



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC**

CURSO DE DIREITO

EDGARD BRUNO DE FREITAS SILVA

**RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO.**

JUIZ DE FORA - MG

2021

EDGARD BRUNO DE FREITAS SILVA

**RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO.**

Monografia de conclusão de curso
apresentada ao curso de Direito do
Centro Universitário Presidente
Antônio Carlos - UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hermes Machado da Fonseca

JUIZ DE FORA – MG

2021

EDGARD BRUNO DE FREITAS SILVA

**RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO.**

Monografia de conclusão de curso
apresentada ao curso de Direito do
Centro Universitário Presidente
Antônio Carlos - UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do título
de bacharel em direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Hermes Machado da Fonseca

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico este trabalho a todos familiares e amigos que, sempre me incentivaram durante a minha caminhada. E especialmente à minha esposa Rafaela e minhas filhas Laura e Luísa, razão da minha vida e motivo da minha constante busca por novas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha esposa Rafaela Venançoni Matoso, por todo companheirismo, além do grande apoio e incentivo na elaboração deste trabalho. Agradeço à minha mãe, Uyara Maria de Freitas Silva pela paciência despendida durante todo o meu processo de aprendizagem, incluindo esta nova etapa. Agradeço ao meu orientador, professor Hermes Machado da Fonseca, pela prontidão e estímulo durante o processo de elaboração deste trabalho e à Professora Inês Scassa Afonso Neto pelo comprometimento e presteza. Por fim, agradeço a colaboração de todos àqueles que, mesmo com um pouco, fizeram a diferença no resultado final deste trabalho.

Posso não concordar com
nenhuma das palavras que você
disser, mas defenderei até a
morte o direito de você dizê-las.
Evelyn Beatrice Hall

RESUMO

Uma das principais características do Direito é a sua capacidade de acompanhar a evolução da sociedade, se moldando às constantes mudanças de comportamento social e principalmente na forma a qual afeta a liberdade das pessoas. Nossa legislação penal é fundamentada em princípios constitucionais, os quais preservam garantias do cidadão perante o poder punitivo do Estado. Atualmente a doutrina tem cada vez mais deixado em evidência o princípio da culpabilidade, o qual insurge o direito penal do fato, em que ninguém é culpado de uma forma geral, mas tão somente com relação a um determinado fato ilícito praticado. Nosso Código Penal prevê em seu artigo 59 critérios para a fixação da pena, os quais analisam o comportamento social do réu, bem como seus antecedentes criminais, confrontando claramente o princípio da culpabilidade, princípio este consagrado em nossa Carta Magna como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Visto isso, o objetivo do presente trabalho visa analisar a constitucionalidade da utilização do perfil pessoal do réu para a fixação da pena em decorrência de um ato ilícito praticado.

Palavras-Chave: Direito Penal do Fato. Garantismo Penal. Direito Penal do Autor. Direitos Fundamentais. Cesare Lombroso.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	9
2.1 Códigos Penais no Brasil.....	10
2.2 Escolas Penais	12
2.2.1 Escola Clássica.....	12
2.2.2 Escola Positiva.....	13
2.2.3 Escolas Mistas e as tendências atuais.....	13
3 O DIREITO PENAL DO AUTOR.....	14
3.1 A teoria de Cesare Lombroso.....	16
3.2 O Direito Penal do Autor nos dias atuais.....	17
4 A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO AUTOR EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO GARANTISTA....	19
4.1 Princípios limitadores do poder punitivo do Estado.....	24
4.2 O Garantismo Penal segundo Luigi Ferrajoli.....	25
5 CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS.....	28

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 traz em seu escopo princípios fundamentais que salvaguardam direitos individuais da pessoa, estando presentes em nosso ordenamento jurídico como forma de limitação ao poder punitivo do Estado. Os princípios constitucionais que regulam a legislação penal servem de instrumento de proteção do indivíduo contra penas sem critérios pré-legitimados, como forma de vingança estatal. Tal princípio encontra-se previsto de maneira implícita na Constituição, tratando-se de um desdobramento do princípio da dignidade humana, por não ser plausível em um Estado Democrático de Direito, uma pena baseada em punir pensamentos, ideias, ideologias e o modo de ser do indivíduo, mas tão somente pelo fato concreto praticado, cuja existência de tipificação, ilicitude e grau de culpabilidade implicam em uma intervenção do Estado no sentido de se reparar tal ato danoso.

O nosso Código Penal possui a parte incriminadora que remonta em sua grande parte à década de quarenta, podendo em alguns institutos estabelecer conflitos com a hermenêutica constitucional, uma vez que a atual Constituição Federal nasceu num cenário de abertura política e consequentemente recebendo características sociais, no tocante aos direitos dos cidadãos, garantias individuais e deveres do Estado.

O presente trabalho objetiva-se discutir à luz da Constituição em vigor o princípio de culpabilidade, que se traduz estritamente na relação do autor com o fato concretamente realizado, eliminando qualquer apreciação do perfil pessoal do autor pelo julgador quando da fixação da pena, restringindo a utilização da reincidência e dos antecedentes criminais como requisito na fixação da pena, como previsto no artigo 59 do nosso Código Penal. Além disso, visa contextualizar o Direito Penal do autor, fazendo uma breve análise de sua aplicação, ainda que ínfima, em uma legislação penal cuja base em um modelo garantista, preza pela harmonia com os direitos fundamentais contidos em sua Carta Magna, a qual impõe que a pena imposta ao indivíduo seja aplicada em conformidade com a letra constitucional.

No primeiro capítulo será abordada a pena no Direito Penal brasileiro, também um breve histórico de nossos códigos penais, desde o Brasil colônia, passando pelas Ordenações Afonsinas, até o Código Penal em vigor na atualidade. Além disso, serão abordadas as Escolas Penais, as quais representaram os pensamentos que vigoraram em cada fase histórica do Direito Penal. No segundo capítulo será apresentado o Direito Penal do autor e os impactos de sua utilização em um modelo garantista de Direito. Será apresentada também a teoria de Cesare Lombroso, médico italiano conhecido por ser o precursor da antropologia criminal, a

qual defendia que uma pessoa criminosa poderia ser determinada por seus traços e anatomia, uma vez que para essa teoria o crime se tratava de um fenômeno patológico. Já no terceiro capítulo será analisada a constitucionalidade da aplicação do Direito Penal do autor em um ordenamento jurídico garantista, o qual se amolda em princípios constitucionais característicos de um Estado Democrático de Direito, além de contextualizar os princípios limitadores do poder punitivo do Estado. Por fim, será apresentada a concepção garantista de Luigi Ferrajoli, jurista italiano, considerado o principal responsável pelo desenvolvimento da teoria do garantismo penal.

Com base nos fatos que serão apresentados, conclui-se que a aplicação do artigo 59 do Código Penal, quando da fixação da pena utilizando características pessoais do indivíduo, como comportamento social e seus antecedentes criminais não valorados para fins de reincidência, se mostra parcialmente inconstitucional, uma vez que fere a teoria do Direito Penal do fato, consagrado em nossa Constituição Federal.

2 A PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Em um Estado Democrático, um dos pilares da sociedade é o Direito Penal, que norteia a conduta social, a fim de se haver um mínimo de urbanidade nas relações entre os indivíduos, uma vez que preserva bens essenciais ao convívio em sociedade. A Constituição Federal (1988) determina que bens, são esses, tais como liberdade, segurança, bem-estar social, igualdade e justiça, pois possuem tal grandeza que a norma penal não poderá deixar de observá-los, servindo de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais.

O Direito Penal em sua parte geral traz parâmetros necessários à fixação das penas, através de princípios comuns e orientações gerais, a fim de assinalar características essenciais do delito, bem como as do autor, comuns em todas as condutas puníveis. Nesse contexto há de se observar que o Brasil possui uma norma penal que visa proteger os bens primordiais e mais necessários à própria sobrevivência da sociedade, uma vez que pune atos contrários àqueles bens tutelados, tais como direito à vida, à liberdade, à honra e à propriedade. Alguns autores conceituam a pena, como veremos a seguir:

Capez (2012) conceitua a pena como uma sanção de caráter aflitivo imposta pelo Estado, em execução a uma sentença, ao indivíduo que tenha praticado uma infração penal,

mediante restrição ou privação de um bem jurídico, visando à retribuição punitiva ao delinquente, e como consequência, promover a sua readaptação social e evitar novas infrações penais contra a coletividade.

No mesmo sentido Damásio (2011) define pena como sendo uma sanção aflitiva, mediante ação penal, imposta pelo Estado, ao autor de uma infração penal, como forma de retribuição do ato ilícito praticado, a qual culminará na diminuição de um bem jurídico, com a finalidade de evitar novos delitos.

Segundo Bitencourt (2012) a pena deve ter como parâmetro o Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e poderá somente ser imposta mediante procedimento o qual possua todas as garantias jurídico-constitucionais. Tal afirmação importa em uma aplicação do Direito Penal, em consonância com os princípios constitucionais. No art. 5º da Constituição Federal (1988) verificam-se alguns princípios específicos de ordem penal, os quais consistem em: orientar o legislador no sentido de haver um controle penal baseado nos direitos humanos e tendo como parâmetro o princípio da culpabilidade; um Direito Penal mínimo e garantista, como forma de controlar o poder punitivo do Estado, limitando a sua aplicação de forma a excluir toda arbitrariedade e abuso do poder punitivo. Evita-se assim uma vingança estatal, ao invés da pura e simples condenação baseada no fato típico cometido.

De acordo com Capez (2012) os princípios constitucionais e as garantias individuais devem balizar a correta interpretação e principalmente, a justa aplicação das normas penais, vedando a sua aplicação de forma meramente robotizada dos tipos penais, abrindo mão de qualquer apreciação ontológica do injusto, e ainda, que o Direito Penal deve ser enxergado mais do que um instrumento de opressão em defesa do aparelho estatal. Ele viabiliza os contatos sociais, estimula práticas positivas e coíbe as perniciosas e, por isso, não pode ser fruto de uma análise abstrata ou da necessidade de atender a anseios momentâneos, mas sim, refletir o justo anseio social. Já segundo Greco (2015), a pena é o simples instrumento de coerção, o qual o Direito Penal utiliza para a proteção dos bens, valores e interesses mais importantes da sociedade.

2. 1 Códigos Penais no Brasil

Durante o Brasil Colônia vigoraram primeiramente as ordenações Afonsinas, que se resumem em uma coleção de leis, com a finalidade de se regular a vida doméstica dos súditos do Reino de Portugal. Essas ordenações tiveram início em 1446, durante o reinado de D. Afonso V, que perduraram até o ano de 1514, com efeitos até o ano de 1521. As ordenações

Manuelinas vigoraram de meados de 1521 até o ano de 1569, substituída posteriormente pelo código de Dom Sebastião, pelo período compreendido entre os anos de 1569 a 1603.

Após esse período passa-se para as Ordenações Filipinas, que possuíam em seu livro V características do período da Vingança Pública, as quais refletiam o Direito Penal dos tempos medievais (DUARTE, 1999).

Com a proclamação da Independência do Brasil em 1822, o Brasil editou durante sua história os seguintes Códigos:

- Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830;
- Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890;
- Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932;
- Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - cuja Parte Especial vigora até os dias de hoje, excetuando-se algumas alterações;
- Código Penal, Decreto - Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 – a qual permaneceu em *vacatio legis* por aproximadamente nove, sendo revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem sequer ter entrado em vigor;
- Código Penal, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 – a qual revogou somente a Parte Geral do Código Penal de 1940.

O atual Código Penal Brasileiro é composto por duas partes: Parte Geral, que compreende os artigos 1º a 120, que define os critérios a partir dos quais o Direito Penal será aplicado, tais como: quando o crime existe, quando e como aplicar a sua pena. E a Parte Especial, compreendida entre os artigos 121 a 361, que prevê os crimes em espécie, incluindo aqueles relativos a crimes cometidos em licitações e contratos administrativos, definidos em ações ou omissões e as respectivas penas. Cada tipo criminal prevê uma determinada escala punitiva, de acordo com sua gravidade (LINHARES, 2019).

São de extrema importância a compreensão histórica da evolução do pensamento jurídico, político, cultural e filosófico para a criação e atualização de institutos que corrijam as barbaridades cometidas no passado. O direito penal apresenta esse viés evolutivo do pensamento jurídico, sendo notável a evolução do tratamento dispensado aos apenados, culminando em um tratamento mais digno, sem, contudo, se esquivar de sua função punitiva/retributiva.

O direito penal tem como uma de suas características a dinamicidade, pois as necessidades da sociedade são mutáveis, e, por consequência, a vontade do legislador,

servindo como direcionamento para o que realmente deve ser tutelado pelo direito penal (LUTHOLD, 2013).

2.2 Escolas Penais

As Escolas Penais se resumem a representação dos pensamentos que vigoraram em cada fase histórica do Direito Penal, sendo sempre matéria de discussão e estudo no combate à criminalidade. Estes pensamentos representam uma resposta do Estado para o seu direito/dever de punir. Assim, a partir do século XIX surgiram as principais Escolas Penais, dentre as quais se destacam a Escola Clássica, Escola Positiva e Escolas Mistas.

2.2.1 Escola Clássica

A partir do surgimento do Iluminismo, o Direito Penal passou a tomar forma, dando origem a primeira Escola Penal, a Escola Clássica. O nome foi dado pejorativamente pelos positivistas no sentido de coisa antiga, ultrapassada, pois representava a reunião dos doutrinadores daquela época. A visão principal desta Escola girava em torno do conceito de que o homem desfruta do livre arbítrio, o qual resulta em responsabilidade e consequente aplicação de pena como retribuição aos seus delitos.

Para Silva (1996) o homem é um ser moral, o qual desfruta do livre-arbítrio, motivo pelo qual é plenamente imputável e recebe a pena como justa retribuição de seus delitos, os quais não são vistos como fatos sociais, mas como um fato jurídico.

A Escola Clássica enxergava a pena como uma tutela jurídica que protege os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, a fim de restabelecer a ordem social abalada pelo delito devendo ser aflictiva, exemplar, pública, certa, proporcional ao crime, célere e justa, sem contar o fato de ser retributiva, mas não arbitrária.

Nomes importantes na história do direito corroboravam com essa ideia clássica, são eles: Francesco Carrara, com sua obra Programa do Curso de Direito Criminal, (1859); Enrico Pessina, com Elementos de Direito Penal, (1882) e Giuseppe Carmignani, com Elementos de Direito Criminal, (1823). Outros autores também escreveram suas obras com o mesmo espírito transformador disseminado por Beccaria, considerado o principal representante do iluminismo penal e da Escola Clássica do Direito Penal. Sua obra intitulada "Dos Delitos e Das Penas", é considerada a base do Direito penal moderno. Com a evolução da sociedade e consequente evolução do Direito, a Escola Clássica acabou cedendo espaço a uma nova visão de Direito Penal.

2.2.2 Escola Positiva

Os chamados positivistas foram influenciados pelo movimento naturalista do século XVIII, com ênfase na experiência em detrimento da investigação racional, e pelos estudos científicos surgidos no início do século XIX, tendo como expoente o filósofo positivista Augusto Comte, considerado o fundador da Escola Filosófica Positiva.

Este momento importante do Direito teve grandes nomes, começando pelo médico e professor Cesare Lombroso, o qual publicou a obra *O Homem Delinquente*, em 1876. Posteriormente Enrico Ferri (1892) escreveu a obra *Sociologia Criminale* em 1892 e Rafael Garofalo com *Criminologia*, no ano de 1885.

Lombroso (1876) defendia que o crime é uma manifestação da personalidade humana, tendo como foco a origem do crime um ponto de vista biológico. Ele acreditava num criminoso nato, originado por uma anomalia que podia ser tanto física ou psicológica. Apesar de estar em desuso, a obra de Lombroso foi responsável pela criação da Antropologia Criminal e consequente estudo da Criminologia tal qual tem-se hoje.

Diferente da Escola Clássica que se preocupava apenas com o delito e a pena, os positivistas tinham foco no estudo do criminoso e a causa que os levava à prática do delito, o que deu origem a diversas classificações para os criminosos, em decorrência de suas particularidades, com isto defendendo um tratamento diferenciado para cada tipo de criminoso.

A Escola Positiva, mesmo não tendo prosperado, acabou deixando uma enorme contribuição para o Direito Penal tal qual vemos hoje, como a criminologia, a individualização das penas, o conceito de periculosidade e a criação de institutos, como a medida de segurança, a suspensão condicional, o livramento condicional e o tratamento tutelar do menor infrator.

2.2.3 Escolas Mistas e as tendências atuais

Como meio de equilibrar os pontos divergentes das doutrinas clássicas e positivas acabaram surgindo as teorias mistas, cujo pensamento era o de caráter primordialmente retributivo com relação a pena, associado à de reabilitação do criminoso. Com esse movimento, surgiram as Escolas Ecléticas como: Terceira Escola, Escola Sociológica Francesa, Escola Moderna Alemã, Escola do Tecnicismo Jurídico, Escola Correccionalista. Todas se valendo das ideias clássicas e positivistas, no intuito de mitigar os princípios destes,

com o pensamento moderno. Segundo Mirabete (2008), a Escola Moderna Alemã resultou em grande influência prática no Direito Penal, como a elaboração de leis, a criação de institutos como medida de segurança, livramento condicional, *sursis*.

Nos dias atuais, a preocupação dos penalistas é voltada para a pessoa do condenado, como a sua integridade física e mental e com sua dignidade humana. Greco (2008) afirma que hoje percebe-se, haver pelo menos nos países ocidentais, uma grande preocupação com a integridade física e mental, bem como com a vida humana. Visando a preservação da dignidade da pessoa humana, vários pactos são firmados entre as nações buscando afastar tratamentos degradantes e cruéis de todos os ordenamentos jurídicos.

Porém, a sociedade tende a se voltar em favor de discursos sensacionalistas, os quais apontam aumento da criminalidade em função de uma possível brandura das penas, onde clamam por uma maior rigidez nas penas ainda que contrarie preceitos constitucionais. Contudo, observando-se o passado, verifica-se que a dureza das punições não diminui a criminalidade, pois não reeduca o indivíduo, apenas funciona como meio de vingança do ato cometido.

3 O DIREITO PENAL DO AUTOR

Apesar do Direito italiano ter exercido grande influência na teoria do delito, sua definição mais concreta e sua evolução mais acentuada aconteceram através da doutrina alemã. A teoria do delito veio evoluindo gradativamente desde o início do século XIX e com o amadurecimento das discussões sobre os elementos ou características da infração penal, várias modificações teóricas foram surgindo com o passar dos anos, trazendo um gradual e significativo desenvolvimento na teoria do delito. Aos poucos foram descobertas e estudadas as características fundamentais do delito: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. (GRECO, 2015).

Mister neste momento focar-se no princípio da culpabilidade, o “*Nullum crimen sine culpa*”, que segundo Damásio (2011), a pena só pode ser imposta àquele, o qual agindo com dolo ou culpa, cometeu um fato típico e antijurídico, merecendo juízo de reprovação. Trata-se de um fenômeno individual o qual o juízo de reprovabilidade, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato, e ainda sim o praticou.

Entre os diversos princípios acolhidos pelo Direito Penal o da culpabilidade é um dos que mais produz reflexos e um dos que leva a estabelecer alterações na interpretação de dispositivos legais até então consagrados pela norma penal. Por esse motivo a discussão torna-se de extrema importância, pois ainda que já tenha se passado mais de trinta anos desde o advento da Carta Constitucional de 1988, verifica-se a flagrante violação do princípio de culpabilidade. Esse princípio segue sendo comumente aplicado no que se refere aos registros de antecedentes criminais e a questão da reincidência no âmbito de fixação da pena, o qual se faz necessário discutir, à luz da Constituição, as restrições a serem impostas na dosimetria da pena no âmbito de sua fixação para a reincidência e os antecedentes criminais. (BUSATO, 2010).

Segundo conceitua Greco (2015), Culpabilidade diz respeito ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. O direito penal se afasta de punir pensamentos, ideias, ideologias e o modo de ser do indivíduo, mas ao contrário, fatos exteriorizados no mundo concreto e objetivamente descritos e identificados na tipificação legal. O Estado tem a função proteger bens jurídicos contra comportamentos externos quando de ações contrárias às descritas em lei, definidas então como delitos, bem como viabilizar relações éticas entre os cidadãos para o melhor desenvolvimento das relações intersociais. Diante dessa visão não se pode castigar tais comportamentos individuais tampouco incriminar certos estereótipos. A legislação deve definir fatos associando-lhes penas.

Um exemplo desse fato foi a Alemanha nazista que punia não crimes, mas criminosos. Perseguiam-se e incriminavam-se aqueles tidos como traidores da nação ariana e não os fatos eventualmente praticados. A punição era em relação à pessoa, não à conduta. Castigavam-se aqueles que agiam com “deslealdade” contra o Estado e manifestações ideológicas contrárias à doutrina nacional-socialista. (CAPEZ, 2012).

O direito penal do autor afasta as garantias constitucionais do infrator, como por exemplo, a presunção da inocência e o devido processo legal. Nos dias de hoje o criminoso é punido por sua conduta e não por sua personalidade, contudo ainda se observa resquícios do pensamento de Lombroso, por exemplo, quando da aplicação do instituo da reincidência para agravar a pena.

3.1 A teoria de Cesare Lombroso

Cesare Lombroso nasceu em Verona em 1835, formado em medicina pela Universidade de Pavia em 1858 aos 23 anos. Especializado em psiquiatria foi apontado como chefe de um abrigo na cidade de Pesaro, onde estabeleceu contato com pacientes psiquiátricos, o que acabou norteando seu estudo. Logo ele também se tornou médico em uma prisão de Turim e também em outras cidades. Além disso, Lombroso também foi nomeado como médico militar o que lhe aproximou de criminosos e soldados, especialmente marinheiros. Aos 30 anos assume a cátedra na Faculdade de Medicina de Turim onde esteve até o final de sua vida (MACHADO, 2021).

O médico italiano, conhecido por ser o criador da antropologia criminal, acreditava que uma pessoa criminosa poderia ser determinada por seus traços e anatomia e que por esse fato já era considerada uma pessoa perigosa, uma vez que para ele o crime era um fenômeno patológico.

A teoria de Lombroso defende que só por uma pessoa trazer consigo traços de uma pessoa com potencial delitivo já era motivo para que esta fosse punida mesmo que não houvesse praticado qualquer delito, pois assim o Estado estaria se antecipando à ação delituosa e por consequência protegendo a sociedade.

A partir desse pensamento surge o direito do autor onde a punição se dá em função da personalidade do indivíduo e não de sua prática delituosa. Dessa forma a pessoa será castigada ainda que seja inocente, pois suas características pessoais já o colocavam como um ser delituoso. Outro fator agravante era o cometimento dos crimes anteriores: reincidência e antecedentes (ALENCAR, 2016).

Lombroso por ser médico, defendia a tese de que algumas características pessoais seriam marcantes. Acreditava que caso uma determinada pessoa as preenchesse seria tida como delinquente, ou seja, a criminalidade era uma característica primitiva inclusive anatômica. Segundo ele próprio, ainda que a pessoa não tivesse cometido nenhum ato ilícito, ser perigoso era uma característica de sua anatomia. Ele defendia que o criminoso deveria ser encarado como um ser patológico e estereotipado, pois o crime não é fenômeno jurídico-político, mas biológico, uma vez que faz parte da essência daquela pessoa praticar delitos.

Nesse sentido, o delinquente deveria ser punido ou neutralizado, devido ao fato deste apresentar um perigo à sociedade, devendo ser tão logo castigado. Surge assim o denominado tipo de autor o qual a criminalização é definida pelas características pessoais, não pela conduta em si. Nessa linha de pensamento, era possível punir a pessoa antes mesmo que esta

não violasse algum bem jurídico protegido. A sanção se baseava não só no estereótipo do indivíduo, mas também poderia recair em cima de outros aspectos, como a sucessiva prática de crimes, sendo a partir daí, o indivíduo considerado como se biologicamente tivesse nascido para cometê-los.

Fica demonstrado que o direito penal do autor viola os direitos humanos entre os quais o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que a pessoa considerada delinquente é vista como um ser criminalizado, à margem da sociedade.

3.2 O Direito Penal do Autor nos dias atuais

Na atualidade, doutrinadores afirmam a presença unicamente de um Direito Penal do fato em nosso ordenamento onde a pessoa é punida com base tão somente na sua conduta. Isso porque a sociedade cada vez mais se inclina a um modelo garantista que prevê que a culpabilidade do agente deve ser relacionada a um fato determinado, provocado pelo próprio acusado, e não a sua personalidade ou qualquer característica pessoal. Pensando por esse viés a sociedade também deveria sofrer algum tipo de reprimenda por não dispor de um meio adequado e igualitário de subsistência a todos os cidadãos, o qual é a causa de grande parte dos delitos cometidos. (MOTTA, 2013).

Alguns resquícios da Escola Positiva ainda podem ser encontrados em nossa legislação, como por exemplo, o princípio da dignidade humana. Esse princípio encontra amparo constitucional sendo extremamente necessário que se analise a legitimidade dessas manifestações de Direito Penal de Autor, à luz da Constituição.

O Direito Penal do Autor afronta princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal. Todavia, podemos vislumbrar resquícios de sua existência na legislação brasileira, especificamente no art. 59 do Código Penal (1940, não paginado):

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

A finalidade de tais circunstâncias judiciais é de se permitir a aplicação individualizada e proporcional da pena necessárias para apontar o nível de reprovação e a prevenção da conduta. Dessa forma, contribui tão somente para a manifestação da

personalidade do réu constituindo, portanto, um dos fatores determinantes da existência do Direito Penal do Autor em nossa legislação.

Dois critérios citados do caput do art. 59 do Código Penal Brasileiro coadunam com a perspectiva do direito Penal do Autor: a conduta social e a personalidade do agente. Na fase da Dosimetria da pena esta será fixada em três fases, sendo a primeira analisadas as circunstâncias do art. 59 do CP. Ao final desta é fixada uma pena provisória que é denominada de pena-base. Em seguida, havendo quaisquer das circunstâncias agravantes ou atenuantes, das previstas nos art. 61 e seguintes do Código Penal, a pena será aumentada e diminuída, momento em que uma nova pena provisória será fixada. E finalmente sobre esta nova pena provisória recairão as chamadas causas de aumento ou diminuição de pena, encontradas tanto na parte geral como na parte especial do código. Este processo resultará na pena final do réu.

Estas circunstâncias, então chamadas de circunstâncias judiciais, são frutos de uma análise primordialmente subjetiva por parte do magistrado da causa. É importante frisar que a conduta social do agente, prevista no art. 59 do Código Penal como um dos critérios de fixação da pena, ampara-se numa culpabilidade de caráter a qual macula o princípio de culpabilidade, imposta pelo Direito Penal do fato. Este critério refere-se às atividades relativas à vida social, trabalho, relacionamento familiar ou qualquer outra forma de interação deste com a sociedade.

Ao julgar a conduta social do agente muitas vezes o magistrado usa como parâmetro, valores sociais daqueles economicamente mais favorecidos. Ou seja, aquele que de uma forma geral, o próprio magistrado pertence sem levar em conta as mazelas da sociedade, levando o julgador a ser mais enérgico na fixação da pena-base daqueles réus pertencentes a determinados grupos sociais diferentes do seu.

De acordo com Nucci (2011), conduta social é o papel do indivíduo na comunidade inserido no contexto da família, do trabalho, da escola e da vizinhança. O magistrado precisa conhecer a pessoa a ser julgada a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas dirigidas ao acusado no interrogatório e às testemunhas em fase de instrução. Um péssimo pai e marido violento, caso seja condenado por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo. Assim a conduta social do indivíduo como critério de fixação da pena utiliza elementos não tipificados, relativos exclusivamente aos costumes do autor.

Desse modo, analisar a conduta social do réu é uma tarefa complexa uma vez que define uma moral a ser seguida. Isso demonstrando uma tendência em se conceber certos

sujeitos como delinquentes muitas das vezes num padrão de conduta social diversa daquela entendida como adequada para os indivíduos economicamente mais favorecidos dentre eles, em geral, os magistrados.

A conduta social utilizada como elemento de fixação da pena-base é abordada de forma rápida pela doutrina que em geral sustenta que o trabalho cognoscitivo do magistrado em relação à conduta social do agente fundamenta-se basicamente nas perguntas feitas durante interrogatório e nos depoimentos das testemunhas. (BOTELHO, 2017).

O Direito Penal possui como uma de suas principais funções reinserir o delinquente na sociedade viabilizando para este uma vida social justa como qualquer outro cidadão, contudo, atualmente ainda se verifica em diversos países subdesenvolvidos e desenvolvidos, alguns resquícios do fenômeno ora analisado.

Ante uma sociedade consolidada em fundamentos de direitos humanos, o Direito Penal do autor deveria ser profundamente debatido quanto a sua aplicação no sistema jurídico-penal uma vez que o Estado é o principal controlador da justiça social aliada ao Direito Penal, sendo ele o detentor do *ius puniendi* e, portanto deveria ser revisto em diversos aspectos.

4 A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO AUTOR EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO GARANTISTA

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, *caput*, traz a definição de Estado Democrático de Direito como sendo o perfil político-constitucional do Brasil, uma vez que tal perfil traz uma maior segurança não apenas pela proclamação formal da igualdade entre os indivíduos, mas também pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O Estado Democrático de Direito se diferencia do Estado de Direito, pois este último se caracteriza principalmente por assegurar uma igualdade meramente formal entre os Homens, onde a busca da igualdade se contentava apenas com a generalidade e impessoalidade da norma, garantindo a todos um tratamento igualitário, ainda que a sociedade seja totalmente injusta e desigual. Embora tal visão de direito se mostrasse extremamente avançada no combate ao arbítrio do absolutismo monárquico, o ideal de ‘Estado de Direito’ ainda necessitava de um conteúdo social mais abrangente.

Com o passar do tempo, essa igualdade formal trazida pelo Estado Democrático acabou revelando-se uma garantia inócua, uma vez que mesmo estando submetidos ao

império da letra da lei, não havia controle algum sobre seu conteúdo material, substituindo o arbítrio do rei pelo do legislador. Portanto, o Estado Democrático de Direito impões não somente a submissão de todos ao regimento da mesma lei, mas impõe também que todas as leis possuam conteúdo e adequação social, definindo como infrações penais somente os fatos que realmente ameaçam bens jurídicos fundamentais para a sociedade.

Nesse contexto, a norma penal em um Estado Democrático de Direito não será apenas aquela que descreve formalmente um fato como infração penal, sem se preocupar se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, o tipo penal deverá obrigatoriamente selecionar, dentre os comportamentos humanos, apenas aqueles que realmente possuem de fato uma lesividade social, sob pena de colidir com a previsão constitucional. (CAPEZ, 2012).

Segundo Brunoni (2007), observa-se que uma análise baseada em fato de caráter individual do agente acaba por resultar na realização de exigências de tipo repressivo, que satisfaz a pretensão de um controle da esfera interna da própria pessoa, valendo-se para isso do Direito Penal, resultando-se inadmissível em um ordenamento consagrado em princípios garantistas de um Estado Social de Direito, que exaltam a autonomia e a dignidade da pessoa humana.

A doutrina moderna tem cada vez mais posto em evidência o princípio da culpabilidade, o qual emerge o direito penal do ato ou fato, princípio este que nos orienta no sentido de que ninguém é culpado de forma geral, mas somente com relação a um determinado fato ilícito praticado. O Direito penal do fato concebe o delito como uma lesão ao bem jurídico tutelado pela nossa legislação, provocada pela ação humana através de sua decisão autônoma, ao qual há reprovação e, portanto, retribui-se o mal na medida de sua culpabilidade, proporcional ao ato praticado. Tal princípio da culpabilidade está diretamente relacionado ao Direito Penal do fato, o qual pode ser violado por meio de duas formas: pela incriminação de atitudes internas do agente ou pela punição de fatos os quais se mostram carentes de lesividade.

A culpabilidade será sempre referida diretamente a um fato determinado, deixando de lado a autonomia de vontade do autor. No Direito Penal do fato a culpabilidade constitui um juízo acerca da relação do autor com o fato concretamente realizado, excluindo-se qualquer relação com a forma de conduzir sua vida, de sua personalidade ou de seu convívio no meio social.

A redação do artigo 59 do Código Penal norteia o magistrado com relação à análise das circunstâncias judiciais subjetivas, sem, porém, definir um critério pré-estabelecido para a

valoração de seu conteúdo. Assim, cabe ao magistrado exercer um juízo de valor para considerar uma conduta tida como negativa, uma personalidade perigosa, valendo-se de um parâmetro extralegal para embasar sua decisão. Nesse caso, conforme define Ferrajoli (2002), o magistrado irá proferir uma sentença constitutiva (ou de disposição) que prontamente, determina qualificações e efeitos jurídicos sem a necessidade de se comprovar um fato deonticamente qualificado, demonstrando, portanto, a violação ao Princípio da Legalidade e da Motivação das Decisões Judiciais.

Os antecedentes criminais utilizados na dosimetria da pena são compostos pelo histórico criminal do agente, histórico este que não foi aproveitado para fins de reincidência. Desta forma, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, presente no art. 5º, inciso LVII da CF, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não possam ser usadas para fins de reincidência serão utilizadas como antecedentes em desfavor do réu. Assim, os processos em tramitação, ainda que com condenação, mas em fase recursal ou simples anotações na folha de antecedentes criminais (FAC) com inquéritos policiais, não podem em tese majorar a pena. Este é o entendimento do STF, consagrado na súmula de número 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. (GRECO, 2015). Contudo, por não se tratar de uma súmula vinculantes, não raras as vezes tal preceito não é observado pelos juízes de primeira instância.

Percebemos com esta informação que o entendimento do STF não é pacificado, havendo desencontro entre a interpretação de alguns autores, como Inácio de Carvalho Neto, o qual afirma que não se condenará o réu antes da sentença, contudo, segundo o autor: a ciência do envolvimento do réu em outros processos ou inquéritos em andamento deve nortear o juiz na aplicação da pena. Em suas palavras:

[...] não se trata de se considerar o réu culpado por aquele fato cujo processo ainda não tem sentença penal condenatória transitada em julgado. Mas, tão somente, de levar em consideração o envolvimento dele em outro processo judicial ou inquérito policial, sem se valorar tal fato como imputação de culpa. Não se trata, portanto, de atribuir ao réu consequência própria do status de condenado. (CARVALHO NETO, 2008, p.50).

Para Ferreira (2004), o legislador ao tipificar os antecedentes como circunstância judicial visou possibilitar que o juiz majorasse a pena ainda que o agente tenha sido absolvido por falta de provas; conforme afirma:

Considere tão só o comportamento do agente para apurar a sua propensão ao crime, a sua probabilidade de delinquir, independentemente de ser culpado ou não. Nessas condições o simples envolvimento num fato criminoso, no qual foi o agente absolvido por falta de provas, por exemplo, já é um indicativo negativo que se acresce do simples envolvimento resultar numa condenação ainda não transitada em julgado. (GILBERTO FERREIRA, 2004, p.100).

Alguns autores distinguem o fator da primariedade dos bons antecedentes. Segundo Viani (2007, p.53) “Réu primário é o que nunca teve condenação judicial”, já o “Réu com bons antecedentes é o que nunca se envolveu em ocorrências reprováveis comprovadas que tenham ensejado persecução penal.” Mirabete e Fabbrini (2010, p.282) compartilham do entendimento de forma uníssona:

Deve o julgador observar os antecedentes (bons ou maus) do agente. Verifica-se a vida pregressa do réu, com base no que constar do inquérito policial (art.6º, inciso VIII e IX, do CP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico.

Como demonstrado, resta claro que a discussão doutrinária acerca do assunto em voga se limita à súmula 444, não havendo, portanto, uma aprofundada crítica ao critério dos antecedentes, sendo discutido apenas quais antecedentes podem ser considerados. Alexandre Moraes da Rosa (2004), relativo ao tema, apontam a definição dos antecedentes, como um mecanismo de estigmatização *ad aeternum*:

A instituição modificou apenas as máscaras, mantendo a ficha de antecedentes como verdadeiro limite entre os que permanecem puros, bons, e os pecadores, maus, “onde a sistemática medieval nos pega: por seu produto apto a passar por várias versões dos signos do Poder: a Lei”. A violência simbólica atua eficientemente no inconsciente dessa divisão maniqueísta e reducionista da sociedade. Os antecedentes se constituem, pois, na “ficha de pecados” do acusado e devem ser lidos, no mínimo, conforme a Constituição, a fim de se evitar a estigmatização eterna. O condenado jamais se livra da sanção, servindo para sempre e sempre lhe recrudesce a resposta estatal, sendo que tal raciocínio vigora no Brasil. (ROSA., 2004, p. 358).

Os citados autores mostram como os antecedentes afrontam Princípios Fundamentais, constituindo em bis in idem, em função da reutilização de fatos passados em processo diverso. Nesta fase do processo, o agente passa a ser julgado não pelo que fez, mas pelas suas ações pretéritas, violando postulados constitucionais e preceitos democráticos, muitas vezes para

sustentar a condenação no caso de ausência de certeza, por demonstrar seu ‘perfil criminal’. Em outras palavras, caso haja dúvida, os antecedentes do réu serão consultados, e se existirem máculas em seu comportamento social, o julgador poderá embasar-se em uma condenação, ainda que inconstitucional.

Greco (2015) afirma que não raras as vezes ocorre confusão, por parte da doutrina, na diferenciação entre conduta social e antecedentes criminais, o que não se deve ocorrer, já que a própria lei já impõe suas análises em momentos distintos. Tal situação deixa margem para que o legislador, uma vez não conseguindo utilizar determinadas informações na aferição dos antecedentes, acaba por majorar a pena a partir da conduta social. Greco acredita que a prática em questão é uma fuga da lei, uma vez que os antecedentes demonstram somente o passado criminal do agente, diferentemente da sua conduta social, que visa mensurar seu comportamento perante a sociedade, inobservando qualquer aspecto relativo às infrações penais. Outro aspecto a ser observado é a possibilidade, por exemplo, de um filantropo possuir péssimos antecedentes.

O autor tece críticas à confusão entre conduta social e antecedentes. Contudo, é interessante frisar que tal crítica é limitada, uma vez que não se vislumbra a questão do julgamento moral referente a este critério, mas ao contrário, ainda o reforça, com uma ideia simplista do ser humano, que carece de maiores estudos no sentido de se balizar melhor tal assunto, visando evitar possíveis injustiças a serem cometidas quando da aplicação da pena por parte do julgador. A avaliação de perfil de sujeito bom ou mal não cabe ao operador do direito, pois tais definições acabam sendo demasiadamente genéricas e abstratas, e, dificilmente serão respondidos sem a influência de valores morais do julgador. O conflito gerado em torno dos conceitos de conduta social e dos antecedentes criminais, pode se levar à banalização do procedimento de majoração da pena. Tal conflito também pode se verificar no âmbito da norma, que confere ao juiz alto grau de discricionariedade, o que dá margem para a fundamentação do aumento da pena a partir circunstância judicial equivocada.

Ainda segundo Greco (2015) a personalidade da pessoa não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências, como psicologia, psiquiatria e antropologia, por exemplo, e deve ser entendida como um conjunto de características individuais próprias, adquiridas, que irão determinar ou influenciar o comportamento do sujeito. Acredita-se que o julgador não possui aptidão técnica para a aferição da personalidade do agente, portanto, se mostra incapaz de avaliar por si só, sem auxílio de uma análise detida e apropriada de todo o seu histórico de vida, a começar pela infância. Dessa forma, entende-se que o juiz não deveria levá-la em consideração no momento da fixação da pena-base. Conclui o autor, que merece ser frisado,

ainda, que a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado direito penal do fato, pois deixa em evidência a análise das características pessoais do autor.

4.1 Princípios limitadores do poder punitivo do Estado

Segundo Bitencourt (2012), as ideias de igualdade e de liberdade advindas do Iluminismo, proporcionaram ao Direito Penal uma característica formal menos cruel, diferente daquela existente durante o Estado Absolutista, característica esta que impõe limites à intervenção do Estado nas liberdades individuais. Muitos países democráticos adotaram esses princípios limitadores, incluindo-os em seus Códigos Penais, através se chancela constitucional, como meio de garantir máximo respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Na atualidade podemos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todas estas nomenclaturas se referem às garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e se baseiam no novo texto constitucional de 1988. Já no preâmbulo da nossa Carta Magna verificamos essa proteção, pois encontramos a proclamação de princípios, tais como a liberdade, igualdade e justiça, que servem de inspiração para todo o nosso sistema normativo, como fonte interpretativa e de integração das normas constitucionais, norteador das diretrizes políticas, filosóficas e, inclusive, ideológicas da Constituição. Como consequência, esses princípios também servem de fonte orientativa para a interpretação das normas infraconstitucionais no tocante à matéria penal. Ainda segundo o autor, no art. 1º, III, da Constituição, podemos observar a declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento sobre o qual se amolda o Estado Democrático de Direito, representando o inequívoco reconhecimento do indivíduo em nosso ordenamento jurídico, como um sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de responsabilização pelos seus próprios atos. Verifica-se com tal consagração, que toda pessoa possui a legítima pretensão de ser respeitada pelos demais membros da sociedade e pelo próprio Estado, não podendo este último interferir no âmbito da vida privada de seus súditos, exceto quando há expressa autorização para fazê-lo.

De maneira análoga, a declaração dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil apresenta no art. 3º, I, da Constituição, claramente a intenção em orientar a atividade

jurisdicional em matéria penal, no sentido de construir uma sociedade livre e justa. Mas é no art. 5º da nossa Constituição que encontramos princípios específicos em matéria penal, os quais consistem em orientar o legislador para a adoção de um sistema de controle penal consagrado nos direitos humanos, originando um Direito Penal embasado no princípio da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.

4.2 O Garantismo Penal segundo Luigi Ferrajoli

Segundo Ramos (2020), no âmbito da filosofia e da teoria política, a concepção garantista é uma teoria da democracia, “[...] elaborada não apenas como uma teoria genérica e abstrata do bom governo democrático, mas sim, como uma teoria da democracia substancial, além de formal, consagrada empiricamente no paradigma” de direito apresentado por Luigi Ferrajoli. Daí se origina uma teoria da democracia como sistema jurídico e político apoiado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de direitos constitucionalmente estabelecidos: os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais, os quais equivalem não somente a ‘valores objetivos’.

O garantismo no Brasil se deu mais especificamente a partir do processo de redemocratização, através da promulgação da denominada ‘Constituição cidadã’, cuja marca principal foi a imposição de respeito aos direitos e às garantias fundamentais com força constitucional. A aplicação dessa teoria em território nacional se deu a nível penal e processual penal, sendo desenvolvidos vários estudos relevantes nessas áreas a partir desse importante marco teórico. E, especificamente nesse âmbito, Ferrajoli, (2002, p.684) destaca que o garantismo é um sistema de estrita legalidade “[...] que se caracteriza como um sistema de poder mínimo, o qual se caracteriza sob o plano político como uma técnica de tutela idônea visando minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, é tido como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado como forma de garantia dos direitos dos cidadãos”.

Portanto, trata-se de um sistema de direito penal mínimo e consequentemente garantista o qual possui como fundamento o grau máximo de tutela em relação às liberdades dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal, estabelecendo critérios de racionalidade e de civilidade diante da intervenção penal, e também, limitando constitucionalmente a todos os poderes. Dessa forma, as garantias constitucionais em um sistema penal não possuem a função de legitimar ou de se permitir o poder punitivo do Estado, mas, sim, regulá-lo quando não devidamente observadas as referidas garantias.

Diante desse contexto, o sistema jurídico poderá ser concretamente avaliado como tendente ao direito penal mínimo, quando maior for a observância de seus princípios, ou ao direito penal máximo, quando menor for a incidência dos destes. O direito penal não é mais tido somente como instrumento de prevenção dos crimes, mas sim, como “técnica de minimização de violência e do arbítrio na resposta do delito”. O autor italiano esclarece que o direito penal mínimo também tem a função de proteger o mais fraco, ou seja, irá tutelar os direitos fundamentais daqueles quem se encontram em posição desfavorável em relação à violência arbitrária do lado mais forte na relação. Portanto, esse lado mais fraco da relação é variável, pois no momento do delito será a parte ofendida, já no momento do processo será o acusado e, finalmente, no momento da execução, o réu.

Ferrajoli (2014) destaca que esse instrumento não serve, para proteger a maioria, mas sim, para proteger aqueles cidadãos individualizados, que, ainda que suspeitos, ainda gozam da presunção de inocência. Em síntese, além de outras considerações teóricas, verifica-se que tanto o direito penal quanto o processual penal carregam consigo função específica de limitadores do poder punitivo estatal e de tutela dos direitos fundamentais individuais em relação ao mais fraco, que, como visto, é o réu durante o processo.

Importante salientar que até mesmo no modelo ideal de garantismo há espaços de discricionariedade, intrínsecos à função jurisdicional, porque sempre estarão ligados a atividades cognitivas, passíveis de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição, seu espaço existe sempre que constatadas fragilidades de garantias penais e processuais. Dessa forma, o garantismo penal de Ferrajoli, ainda que admita espaços típicos de discricionariedade da atividade jurisdicional até em seu modelo ideal, reconhece que as garantias penais e processuais penais têm o dever de limitar ao máximo o denominado poder de cognição e suprimir o de disposição, tido pelo autor como ilegítimo quando o assunto é o Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisa o critério utilizado na dosimetria da pena, usando como ferramenta a personalidade do agente, conforme previsto no artigo 59 do Código Penal brasileiro e suas implicações em um Estado Democrático de Direito. Conforme apontado, tal artigo afronta princípios constitucionais ao se utilizar de características da personalidade do

indivíduo, bem como ações penais sem trânsito em julgado, que não foram utilizadas na reincidência.

Com relação à harmonia do ordenamento jurídico para com a nossa Carta Magna, entende-se que há uma incoerência do legislador ao vincular ao juiz o poder discricionário de avaliar a má conduta pessoal do indivíduo, pois tais definições dependem de outros campos do saber, diversos do jurídico.

Demonstrou-se também a carência de discussão doutrinária acerca do assunto, a qual se limita à súmula 444 do STJ, não havendo, portanto, uma aprofundada crítica ao critério dos antecedentes, sendo discutidos apenas quais antecedentes podem ser considerados. Ainda, por não se tratar de súmula vinculante, por diversas vezes deixa de ser observada pelo juiz de primeira instância quando da dosimetria da pena.

Tais juízos morais por diversas vezes podem se dar de forma totalitária e simplista, resultando em dividir a sociedade em sujeitos bons e maus, através de juízos de valores, e não através de critérios objetivos. Dessa forma, o exame de personalidade do agente, na etapa da dosimetria da pena, demonstra que o art. 59 do Código Penal é parcialmente inconstitucional, ferindo a teoria do direito penal do fato, consagrado pela própria constituição, a qual se pauta no princípio da presunção de inocência, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros, que garantem a todo cidadão brasileiro um julgamento justo.

Assim, com o presente trabalho, conclui-se que há a necessidade de uma melhor sintonia entre os princípios limitadores do Direito e o próprio sistema penal, a partir da Constituição Federal, como forma de direcionamento programático dos sistemas de controle social, dentro de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Sem sombra de dúvidas, a caminhada de mais de trinta anos desde a chegada da Carta Magna há de servir de marco, não de alcance de seu objetivo, mas sim de uma longa caminhada na busca do aperfeiçoamento dos ideais que a inspiram.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Raimundo. Os resquícios do direito penal do autor no Direito Penal Brasileiro. **Jus.com.br**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51789/os-resquicios-do-direito-penal-do-autor-no-direito-penal-brasileiro#:~:text=A%20teoria%20de%20Lombroso%20defende,Estado%20estaria%20protegendo%20a%20sociedade>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte Geral, 1. 17. ed. rev., ampl. atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTELHO, Carlos Felipe Costa. - Traços do direito penal do autor no ordenamento jurídico brasileiro. **Âmbito jurídico**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/tracos-do-direito-penal-do-autor-no-ordenamento-juridico-brasileiro/> Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em:

https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm#:~:text=Neste%20sentido%2C%20o%20Direito%20Penal,que%20nele%20justifica%20a%20pena.&text=%C3%89%20normativo%2C%20portanto%2C%20porque%20estabelece,os%20fatos%20realizados%20pelo%20autor. Acesso em: 25/05/2021.

BUSATO, Paulo César. Antecedentes, reincidência e reabilitação à luz do princípio de culpabilidade. Paraná, 2010. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12963784/antecedentes-reincidencia-e-reabilitacao-a-luz/3>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral : (arts. 1º a 20). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (v. 1)

CARVALHO NETO, Inácio de. Aplicação da Pena. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/932>. Acesso em: 29 mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. São Paulo: Editora Forense, 2004.

GOMES, Efigênia Paulo. A evolução das punições no Direito Penal brasileiro. **Revista Jus Navigandi**; Fevereiro de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55630/a-evolucao-das-punicoes-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 29 mar. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (v. 1).

LINHARES, Rafaela. Código Penal: o que é e para que serve? **Politize!**; 19, jun. 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/codigo-penal/#:~:text=Nosso%20atual%20C%C3%B3digo%20%C3%A9%20dividido,esp%C3%A9cie%20e%20as%20penas%20correspondentes>. Acesso em 28 mar. 2021.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Ricardo Lenz, Porto Alegre, 2001.

LUTHOLD, Pedro Henrique. Uma breve história do direito penal positivo brasileiro e o PLS n.º 236/2012, **Âmbito Jurídico**; São Paulo, 01 jul. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/uma-breve-historia-do-direito-penal-positivo-brasileiro-e-o-pls-n-236-2012/>. Acesso em 28 fev. 2021..

MACHADO, Daniel Dias. *et al.* **A teoria de Cesare Lombroso e sua influência na sociedade**. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 06, Ed. 01, Vol. 07, pp. 57-73. Janeiro de 2021. ISSN: 2448-0959, Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/cesare-lombroso>. Acesso em: 22 abr. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal** 1. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MOTTA, Alessandra Costa da Silva. Uma análise sobre a aplicação do direito penal do autor nos dias atuais relacionada ao pensamento de Lombroso. **Âmbito jurídico**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/uma-analise-sobre-a-aplicacao-do-direito-penal-do-autor-nos-dias-atuais-relacionada-ao-pensamento-de-lombroso/> Acesso em: 22 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Beatriz Vargas. O Garantismo Penal Integral e Suas Contradições com o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Brasília/ DF. Abril de 2020. Disponível em: <https://www.periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/30097/25978>. Acesso em 30 mai. 2021.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo Penal como Bricolage de Significantes**. 2004. 450 f. Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

SARTORI, Gaia Luísa Tornquist. **Análise Crítica do Critério da Personalidade do Agente do Artigo 59 do Código Penal Brasileiro**. Florianópolis/SC 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133919/TCC%20GAIA%20FO>

RMATADO%20com%20nota%20e%20ineditismo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 30 mai. 2021.

STELMO, Tamara. A inconstitucionalidade das circunstancias judiciais subjetivas como manifestação do Direito Penal do autor. **Jus Navigandi**. Publicado em 05/2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81888/a-inconstitucionalidade-das-circunstancias-judiciais-subjetivas-como-manifestacao-do-direito-penal-do-autor>. Acesso em: 28 mai.2021.

VIANI, Silvano. **Técnica de aplicação da pena**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.