU MÁXIMO, DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. INFORMAÇÕES. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Relatório 1. Habeas corpus, com requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Leandro Mendes da Silva, contra decisão da Ministra Assusete Magalhães, do Superior Tribunal de Justiça, que, em 4.10.2013, negou seguimento ao Recurso Especial n. 1.385.353, com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal. 2. Consta dos autos ter sido o Paciente condenado, na 3ª Vara Federal Criminal de Foz de Iguaçu/PR, a 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 387 (trezentos e oitenta e sete) dias-multa como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, do CP), e de prestação pecuniária (art. 43, I, do CP) (Evento 4, fl. 13). 3. Contra a sentença de 1ª instância o Ministério Público e a defesa interpuseram apelação no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo sido negado provimento ao recurso do réu e dado provimento ao da acusação, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: "PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, C/C ART. 40, I DA LEI Nº 11.343/2006. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE OU DA VULNERABILIDADE. DESCABIMENTO. DOSIMETRIA. ATENUANTES. CONFISSÃO. SUBSTITUIÇÃO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. RECOLHIMENTO À PRISÃO. NÃO NECESSÁRIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ISENÇÃO DAS CUSTAS. FASE DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **Descabida a teoria da co-culpabilidade, ou da vulnerabilidade, uma vez que a desfavorável situação econômica em que supostamente se encontraria a ré não tem o condão de afastar a ilicitude da conduta ou a culpabilidade da mesma.** (...) Pelo exposto, sem prejuízo de melhor exame no julgamento de mérito, indefiro a medida liminar requerida. Oficie-se à 3ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu/PR, para, com urgência e por fax, prestar informações pormenorizadas quanto ao alegado na presente impetração, inclusive sobre o atual estágio de cumprimento de pena do Paciente, e fornecer cópia dos documentos que considerar pertinentes, notadamente do interior teor do acórdão de 2ª instância e da certidão de trânsito em julgado da condenação. Remeta-se com o ofício, a ser enviado com urgência e por fax, cópia da inicial e da presente decisão. 12. Prestadas as informações, vista ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 18 de dezembro de 2013. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (STF - HC: 120554 PR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 18/12/2013,

⁹⁵ Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/138949391/apelacao-criminal-apr-20130110627183-df-0016547-9220138070001>>.

Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 31/01/2014 PUBLIC 03/02/2014)⁹⁶ (Grifo nosso)

A partir da análise das jurisprudências acima citadas, bem como de grande parte das decisões que tratam do assunto⁹⁷, é possível notar que a resistência quanto à aplicação da coculpabilidade ainda é forte por parte dos julgadores. Alguns (como é o caso, por exemplo, dos Tribunais do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, em grande parte de suas decisões) sustentam que, por não ser um instituto positivado, não pode ser aplicado. Por outro lado, há quem diga que não há como comprovar que o Estado se omitiu em relação à situação econômica e social do indivíduo, logo, não poderá assumir a responsabilidade sobre ele.

Há, entretanto, casos em que para justificar a não aplicação da coculpabilidade, demonstra-se que o indivíduo possuía alguma condição social ou econômica, e que, por esta razão, não deveria praticar a conduta ilícita. É este o caso demonstrado na decisão abaixo:

PENAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. ERRO DE PROIBIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE. **TEORIA DA CO-CULPABILIDADE**. REDUÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. 1. A materialidade delitiva restou demonstrada nos autos pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 08, pela Relação de Mercadorias, apresentada pela Secretaria da Receita Federal às fls. 33/39 e, ainda, pelo Laudo de Exame Merceológico acostado aos autos às fls. 53/68, que evidenciam a prática do crime. 2. A autoria igualmente restou comprovada pelo depoimento da acusada, corroborado pela prova testemunhal constante dos autos, bem como pelo Auto de Apreensão das mercadorias estrangeiras, assinado pela acusada. 3. Esta Corte tem entendido que, "havendo a demonstração da introdução de mercadoria estrangeira no território nacional, em quantidade superior ao limite legal, sem a documentação fiscal correspondente, tem-se configurado o crime de descaminho, consistente na vontade deliberada de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de imposto devido. Não se exige o dolo específico, bastando ao tipo que não se declare, na alfândega, a mercadoria excedente à cota. Precedentes desta Corte e do STJ." (ACR 2006.43.00.000101-4/TO, Rel. Juiz Federal REYNALDO SOARES DA FONSECA (Conv.), por maioria, Terceira Turma, e-DJF1 de 28/11/2008, p. 22). 4. Da mesma forma, não prospera a pretensão da acusada nos sentido de se reconhecer, na sua conduta, a ocorrência de erro de proibição inevitável a excluir a culpabilidade, em face do potencial conhecimento da ilicitude do fato pela apelante. 5. **Comprovado nos autos que a apelante possui grau de instrução com conclusão do ensino médio, inadmissível falar-se, na hipótese, em aplicação da teoria da coculpabilidade do Estado**. 6. Qualquer pena com conteúdo pecuniário, prevista na esfera criminal, deve ser fixada levando-se em consideração a situação econômica do réu, conforme previsão do Código Penal, que em seu art. 60, caput, estabelece que "na fixação da pena de multa o juiz deve atender, preferencialmente, a situação econômica do réu". 7. Apelação criminal parcialmente provida para reformar a sentença na parte em que condenou a ré nas custas do processo e para fixar no valor

⁹⁶ Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24868077/habeas-corpus-hc-120554-pr-stf>>.

⁹⁷ Vide, como exemplo, as decisões recentes: TJ-SP - APL: 01041619120128260050 SP 0104161-91.2012.8.26.0050; TJ-MG - APR: 10056120132099001 MG; TJ-SP - APL: 00810877120138260050 SP 0081087-71.2013.8.26.0050; TJ-RJ - APL: 00093737020128190021 RJ 0009373-70.2012.8.19.0021; STJ - HC: 291494 SP 2014/0068416-0.

de 01 (um) salário mínimo a prestação pecuniária então estabelecida. (TRF-1 - ACR: 96 TO 2006.43.00.000096-5, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 05/05/2009, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 21/05/2009 e-DJF1 p.168)⁹⁸ (Grifo nosso)

Desta forma, nota-se uma contradição entre as decisões, que por vezes dizem que o sujeito não pode culpar o Estado e a sociedade pela escolha da conduta criminosa, que não restou comprovada a omissão do Estado, que a situação socioeconômica não é suficiente para afastar a ilicitude do fato, mas que, em outros momentos, argumentam que o grau de instrução do indivíduo influi na sua conduta, e que ele não deveria cometer um delito, vez que possui educação suficiente para obter o discernimento quanto ao que é correto ou não.

⁹⁸ Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4127757/apelacao-criminal-acr-96-to-2006430000096-5>>.

4 REINCIDÊNCIA E COCULPABILIDADE

Neste capítulo, far-se-á uma análise da reincidência penal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da aplicação do princípio da coculpabilidade nos casos em que há reincidência.

Para compreender tais institutos, será feita uma análise acerca do conceito de reincidência, bem como será apontado o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da reincidência.

Por fim, será demonstrada a possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade quando for o indivíduo reincidente, e, posteriormente, uma breve análise jurisprudencial dos casos relacionados ao contexto no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA

As questões acerca da reincidência sempre foram motivo de grandes debates doutrinários, e utilizá-la como meio para agravar a pena não é questão pacífica, pois defendem alguns doutrinadores que “a sua adoção estar-se-ia punindo o agente duas vezes pela prática do mesmo crime, ou punindo objetivamente porque o agravamento decorrente do crime anterior não teria qualquer relação como novo crime”.⁹⁹

Na Idade Média, para que o indivíduo fosse considerado reincidente, bastava que houvesse uma habitualidade criminoso. Porém, aos poucos se passou a exigir que o sujeito fosse anteriormente condenado para que caracterizasse uma especial tendência antissocial, o que demonstraria um certo menosprezo quanto à advertência anterior, e revelaria uma personalidade voltada para o delito.¹⁰⁰

Quando do Iluminismo, juntamente com os princípios da secularização e da tolerância, censurar uma pessoa por um delito cometido anteriormente e pelo qual já tivesse cumprido a pena passou a ser uma possibilidade totalmente incoerente. Mas a criminologia etiológica da Escola Positiva levantou mais uma vez a bandeira de um Direito Penal de autor. Hoje, a teoria da culpabilidade do fato busca justificar a reincidência como forma de menosprezo do agente criminoso pela lição aprendida quando da condenação anterior.¹⁰¹

⁹⁹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 107.

¹⁰⁰ BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p.67.

¹⁰¹ BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p.67.

O termo reincidência tem origem na palavra *recidere*, e significa ato ou efeito de reincidir, obstinação, pertinácia ou teimosia, conforme o dicionário de língua portuguesa; portanto, falar em reincidência é falar da repetição de acontecimento ou ato e de recaída.¹⁰²

A reincidência está presente no Direito Penal brasileiro desde o Código do Império de 1830, e sofreu diversas alterações em seu conceito legal desde então.¹⁰³ Hodiernamente o conceito de reincidência é dado pela lei, no art. 63 do Código Penal, que diz que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Só é possível haver reincidência, então, quando houver uma repetição de condenação por delitos, não sendo possível considerar a contravenção penal para efeitos de reincidência. Porém, há no art. 64 do Código Penal¹⁰⁴ uma ressalva quanto à possibilidade de consideração de condenações por delitos anteriores para efeitos de reincidência, que diz que a condenação cuja pena tenha sido cumprida há mais de cinco anos, não será computada para caracterizar a reincidência.¹⁰⁵

Importante lembrar que os crimes militares próprios e os crimes políticos não devem ser considerados para efeitos de reincidência, uma vez que são partes de justiças especializadas, conduzidas separadamente da justiça comum.

Segundo Paulo César BUSATO, “o próprio instituto da reincidência como agravante genérica carece de fundamentação material lógica, não podendo legitimamente ser levado em consideração.”¹⁰⁶ Ainda segundo o autor, isso ocorre porque a “reincidência não pode configurar por si só um *quantum* de pena, já que seria essa pena derivada do crime anterior, chegando a um insuportável *bis in idem*.”¹⁰⁷ Logo, a fração aumentada da pena pela agravante genérica da reincidência tem origem em outro delito, que já teve sua pena cumprida pelo apenado.

Segundo Gilberto FERREIRA, existem três espécies de reincidência: a real, que ocorre quando o agente comete novo delito após o cumprimento da pena correspondente ao delito anterior; a ficta, quando o indivíduo comete novo delito após o transito em julgado da

¹⁰² ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal**: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012. p. 62.

¹⁰³ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 62.

¹⁰⁴ “Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (...)”

¹⁰⁵ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 890.

¹⁰⁶ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 891.

¹⁰⁷ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 891.

decisão condenatória, mas antes do cumprimento da pena do delito anterior; e a incompleta, na qual o novo delito é cometido antes do trânsito em julgado da decisão sobre o delito anterior.¹⁰⁸

Ainda, pode-se classificar a reincidência como genérica, quando os delitos que a integram são de natureza diversa, ou específica, quando os delitos são de mesma natureza.¹⁰⁹ Depreende-se da leitura do art. 63 do Código Penal que o Brasil adota a chamada reincidência ficta, o que é complementado pelo texto do art. 64 do mesmo Código.¹¹⁰

Assim, que para que haja reincidência, os seguintes requisitos devem ser preenchidos:

- a) condenação por crime anterior, não militar próprio ou político, com trânsito em julgado;
- b) prática de novo crime nos cinco anos que se seguirem à condenação anterior, computados nesse prazo o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.¹¹¹

A comprovação da reincidência é feita a partir da juntada aos autos da certidão cartorária de trânsito em julgado da condenação anterior, com a data na qual a sentença condenatória transitou em julgado e a data do eventual cumprimento ou extinção da pena, para o caso do disposto no art. 64 do Código Penal.¹¹²

Importante ressaltar que no caso de o magistrado não considerar a reincidência criminal, se não houver recurso por parte da acusação, ao juízo *ad quem* será vedado elevar a quantidade de pena, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*¹¹³.

Conclui-se, portanto, que há ainda um vasto debate acerca da possibilidade de estabelecer a um fato criminoso certa quantidade de pena oriunda de incriminação por outro fato anterior, e por esta razão é importante conhecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto.

¹⁰⁸ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 108.

¹⁰⁹ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 108.

¹¹⁰ “Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”

¹¹¹ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 109.

¹¹² ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 64.

¹¹³ “O princípio da non reformatio in pejus, também chamado de efeito prodrômico da sentença (alguns autores usam também a palavra podrômico), impõe que em recurso exclusivo da defesa não se possa gravar a situação do acusado. Trata-se de princípio expresso no Código de Processo Penal: Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.” Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/10/18/o-que-se-entende-pelo-principio-da-%E2%80%9Cnon-reformatio-in-pejus%E2%80%9D-indireta/>.

4.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DA REINCIDÊNCIA

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 04 de abril de 2013, reconheceu a constitucionalidade da aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena em processos criminais.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da Apelação 70016143661, declarou a inconstitucionalidade do agravamento da pena com fundamento na reincidência.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em análise do agravo regimental no REsp 958.914/RS, entendeu que naquele caso não houve afronta ao princípio do *no bis in idem*, justificando tal fato como um reflexo da necessidade de maior reprovabilidade da conduta do réu, que seria, então, voltado à prática criminosa.

Conforme o entendimento do Ministro Gilmar Mendes explicitado em Acórdão, o aumento da pena devido a um fato anterior já punido não leva ao *bis in idem*, uma vez que não há a dupla punição do autor em razão do mesmo fato, mas a consideração do fato criminoso anterior como condição futura para o agravamento da pena.¹¹⁴

O Ministro afirma que o fato de o indivíduo possuir uma condenação anterior representa uma maior reprovabilidade de sua conduta, e que por esta razão ele deve receber uma punição mais grave do que a punição recebida por um criminoso não reincidente. Acredita Gilmar Mendes que a repetição no cometimento de delitos expõe o desprezo do indivíduo quanto aos valores da sociedade.

Conforme o STF, em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena, pode-se utilizar de critérios subjetivos para a fixação da pena. Logo, o indivíduo não será punido duas vezes pelo delito cometido anteriormente, nem haverá um juízo de valor acerca de sua periculosidade. Considerar-se-á a maior reprovabilidade da conduta do indivíduo, uma vez que este viola a lei de maneira reiterada.

Decisões neste sentido são reiteradas nos órgãos fracionários do STF. Como exemplo pode-se citar o HC 96.871/RS:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUADRO EMPÍRICO DA CAUSA. IMEDIATA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO PATAMAR MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM INDEFERIDA. 1. A dosimetria da pena exige do

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 93.815, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe de 06.05.2013.

jugador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo. 2. Em matéria penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, penhor de status civilizatório dos povos, tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. 3. Não há ilegalidade ou abuso de poder se, no trajeto da aplicação da pena, o julgador explicita, coerentemente, os motivos de sua decisão. O inconformismo da impetrante com a análise das circunstâncias do crime não é suficiente para indicar a evidente falta de motivação ou de congruência dos fundamentos da pena afinal fixada. 4. O quadro empírico da causa impede o imediato estabelecimento da pena-base no mínimo legal. Inexistência de afronta às garantias constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais (inciso XLVI do art. 5º e inciso IX do art. 93 da CF). 5. **Por outra volta, a valoração da reincidência, na segunda fase do processo judicial de dosimetria da pena, por si só, não configura bis in idem. De parilha com o mandamento constitucional de individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF), tal agravante genérica repreende por modo mais gravoso aquele que optou por continuar delinqüindo; sendo certo que não houve uma dupla valoração de um mesmo fato como maus antecedentes e como reincidência.** 6. Ordem denegada. (grifo nosso)¹¹⁵

Apesar de reconhecer que há a necessidade urgente de reestruturação do sistema repressivo penal, bem como de que este sistema deve ser mais humano, o Supremo Tribunal Federal acredita que a deficiência das políticas de reinserção do preso na sociedade não podem justificar o cometimento de delito de maneira reiterada. Além disso, o Ministro Gilmar Mendes afirma que haverá aí o cumprimento do que manda o princípio da individualização da pena, e que não serão dados aos sujeitos etiquetas ou um rótulos de “*disciplinados* ou *indisciplinados*, em *perigosos* e *não perigosos*”¹¹⁶ somente com base no aumento da pena com justificativa na reincidência.

Em 02.10.2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral¹¹⁷ do tema nos autos do Recurso Extraordinário 591.563/RS, em que era relator o Ministro Cezar Peluso.¹¹⁸ Este recurso foi julgado prejudicado em razão do provimento do recurso especial

¹¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 96.871, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, DJe de 07.10.2010. No mesmo sentido: HC: 123910 SP; ARE: 826434 SP; HC: 123225 DF, etc.

¹¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 93.815, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 03.05.2013.

¹¹⁷ “A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a ‘Reforma do Judiciário’. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria”. (Supremo Tribunal Federal. **Glossário jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em: 28/09/2014.)

¹¹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 591.563, Relator: Min. Cezar Peluso, DJe de 24.10.2008.

no Superior Tribunal de Justiça (STJ), e, sendo assim, o paradigma fora substituído em 07 de março de 2013, para julgamento do tema pelo RE 732.290, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

O reconhecimento da repercussão geral do tema permitiu que este entendimento seja aplicado a todos os processos semelhantes em trâmite nos Tribunais do Brasil, assim como autorizou que os Ministros decidam, em casos idênticos, de maneira monocrática, respaldados neste entendimento.

É informação relevante para a análise deste caso a formação dos Ministros que participaram do julgamento acima citado.

Cármem Lúcia é Bacharel em Direito, Mestre em Direito Constitucional, e possui especialização em Direito de Empresa. Dias Toffoli é Bacharel em Direito. Gilmar Mendes é graduado em Direito, e Mestre em Direito e Estado. Joaquim Barbosa, por sua vez, é Doutor e Mestre em Direito Público, e Especialista em Direito e Estado. Luiz Fux é graduado em Direito e Doutor em Direito Processual Civil, enquanto Rosa Weber é Bacharel em Direito e graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Marco Aurélio de Mello é Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e Mestre em Direito Privado; já Ricardo Lewandowski é Bacharel em Ciências Políticas e Sociais, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e Mestre em Direito, além de possuir o título de “Master of Arts” em Relações Internacionais.

A partir da análise curricular dos Ministros do Supremo Tribunal Federal¹¹⁹, é possível notar que o Direito Penal não é objeto de estudos acadêmicos na Corte Suprema. Ou seja: para que seja acatada a melhor orientação doutrinária acerca do assunto, é necessária sólida formação no tema, o que não representa o caso de nenhum dos Ministros responsáveis pelo julgamento do HC nº 93.815.

4.3 REINCIDÊNCIA E COCULPABILIDADE

O Estado se utiliza um discurso público para responder a sociedade acerca de sua necessidade por segurança, justificando o tratamento diferente e recrudescente ao delinquente, o que acaba “convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social, transformando-se de um Direito Penal de risco em um Direito Penal do inimigo.”¹²⁰

¹¹⁹ Disponível em: <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 29/09/2014.

¹²⁰ **Tipo: Inimigo.** Organização de Leandro Ayres França. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011. p. 205-206.

O sistema penal é composto não somente pela dogmática jurídico-penal, mas também pela criminologia e a política criminal, englobando aspectos políticos, sociológicos e filosóficos.

Por ser o sistema penal um meio de controle social que condiciona e que é condicionado pela vida em sociedade, reflete os valores existentes na sociedade naquele momento, assim como modifica tais valores no decorrer do tempo.¹²¹

Ocorre que os valores que imperam são escolhidos e determinados pela chamada “classe dominante”, que impõe aos demais o que considera bom e ruim, refletindo a ideologia política, sociológica e filosófica daquela classe.¹²²

Desta forma, no sistema penal brasileiro,

os detentores do poder econômico agem de duas formas: a) criminalizam condutas que atingem seus bens jurídicos mais importantes (patrimônio, por exemplo), para que haja segurança e tranquilidade no acúmulo de capitais; b) tentam se furta ao máximo da incidência do sistema penal, deixando em segundo plano crimes do colarinho branco, lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro, dentre outros. Assim, com o auxílio dos meios de comunicação de massa, cria-se o criminoso padrão – pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das grandes cidades -, perfazendo, *mutatis mutandis*, o que alguns autores chamam de *Teoria do Etiquetamento*.¹²³

Através deste processo chamado de etiquetamento, o Direito Penal, especialmente em sua vertente penitenciária, identifica o condenado com rótulo de inimigo.¹²⁴

De acordo com Augusto THOMPSON,

Essa maneira de pensar torna transparente algo que, sob disfarce, se faz em todo o campo repressivo: tratar diferencialmente condutas idênticas na sua objetividade, para classificá-las de criminosas ou não em razão do tipo de sujeito que as pratica.¹²⁵

Percebe-se, portanto, que o sistema penal seleciona os menos favorecidos economicamente, marginalizando e excluindo os indivíduos que não estão inseridos no modelo idealizado.

Para que esta seletividade e exclusão social sejam sanadas, é necessário que se reconheça a aplicação do princípio da coculpabilidade, que fará com que seja concretizada a responsabilidade da sociedade na escolha dos bens jurídicos que devem ser protegidos e daqueles a quem interessa punir. Ou seja, o Estado e a sociedade também terão,

¹²¹ MOURA, Grégore de. P. 163

¹²² MOURA, Grégore de. P. 163

¹²³ MOURA, Grégore de. P. 163

¹²⁴ **Tipo: Inimigo.** Organização de Leandro Ayres França. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011. p. 206-207.

¹²⁵ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos:** O Crime e o Criminoso: Entes Políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 52.

indiretamente, sua parcela de reprovabilidade, uma vez que são estes os responsáveis pela marginalização do indivíduo.

Importante ressaltar que o princípio da coculpabilidade não atuará de modo a eliminar a seletividade do sistema penal, mas sim como um corretor da seletividade, uma vez que eliminá-la é impossível dadas as características intrínsecas do ser humano.

No que tange à reincidência, é inquestionável o fato de que, ao passar pelo atual sistema prisional brasileiro, o indivíduo sairá etiquetado perante a sociedade, uma vez que o sujeito tornou-se produto de um sistema prisional falido. Isso levará a uma grande dificuldade de ressocialização, pois o estigma da condenação o acompanhará, e tornará mais difícil o convívio deste sujeito em sociedade, já que esta sociedade não parece concordar com a ressocialização do condenado.¹²⁶

Conforme dados oficiais do Ministério da Justiça, noticiados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mais de 70% dos egressos de presídios são reincidentes.¹²⁷ Este número tão alto representa a crise latente do sistema prisional que não consegue cumprir os fins da prevenção especial positiva, pois possui uma infraestrutura bastante precária, além de ter que “educar” o indivíduo para a vida em liberdade, quando as condições são de não liberdade.¹²⁸

Juarez Cirino dos SANTOS afirma que “a definição legal de reincidência descreve hipótese formal *irrelevante* e escamoteia situação real *relevante*”¹²⁹, ou seja:

a) descreve a hipótese formal irrelevante da *reincidência ficta*, porque o trânsito em julgado de condenação anterior indicaria *presunção de periculosidade*, um conceito carente de conteúdo científico; b) escamoteia a experiência concreta relevante da *reincidência real*, porque o novo crime é produto da ação deformadora da prisão sobre o condenado, através da execução da pena do crime anterior.¹³⁰

Débora de Souza de ALMEIDA enfatiza que,

A prisão, como instituição total, reforça o sentimento de inferioridade já impingido durante a tramitação do processo penal, pois ao reduzir o recluso a um mero número de matrícula, o dessocializa ainda mais, uma vez que ‘(...) a perda de nosso nome é uma grande mutilação do eu’.¹³¹

Este sistema padronizador, que não respeita a individualidade de cada sujeito, demonstra-se contrário à intenção da reabilitação. Alguns autores acreditam que o tratamento

¹²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 158.

¹²⁷ CNJ RECOMENDA EXPANSÃO DAS APACS PARA A REDUÇÃO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO PAÍS. Conselho Nacional de Justiça. **Notícias**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28296-cnj-recomenda-expasao-das-apacs-para-a-reducao-da-reincidencia-criminal-no-pais>

¹²⁸ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 121.

¹²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 530.

¹³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 530.

¹³¹ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 122.

não será satisfatório com a subtração da liberdade, “pois não parece ser uma medida sensata confinar o apenado a um ambiente de escassa luminosidade e arejamento”¹³², local em que as doenças contagiosas se proliferam como resultado de uma superpopulação carcerária carente de assistência¹³³. Com isso, o indivíduo que sofrer a pena passará por situações degradantes, que, por óbvio, influem significativamente para a reincidência.

Cezar Roberto BITENCOURT afirma que a crítica acerca da pena de prisão é persistente, e que “se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise”¹³⁴. Ele afirma ainda que

Essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.¹³⁵

O autor afirma ainda que o encarceramento para presos que não são residuais é uma flagrante injustiça, “principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da *criminalidade não convencional* (os criminosos de colarinho branco)”¹³⁶. Além disso, afirmou a sua

Incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, carecer de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso...¹³⁷

Feitas as considerações acerca dos efeitos da prisão, é importante explicar de forma breve as diversas dificuldades pelas quais passa o egresso para a reinserção social.

O indivíduo encarcerado não consegue acompanhar as mudanças que ocorrem fora da prisão, pois a realidade dentro dela não consegue acompanhar a velocidade em que elas ocorrem, o que torna difícil a ressocialização. Soma-se a isso o fato de a qualificação profissional ou intelectual do indivíduo ser baixa, ou até inexistente, fatores que depreciam consideravelmente as possibilidades de o sujeito ingressar no mercado de trabalho¹³⁸.

Se ressocializar o criminoso é tarefa utópica para alguns, deve-se buscar, ao menos, meios de reintegrá-lo à sociedade. Humanizar e investir em infraestrutura prisional para que

¹³² ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 122.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 158-163.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p.448.

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 448.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 448.

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 449.

¹³⁸ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 123.

os detentos não vivam em condições subumanas, são meios de minimizar os danos causados pela pena privativa de liberdade.¹³⁹

É certo que tais ações acarretarão em custos, mas segundo Hassemer e Muñoz Conde, estes custos se justificam, pois trata-se de um meio de a sociedade se redimir de sua parcela de culpa pelas falhas na socialização do encarcerado, além de ser um meio mais fácil de reintegrá-lo à sociedade e diminuir os índices de criminalidade.¹⁴⁰

Para Winfried HASSEMER,

O mais razoável que uma sociedade orientada *output*, que observa as consequências, pode fazer é lhe dar auxílio para uma (re-) integração na comunidade jurídica e em suas normas. Isto é útil para ambos. Neste fim podem coincidir idealmente os críticos do Direito Penal de direita e de esquerda: *o êxito da socialização é a melhor segurança para a sociedade diante do antigo delinquente; através de uma execução penal ressocializador intensa, nos custos e no aspecto pessoal, a sociedade pagaria uma parte da culpa que tem carregado consigo pela socialização defeituosa destes indivíduos.*¹⁴¹

Importante salientar que este autor afirma que o uso da expressão “ressocialização” caiu em descrédito em razão das teorias de socialização, pois tais teorias alegam que a maior parte dos indivíduos que passaram por um estabelecimento de execução penal não passou por um processo de socialização, ou, quando passou, foi um processo fracassado. Por esta razão, deveriam ser “socializados” pela primeira vez, e não “ressocializados”.

Para que seja possível a ressocialização, ou ao menos a reintegração do indivíduo, é necessário buscar alternativas às penas privativas de liberdade, uma vez que estas penas isolam fisicamente e socialmente o encarcerado, privando-os de contatos íntimos e sociais.

Ele é levado a um ambiente social que o mantém afastado dos problemas, nos quais ele fracassou fora do estabelecimento (que lhe criavam também novos problemas). Ele desaprende as técnicas sociais de convívio e de aprovação (e inclusive aprende outras). E ao termino do tempo da pena ele volta, desabitado e estigmatizado a um mundo que, fora dos muros da prisão, se desenvolveu de acordo com as suas próprias leis¹⁴².

O Estado deve, portanto, esforçar-se na busca da reinserção do egresso, utilizando-se de políticas públicas efetivas em detrimento da neutralização do reincidente. Porém, estas não são alternativas vistas de maneira positiva por grande parte da população, por agentes do Estado e até da mídia, que preferem crer no rigor punitivo como meio de evitar a criminalidade. É necessário que todas as camadas da população compreendam que, do mesmo

¹³⁹ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 123.

¹⁴⁰ HASSEMER, Winfried. CONDE, Francisco Muñoz, 2008 *apud* ALMEIDA, 2012, P. 123.

¹⁴¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Babris, 2005. p. 374.

¹⁴² HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 378.

modo que a previsão de atenuantes não incita o delito, o aumento da pena para os casos de reincidência não intimida. A punição dada pelo Estado deve ser equilibrada, pois o direito de proteção da sociedade não deve invadir as garantias do sujeito que fora apenado.¹⁴³

Ao analisar as circunstâncias que assolam o Brasil, um país permeado de mazelas sociais, o fato de viger um Código Penal patrimonialista, que possui leis elásticas que privilegiam alguns e acentuam as punições sobre outros, “suscita dúvidas se a defesa social que diz perseguir não passa de uma proteção aos interesses escusos de uma minoria dominante do sistema capitalista”¹⁴⁴.

É possível encontrar na lei a reação desproporcional que existe entre os criminosos comuns e os de “colarinho branco”, haja vista a redação do art. 9º da Lei 10.684/2003, que prevê a extinção da punibilidade dos delitos de apropriação indébita previdenciária, de sonegação de contribuição previdenciária, assim como dos delitos praticados por particulares contra a ordem tributária, a qualquer tempo durante o processo.

De acordo com a análise feita por Lenio Luiz STRECK, há uma enorme diferença nas punições dadas aos criminosos, como explica:

Vê-se, pois, como é (bem) tratado o sonegador e como é (mal) tratado, p. ex. um ladrão de bicicleta ou de galinha, para o qual, se devolvida *sponte sua a res*, antes do recebimento da denúncia, restará, tão-somente, uma diminuição da pena (art. 16 CP). Por que isto? ‘Porque no Brasil têm-se leis que são feitas para os que aparecem na Revista Caras e leis que são feitas para os que aparecem no Notícias Populares’ ... Vê-se, pois, para quem (e contra quem) funciona o sistema. O sistema penal (re) age de forma seletiva em face da conflituosidade social¹⁴⁵.

É possível notar ainda, através do retrato da massa carcerária brasileira, que a igualdade é somente um discurso, já que a população carcerária é, em sua maioria, formada por indivíduos econômica e socialmente desfavorecidos, que sequer concluíram o ensino fundamental.¹⁴⁶

Por estas razões, uma vez que a sociedade, por mais organizada que seja, não pode dar a todos as mesmas oportunidades, também não poderá atribuir as causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com estas causas quando da reprovação de culpabilidade¹⁴⁷. A sociedade deverá assumir sua parcela de culpa acerca da delinquência do indivíduo, estendendo essa reprovação ao Estado que foi negligente.

¹⁴³ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 125.

¹⁴⁴ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 126.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 59 - 60.

¹⁴⁶ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 129.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 529.

A coculpabilidade deve fazer parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconheça os direitos econômicos e sociais, e, segundo ZAFFARONI, tem cabimento no Código Penal mediante disposição genérica do art. 66¹⁴⁸, que diz que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”¹⁴⁹.

Portanto, se o julgador entendesse que o réu havia passado por privações sociais e econômicas, poderia aplicar, tranquilamente, o princípio da coculpabilidade. De acordo com Salo de CARVALHO, não se deve considerar somente o capital econômico do réu quando da dosimetria da pena, mas também seu capital cultural, já que tal informação é de grande relevância no que tange ao grau de autodeterminação do indivíduo¹⁵⁰.

Assim, Débora de Souza de ALMEIDA diz que:

o instituto da reincidência, mediante uma interpretação compromissada com as garantias fundamentais, poderia ser compreendido como circunstância atenuante inominada, posto que a reiteração da prática criminosa pode não ser reveladora do menosprezo pela norma, mas sim o resultado da falha da reinserção social do egresso ou do labéu gerado pela condenação anterior¹⁵¹.

Ainda, segundo Paulo César BUSATO,

o fato de que o sujeito voltou a delinquir tanto pode ser um indicador negativo, porque ele teve todas as oportunidades de não voltar a delinquir e reincidiu, como pode representar também o insucesso do sistema em recuperá-lo e a incapacidade social de evitar que ele volte a participar de um ambiente criminógeno, representando uma diminuição de culpa por fatores de coculpabilidade.¹⁵²

É necessário, portanto, redefinir de maneira expressa o instituto da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que seja coibido tanto o arbítrio inquisitorial punitivo, assim como o juízo descompromissado com a igualdade substancial¹⁵³.

Para Juarez Cirino dos SANTOS, somente a reincidência real deve ser contemplada como circunstância legal de atenuação da pena, uma vez que trata-se do espelho do “processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário”¹⁵⁴. Sobre a reincidência ficta, entende que não deveria atenuar ou agravar a pena, pois trata-se “de fato, de um ‘indiferente’ penal”¹⁵⁵

¹⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 529.

¹⁴⁹ Art. 66 do Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940.

¹⁵⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 75.

¹⁵¹ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 131.

¹⁵² BUSATO, Paulo César. Op. cit., p.891.

¹⁵³ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 131.

¹⁵⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 531.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 531.

Paulo César BUSATO, por sua vez, acredita que a única medida adequada seria analisar a reincidência no âmbito das circunstâncias judiciais, excluindo-as das circunstâncias legais, que podem pesar positiva ou negativamente sob o epíteto dos antecedentes; só assim, para o autor, seria possível evitar a prática de injustiças que o afetariam.¹⁵⁶

Ainda segundo BUSATO,

Desse modo – e somente desse modo – é possível considerar que a situação de reincidência pode referir-se não só ao sujeito, mas aos fatos e às circunstâncias que o cercam, podendo avaliar concretamente o grau de reprovabilidade derivado dessa reincidência, que não necessariamente pode conduzir a um aspecto negativo. É perfeitamente possível que o juiz se depare com uma pessoa conduzida à prática da conduta cuja pena se trata de fixar-lhe, por força das limitações socialmente impostas à sua liberdade de escolha, e a reincidência pode estar evidenciando a incapacidade do sistema de controle em promover a reinserção social desse sujeito. Em casos que tais, do mesmo modo com que se analisa a culpabilidade, a reincidência pode militar em favor de uma redução no índice de reprovabilidade da conduta e, conseqüentemente, do valor da pena base. Isso porque é necessário reconhecer que se o sujeito passou pelo sistema penal e voltou a delinquir, aquele sistema certamente deixou a desejar em seu papel de reinserção social do sujeito, posto que o levou a reincidir. Quem há de negar a dessocialização como efeito da passagem pelo cárcere?¹⁵⁷

A solução demonstrada por Paulo César BUSATO, no sentido de considerar a reincidência no âmbito das circunstâncias judiciais do art. 59, computada contra ou a favor do réu, tem o condão de reconhecer que a análise da prática reiterada de delito deve ser associada à maior ou menor capacidade de escolha do indivíduo sobre o cometimento ou não do fato criminoso, e sobre a reprovabilidade de sua conduta, e será determinada pela possibilidade ou pela limitação das possibilidades de escolha que o sujeito teve.

Estas opções pessoais do indivíduo estão ligadas à atuação do Estado, “tanto na medida em que este ofereceu possibilidades de desenvolvimento pessoal ao sujeito, quanto na medida em que se lhe as tolheu”¹⁵⁸.

Existem doutrinadores que defendem, ainda, o banimento do instituto da reincidência do texto legal. Porém, o Projeto de Lei 3.473/00 já traçava o futuro da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo este projeto, o instituto não seria mais condição agravante, e passaria a integrar o rol de circunstâncias judiciais, em que a personalidade e a conduta social seriam substituídas por novos elementos que parecem refletir nuances do princípio da culpabilidade. É esta a redação do novo art. 59 dado pelo Projeto de Lei acima citado:

¹⁵⁶ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p.891.

¹⁵⁷ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p.892.

¹⁵⁸ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p.892.

Art. 59. 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 (...) ¹⁵⁹

Apesar de ser um avanço para a Lei Penal brasileira, a medida não é suficiente, vez que o instituto da reincidência, mesmo tendo afastado o caráter obrigatório, continua a ser gravoso, pois busca, em sua essência, a punição da conduta interior do réu ¹⁶⁰.

O Projeto de Lei 3.473/00 parece ter restado inexitoso, não tendo sido apreciado ¹⁶¹. Porém, é certo que a temática da reincidência entrará em pauta legislativa quando da análise do anteprojeto do novo Código Penal finalizado em junho de 2012, mas que não previu alterações relevantes acerca do tratamento do reincidente, mantendo a prática reiterada de delito como circunstância agravante, além de diversas limitações.

¹⁵⁹ Projeto de Lei 3.473, de 2000.

¹⁶⁰ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 132.

¹⁶¹ ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., p. 133.

5 CONCLUSÃO

A partir do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito são extraídos todos os demais princípios constitucionais, inclusive aqueles ligados ao Direito Penal, como é o caso do princípio da culpabilidade e o implícito princípio da coculpabilidade, que também derivam do preceito constitucional mencionado.

Pode-se dizer, então, que um dos elementos caracterizadores do Estado Democrático de Direito é o respeito e a observância dos princípios constitucionais penais por parte do Direito Penal.

Uma vez que a Constituição Federal é hierarquicamente superior ao Direito Penal ordinário, os princípios penais nela inscritos devem ser respeitados, sob pena de serem os atos considerados inconstitucionais.

Um destes princípios é o da culpabilidade, que impõe a atribuição de culpa em razão do fato praticado, e não do modo de vida ou personalidade do agente, sob pena de caracterizar o Direito Penal do autor.

Por este motivo, promover o agravamento da culpabilidade para fundamentar a aplicação da reincidência é um grande erro. Mesmo porque, a reprovação do autor quanto ao fato punível posterior pode ser, inclusive, de grau inferior à reprovação aplicada ao primeiro delito cometido pelo agente, já que muitas vezes a vontade deste ao cometer o delito posterior pode ser menor do que a vontade ao cometer o primeiro injusto.

Em um país assolado por inúmeras mazelas sociais, como é o caso do Brasil, no qual vige um Código Penal patrimonialista em que privilégios são concedidos nos casos de cometimento de delitos chamados “bons”, enquanto a mão de ferro pesa para os chamados delitos “ruins”, é absolutamente necessário reconhecer a coculpabilidade como um princípio constitucional implícito, pois a realidade econômica, cultura e social brasileira permite esta interpretação, clamando, inclusive, pela sua positivação e aplicação na legislação penal infraconstitucional.

Reconhecer o princípio da coculpabilidade é admitir a inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação, qual seja, de promover o bem comum, e reconhecer um direito fundamental do cidadão. Além disso, este reconhecimento aproximará a dogmática jurídico-penal, a política criminal e a criminologia, de modo a tornar o Direito Penal mais efetivo e a equilibrar as relações sociais, protegendo e igualando os hipossuficientes.

Importante citar aqui, ainda que brevemente, os desvios primários e secundários para fundamentar a aplicação do princípio da coculpabilidade. O desvio primário está relacionado ao primeiro comportamento delitivo praticado pelo sujeito, e deriva de fatores sociais, culturais ou psicológicos. O desvio secundário, por sua vez, decorre das diversas forças de reação da sociedade contra o primeiro delito praticado. A sanção penal, o preconceito sofrido, os estigmas e estereótipos dados ao apenado atuam como instrumento causador do denominado desvio secundário, transformando a vida do sujeito em uma verdadeira carreira criminal.

Logo, a reiteração de comportamentos delituosos *pode ser* entendida como consequência da reação social ao primeiro delito praticado. Assim, a teoria do “labelling approach” tornaria nula grande parte dos argumentos em defesa da manutenção da agravante da reincidência, uma vez que o instituto é fruto do processo de etiquetamento, que torna o condenado mais vulnerável a ser “escolhido” pelo Direito Penal. Quando pratica um crime, o indivíduo sofre a repressão dos órgãos de controle social, o que o leva a continuar a prática de delitos. Delinquir de maneira reiterada pode ser fruto da repressão sofrida, e, sendo assim, o aumento da pena em razão da reincidência mostra-se incoerente.

Uma solução viável para a positivação da coculpabilidade, portanto, seria a sua inserção no Código Penal brasileiro como causa genérica de diminuição da pena prevista, como um parágrafo do artigo 29, possibilitando maior individualização da pena aplicada, e permitindo a redução da pena aquém do mínimo legal.

Como consequência de uma possível positivação da coculpabilidade, far-se-á necessário revogar o artigo 59 da Lei de Contravenções Penais¹⁶², além de obrigar o legislador a não mais tratar de forma desigual os crimes tributários, no que tange aos efeitos da reparação do dano. Tais mudanças devem ser feitas baseadas no princípio da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

A partir da análise do contexto atual, é possível concluir que o instituto da reincidência deve ser entendido como uma circunstância atenuante inominada se a interpretação for feita com base nas garantias fundamentais, pois tal interpretação demonstraria que a prática criminosa reiterada pode não ser, necessariamente, um indício de

¹⁶² “Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.”

menosprezo da norma pelo indivíduo, mas sim o resultado da falha da (re)inserção social do egresso.

Desta forma, para que o instituto da reincidência penal seja coerente com o que impõe um Estado Democrático de Direito e continue em nosso direito positivo, a única solução viável é a sua aplicação de maneira individualizada, diferente do que vem ocorrendo hoje, já que é aplicado de maneira compulsória e somente como agravante obrigatória. Assim, deve-se utilizar, quando possível e necessário, o princípio da coculpabilidade para uma melhor análise e aplicação justa da pena.

Somente deste modo será possível considerar que a reincidência pode ter relação não somente com o indivíduo, mas também com os fatos e circunstâncias a sua volta, e assim avaliar-se-á de forma concreta o grau de reprovabilidade desta reincidência, considerando-se também o princípio da coculpabilidade, de maneira que seja possível apresentar o resultado real da reincidência, que não será obrigatoriamente negativo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal**: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**, volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 93.815, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe de 06.05.2013.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 96.871, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, DJe de 07.10.2010.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 93.815, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.05.2013.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 591.563, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 24.10.2008.
- BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da Culpabilidade**: considerações. Curitiba: Juruá, 2008.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- COELHO, Ariadne Elloise. VIEIRA, Bruna Inez. **A teoria da co-culpabilidade às avessas nos delitos contra a ordem econômica, financeira e tributária**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2548>>.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.
- _____, Rogério. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- _____, Rogério. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Babris, 2005.
- MARÇAL, Fernanda Lira. SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>>.
- MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PUIG, Santiago Mir. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2006.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**. Curso completo. Parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002
- _____, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 4.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 274.
- SILVA, Tamara da. **O princípio da co-culpabilidade e o Direito penal brasileiro**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 23 Ago. 2008. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/35-direitopenal/511-o-principio-da-co-culpabilidade-e-o-direito-penal-brasileiro.html>>. Supremo Tribunal Federal. **Glossário jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em: 28/09/2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.