PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÕES
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

# RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

ORIENTANDA: ISADORA DOUTOR SILVA
ORIENTADOR: Profº: DOUTOR JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

GOIÂNIA - GO
2022

ISADORA DOUTOR SILVA

# RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, do Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC - GO).
Profº Orientador: Doutor José Querino Tavares Neto.

GOIÂNIA - GO

2022

**ISADORA DOUTOR SILVA**

**RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Data da Defesa: 21 de maio de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

_____

Orientador: Profº Doutor José Querino Tavares Neto Nota:

_____

Examinadora Convidada: Profª Me. Eufrosina Saraiva Silva Nota

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me sustentado até aqui, a toda minha família, em especial ao meu filho, que foi a minha principal fonte de inspiração e força e a todos que contribuíram de alguma forma para o meu crescimento e aprendizagem.

**SUMÁRIO**

**INTRODUÇÃO** .....06
1. **DO DIREITO PENAL DO AUTOR E DO DIREITO PENAL DO FATO** ..... 08
1.1. CONCEITOS ..... 08
1.2. CARACTERÍSTICAS ..... 08
2. **RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR** ..... 09
2.1. A REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE ..... 09
2.2. A PERSONALIDADE DO AGENTE ..... 11
2.3. A CONDUTA SOCIAL .....12
2.4. MAUS ANTECEDENTES ..... 14
2.5. REFLEXOS DOS RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR ..... 16
3. **ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO AUTOR** ..... 16
**CONCLUSÃO**..... 18
**REFERÊNCIAS**..... 21

# RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Isadora Doutor Silva[1]

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo identificar os Resquícios da Teoria Direito Penal do Autor no ordenamento jurídico vigente. A priori, se faz necessário entender o que significou essa Teoria e como era aplicada. A partir disso, tendo entendido questões conceituais, é de suma importância compreender como essa Teoria vem sendo empregue aos dias atuais de maneira velada. Apesar de ultrapassada, encontramos resquícios na legislação atual, e esses resquícios provocam a fragilidade de diversos direitos constitucionais.
**Palavras-chave**: Direito Penal do Autor. Teoria do Direito Penal do Autor. Resquícios.

## INTRODUÇÃO

A princípio, para que se compreenda o Direito Penal do Autor enquanto Teoria é necessário entender o alinhamento lógico e construção da Teoria feita pelo médico e antropólogo Cesare Lombroso em suas ponderações na obra “O homem delinquente”. Nesse livro, o autor limita sua pesquisa em construir a identificação de criminosos mediante a observação de suas características físicas e genéticas.

A obra em questão foi bastante valorizada pelos estudiosos positivistas da época, que se doavam ao estudo da Criminologia no século XIX. No entanto, no decorrer dos próximos séculos, a Teoria do Direito Penal do Autor e os estudos a ela concernentes foram perdendo a força perante o início da construção do Estado Democrático de Direito, que tem como objeto, a Constituição Federal. O declínio dessa Teoria se fez necessário para abrir espaço aos direitos constitucionais e a necessidade de leis cidadãs.

A identificação de características físicas e genéticas feitas por Lombroso na

obra em questão estão mediatamente inclusas atualmente, através de uma construção social, no modo como são aplicadas as leis infraconstitucionais, sobretudo no Artigo 59 e 61 do Código Penal Brasileiro, que trata das circunstâncias judiciais e agravantes para a aplicação da pena ao indivíduo. A partir deste Artigo, conseguimos visualizar uma regressão à Teoria do Direito Penal do Autor, mesmo após a consolidação da Magna Carta, que serviu como um marco para a instauração de princípios que protegem a dignidade da pessoa humana.

A literatura moderna acerca do tema em questão afirma que o Código Penal de 1940, ainda vigente, não recepcionou as ideias originadas da Teoria do Direito Penal do Autor, mas concluem haver esses resquícios minuciosos delineados ao longo do Código.

A manutenção e aplicação desses resquícios nos casos concretos atuais reforça a ideia de retrocesso dos direitos e garantias fundamentais já conquistados. O presente artigo científico fará exposição de especificamente duas situações em que o Direito Penal do Autor é aplicado, quais sejam a reincidência e a personalidade do agente como circuntâncias e fatores consideráveis para agravamento de pena na fase da dosimetria.

O primeiro capítulo será dedicado à compreensão conceitual e ao entendimento das características da Teoria, comparando-a com sua forma contrária, esta, por sua vez, legal e em consonância aos princípios constitucionais em vigor.

O segundo capítulo tratará da apresentação e análise dos Artigos que apresentam os resquícios à Teoria do Direito Penal do Autor e os seus reflexos perante a contemporaneidade, tais como a violação a direitos fundamentais, ocasionando a insegurança jurídica, a manutenção de uma sociedade cada vez mais preconceituosa e um judiciário cada dia mais distante de sua principal função, que é fazer cumprir a norma, em seu status puro, com imparcialidade e respeitando os princípios constitucionais.

O terceiro capítulo se encarrega de sustentar a ilegitimidade do Direito Penal do Autor e a necessidade da revogação dos Artigos supramencionados. Para a execução das pesquisas do presente artigo científico foram utilizadas doutrinas de Direito Penal e artigos específicos a respeito do tema tratado.

A metodologia a ser utilizada na elaboração da pesquisa, envolverá o método dedutivo, bem como a pesquisa teórica.

O presente trabalho ficou encarregado de analisar quais são os resquícios do Direito Penal do Autor na legislação atual e quais os reflexos que esses resquícios podem trazer para o processo e proteção dos princípios constitucionais.

# 1. DO DIREITO PENAL DO AUTOR E DO DIREITO PENAL DO FATO

## 1.1 CONCEITOS

Como visto anteriormente, o Direito Penal do Autor nos traz um conceito de punição do autor de acordo com suas condições pessoais, antecedentes, estilo de vida, e por vezes, considera-se até o local de residência e orientação sexual.

Para Zaffaroni (2015) em “Manual de direito penal brasileiro” o Direito Penal do Autor é marcado pela punição de pessoas em razão de suas condições pessoais, do modo de ser, grau de culpabilidade (reprovabilidade), antecedentes do autor e estilo de vida”

Em contraste, fala-se da Teoria do Direito Penal do fato, que ao contrário desta mencionada, traz uma visão da racionalidade moderna do direito. O Direito Penal do fato analisa o fato em si, e não a característica de quem o praticou. Robaldo (2009) explana a respeito da Teoria, elucidando que:

> Nessa perspectiva não interessa o histórico ou antecedente do investigado ou suspeito. Por mais criminoso que seja o possível autor da infração, assim mesmo, para a sua condenação, impõe-se ao autor da ação penal, que, em regra, é o Ministério Público (estadual ou federal), obedecendo aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, por meios lícitos, provar cabalmente o seu envolvimento.

A partir disso, podemos afirmar que, no Brasil, para responsabilizar penalmente um indivíduo pela prática de um crime, o sistema penal brasileiro leva em consideração o Direito Penal do fato. Em contrapartida, para a fixação da pena, regime de cumprimento da pena, espécie de sanção, dentre outros, adotou o Direito Penal do Autor (Art. 59, CP).

## 1.2 CARACTERÍSTICAS

O Direito Penal do Autor enquanto Teoria é aplicada na parte processual e possui características deficientes em sua composição. Uma delas é a antecipação da criminalização ou punição em estágios prévios, mencionada por Talon (2016), em seu artigo “O Direito Penal do autor” no qual discorre:

> Considero que, combinando-se o viés do Direito Penal do autor com a característica da antecipação da criminalização (ou a punição de estágios prévios) – ambas presentes no Direito Penal do inimigo -, dever-se-ia argumentar, por questão de absoluta coerência, que o inimigo é assim reconhecido em um momento anterior à prática do próprio delito, o que tornaria irrelevante o fato criminoso, alçando-se ao zênite da análise as próprias características do sujeito, ou seja, sua personalidade e sua condição existencial, recorrendo-se, como já mencionado, ao criticado Direito Penal do autor.

A punição por estágios prévios evidencia a forma negativa em que é aplicada a questão da personalidade como critério para a fixação da pena-base (Art. 59, caput) essa circunstância judicial cria graus distintos de indivíduos, ao passo que alguns são beneficiados por um fato involuntário "negativo ou positivo".

Na obra "Ilegitimidade do direito penal do autor à luz do princípio da culpabilidade" Brunoni (2007) constata que:

> Na jurisprudência, muitas decisões contêm afirmações – não raras vezes desprovidas de exame e baseadas em elementos frágeis – do tipo personalidade inclinada à delinquência, personalidade desajustada ou personalidade impulsiva, em atendimento ao disposto no art. 59 do Código Penal, quando não referidas a distorções psicológicasde cunho religioso. De acordo com o STJ, é de mister "examinar se a repetição do agente evidencia tendência genérica ou específica para a criminalidade, ferindo-se, assim, a personalidade do autor". Até mesmo o Supremo Tribunal Federal faz referência à má personalidade, personalidade especificamente voltada para o crime ouà personalidade deformada do paciente, incompatível com a vida em sociedade, para concluir pela suficiência ou não do agravamento da pena.

Portanto, esta circunstância judicial é ilógica, ao passo que, a título de exemplo, para ser criminoso não se exige que seja irritado e ao mesmo tempo uma pessoa que não comete crimes não necessariamente é calma. Existem muitos criminosos em série, como matadores em série que esbanjam uma personalidade e comportamento pacífico. Sendo assim, não parece convincente essa polarização através da personalidade do agente.

## 2. RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR

### 2.1 A REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE

O Ordenamento Jurídico atual não cuidou em conceituar a reincidência, portanto, a doutrina majoritária e mais precisamente Bitencourt (2010) afirma que "Reincidente é quem pratica um crime após ter transitado em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, condenou-o por crime anterior enquanto não houverem ocorrido **cinco anos** do cumprimento ou da extinção da pena."

O Superior Tribunal de Justiça decidiu com o julgamento do Recurso Especial Nº 1.567.351 – RS em 15 de março de 2016 que é necessário e está entre os requisitos para que se considere um indivíduo reincidente, o lapso temporal de cinco anos entre o fim do cumprimento da pena de um crime e o cometimento de um novo. *In verbis:*

> **O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EXIGE A EXISTÊNCIA DE ALGUNS PRESSUPOSTOS, DENTRE ELES, O PRAZO DE ATÉ CINCO ANOS ENTRE O CUMPRIMENTO DA PENA E O COMETIMENTO DE NOVO DELITO.**
> "A reincidência, portanto, é a prática de um novo delito após o agente já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior".
> No entanto, para o seu reconhecimento, alguns pré-requisitos se fazem necessários: a) a condenação, por crime, com trânsito em julgado anterior à prática do novo delito; b) não superação do prazo de cinco anos entre a data do cumprimento da pena relativa ao crime anterior, ou a declaração de extinção de sua punibilidade; e c) prática do novo delito. Reincidência não reconhecida.
> "Conforme explicado anteriormente, a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena na referida condenação superou o aludido prazo, não podendo, portanto, ser sopesada para fins de reincidência."

Para alguns doutrinadores, a reincidência é conflitante ao modelo garantista proposto na Constituição Federal de 1988, porque ela impõe censurar penalmente uma conduta mesmo após julgada e cumprida a pena, demonstrando uma forma de controle do Estado na vida do indivíduo, sem contar que essa "censura da reincidência" é aplicada logo após ser oferecido ao indivíduo um sistema penitenciário desumano e marginalizado. Como afirma Karam (1994) "quanto mais reiterado o contato com o sistema penal, maior o impulso do processo de criminalização que acaba por se tornar irreversível".

Por fim, a reincidência é analisada e aplicadas são as suas consequências, na segunda fase da dosimetria da pena, qual seja, a fase das agravantes e atenuantes, disciplinada no Art. 61 do Código Penal, sendo circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência.

A figura da reincidência se mostra como um resquício à Teoria do Direito Penal do Autor ao passo que, o que é levado em consideração para valorar ou desvalorar a pena do individuo nessa segunda fase de aplicação da pena, é se ele já cumpriu pena por algum crime em seu passado. Se o indivíduo for reincidente, ele já terá desde essa segunda fase, o aumento significativo da sua pena, reforçando a ideia de que o Direito Penal do Autor não se preocupa com o fato que o indivíduo praticou, mas sim com quem ele é e se ele já delinquiu, fazendo com que ele pague de modo indireto, pelo mesmo crime duas ou mais vezes.

## 2.2 A PERSONALIDADE DO AGENTE

O Código Penal Brasileiro no *caput* do artigo 59 versa a respeito das circunstâncias judiciais, que são hipóteses que servem de parâmetro para a fixação da pena-base, na primeira fase de dosimetria da pena.

O referido artigo prevê oito circunstâncias nas quais o magistrado poderá firmar entendimento no momento da fixação da pena base, são elas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

A Teoria Psicanalítica do Delito é uma ramificação dentro da Criminologia que encontra explicação a respeito da personalidade delinquente e das causas do crime. Mesmo existindo diversas teorias que explicam o crime e suas causas, ainda não se tem a definição do que vem a ser *personalidade normal*. Esse argumento da personalidade do agente para que se aumente a pena-base é um tanto rasa e muitas vezes exteriorizada de maneira injusta e frágil. A esse respeito, versa Brunoni (2007):

> Na jurisprudência, muitas decisões contêm afirmações – não raras vezes desprovidas de exame e baseadas em elementos frágeis – **do tipo *personalidade inclinada à delinquência*, *personalidade desajustada* ou *personalidade impulsiva***, em atendimento ao disposto no art. 59 do Código Penal, quando não referidas a distorções psicológicas de cunho religioso. (36) De acordo com o STJ, é de mister "examinar se a repetição do agente evidencia tendência genérica ou específica para a criminalidade, ferindo-se, assim, a personalidade do autor".(37) Até mesmo o Supremo Tribunal Federal faz referência à *má personalidade*,(38) *personalidade especificamente voltada para o crime*(39) ou à *personalidade deformada do paciente, incompatível com a vida em sociedade*, para concluir pela suficiência ou não do agravamento da pena.(40)

Encontramos na jurisprudência e em audiências, não raras vezes, critérios baseados na religiosidade e orientação sexual para afirmar ou não o envolvimento de determinados indivíduos aos crimes a ele imputados. Comportamentos nesse sentido não parecem coerentes à construção de uma democracia e obediência a princípios elencados na Constituição Federal, princípios estes como a igualdade e proibição de descriminação fundadas em cor, raça, gênero ou religião. Nesse sentido, dispõe o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O critério da personalidade se mostra o mais preconceituoso e inconstitucional, pois é inviável valorar a pena de um indivíduo por um comportamento social construído ao longo dos anos, que, na maioria das vezes faz parte do contexto em que vive. Quanto a esse conceito, versa Brunoni (2007):

> Na valoração da pena adequada à culpabilidade deve ser descartados todo e qualquer fator que diga respeito à personalidade do autor. Devem eliminar-se os momentos referidos à personalidade (a vida do autor anterior ao fato e as penas sofridas, a periculosidade, o caráter). Só assim será possível aventar uma *pura* culpabilidade pelo fato.

Portanto, dizer que a personalidade de um indivíduo deve aumentar sua pena é o mesmo que condená-lo pelo contexto social em que foi inserido, quando ainda bebê, ou logo após, se tratando, consequentemente, de um conceito destrutivo e enraizado de preconceitos.

## 2.3 A CONDUTA SOCIAL

O Código Penal prevê em seu Artigo 59 as circunstâncias judiciais, elas funcionam como critérios para determinar a pena-base e sendo a primeira fase da dosimetria da pena. Veja-se:

> 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:
> 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.

A conduta social como circunstância a ser aferida na fixação da pena-base se limita a análise comportamental do indivíduo, a sua relação familiar e no trabalho. Quanto à análise desse critério, afirma Schmitt (2013) em sua obra "Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática" que:

> A conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em que vive, perante a comunidade, a família e os colegas de trabalho.
> Devem ser valorados o **relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente**. Serve para aferir sua **relação de afetividade** com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, à vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais.

Com a inserção desse critério fica mais claro entender o papel no Direito Penal do Autor. A análise da conduta social do agente só evidencia a atenção do Código ao autor e quem ele representa, e deixando de lado a análise pura do fato e suas particularidades. Com o relacionamento pessoal do agente interferindo diretamente na valoração da pena o legislador possibilita a implantação de um sistema parcial de justiça.

A imparcialidade do juiz da causa é pressuposto para que seja válida a sentença, não podendo haver valoração de acordo com o que o juiz considera certo ou errado. A função jurisdicional na área criminal, exercida pelo juiz, deve se limitar a aplicação da Lei Penal, a garantia do princípio do devido processo legal e a proteção aos direitos fundamentais.

O pressuposto da imparcialidade possui caráter universal, se fazendo presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu Artigo X:

> Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal **independente e imparcial,** para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Usar a conduta social para aumentar uma pena, transforma as circunstâncias penalmente insignificantes da vida pessoal do réu em fatos puníveis, afastando-se do fato típico em si e de suas especificidades e considerando questões irrelevantes para o processo, fazendo o réu pagar de alguma forma, mesmo que pequena, por um fato atípico.

Em atenção a essa circunstância aferida na fixação da pena-base, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul valorou desfavoravelmente a conduta social do réu em virtude da "celebração da vida bandida", utilizando para argumentação algumas fotos enviadas pelo WhatsApp do agente. O aumento da pena foi justificado pelo relator como:

> As imagens extraídas do aparelho celular do acusado, nos quais se constata criação de fotografias no aplicativo WhatsApp, revelam desvio de comportamento no ambiente social, a amparar negativação da conduta social. Há evidência de postagens de fotografias na rede social, nas quais o réu se exibe e ostenta armas e munições, sem esconder a identidade. A finalidade destas postagens, sem dúvida, é enaltecer a popularidade e a coragem decorrente de estilo de vida ligado à violência e à criminalidade, no que se pode chamar de celebração estética da **"vida bandida".** Tais elementos são aptos a negativar a conduta social do acusado e lastrear o aumento da pena-base.

Essa valoração ressalta uma violação ao pressuposto da imparcialidade do juiz e da igualdade nos julgamentos, pois, se a conduta social for valorada negativamente, a consequência será o aumento da pena-base, mas, por outro lado, se essa conduta for valorada positivamente, a mesma não terá o condão de diminuir a pena.

## 2.4 MAUS ANTECEDENTES

Os antecedentes também são analisados na fixação da pena-base no início da dosimetria da pena. Os maus antecedentes ou antecedentes criminais não podem ser confundidos com a reincidência, pois aquele é a consequência deste.

Os maus antecedentes é todo o histórico criminal que decorre da reincidência. Assim ensina Capez (2013) em sua obra “Curso de Direito Penal – Parte Geral”:

> Antecedentes são todos os **fatos da vida pregressa do agente**, bons ou maus, ou seja, tudo o que ele fez antes da prática do crime. Esse conceito tinha abrangência mais ampla, englobando o comportamento social, relacionamento familiar, disposição para o trabalho, padrões éticos e morais etc. A nova lei penal, porém, acabou por considerar a ‘conduta social’ do réu como circunstância independente dos antecedentes, esvaziando, por conseguinte, seu significado.

Muitos se confundem quanto o que representa a reincidência e a confunde com os maus antecedentes, contudo, um não se confunde com o outro, pois de acordo com Brunoni (2007) os maus antecedentes:

> Diferentemente da reincidência, no entanto, os maus antecedentes são cunhados ainda pela característica da **perpetuidade**, pois para eles inexiste limitação temporal para que sejam considerados pelo magistrado. Assim, aderimos ao setor da doutrina que, sem negar que a Carta Magna não recepcionou os maus antecedentes como fator de aumento de pena (art. 59 do CP), pugna de forma **imediata** a relativização do instituto para fixar a sua **temporalidade** nos moldes da reincidência, por meio do recurso da analogia *in bonam partem*.

Temos na legislação que decorrido o prazo de cinco anos após o cumprimento da sanção penal, o indivíduo deixa de ser considerado reincidente, mas para todos os efeitos, tudo aquilo que cometeu constará na sua “ficha de maus antecedentes” e será levado em consideração na análise das circunstâncias judiciais.

Nessa mesma lógica, Brunoni (2007) conclui que “o estigma da condenação criminal não pode ser perene; a perpetuidade é contrária ao princípio da dignidade da pessoa e da humanidade das penas”.

O instituto dos antecedentes tem sido considerado por estudiosos da área como uma das piores falhas do Código Penal Brasileiro por violar claramente o modelo de garantista proposto pela Constituição Federal, à revogação dessas normas teriam o condão, segundo Zaffaroni (2015) de:

> Eliminar os antecedentes penais (que se tornariam desnecessários), com o que desapareceria a consagração legal da estigmatizarão. A recuperação de um Direito Penal de garantias pleno daria um passo exatamente

> significativo com a abolição da reincidência e dos conceitos que lhe são próximos, conceitos estes sempre evocativos dos desvios autoritários dos princípios fundamentais do direito penal liberal, e especialmente, do estrito direito penal do ato.

Ademais, a valoração dos antecedentes criminais na primeira fase da dosimetria da pena, viola evidentemente o princípio da presunção de inocência, ao passo que reconhece a culpabilidade baseado em julgamentos cujas penas já foram cumpridas.

## 2.5 REFLEXOS DOS RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR

A manutenção de normas como as expostas acima se caracterizam como traços do Direito Penal do Autor presentes ainda no ordenamento atual, trazendo violação a direitos fundamentais e ocasionando insegurança jurídica às normas que com elas divergem.

Os reflexos desses resquícios tornam o judiciário cada vez mais preocupado com a cor, raça, gênero e status social, aplicando punições desenfreadas e fixação de pena baseado na condição do autor e não no fato praticado.

# 3. ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO AUTOR

A ilegitimidade, falha ou injustiça dessa Teoria aplicada, assustadamente, até os dias atuais está na manutenção de uma censura e a uma espécie de aplicação de “pena eterna” em indivíduos e na violação de princípios constitucionais sólidos.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe, após décadas de intensa luta, um modelo garantista de Estado que consiste na intensa preocupação e esmero pelo texto constitucional em seu estado puro, onde o Juiz não se fixa em satisfazer sentimento majoritário populacional, e sim em julgar levando em conta o que diz a Carta Magna, observando a lei infraconstitucional e fazendo valer os princípios constitucionais específicos que se adequam a casa caso concreto.

O Tribunal Penal Espanhol, fazendo parte de uma monarquia parlamentarista, que é o sistema de governo adotado na Espanha, já se posicionou a respeito de uma possível manutenção do Direito Penal do Autor, no sentido de “que não seria

constitucionalmente legítimo um direito penal de autor que determinasse as penas em atenção à personalidade do réu e não segundo a culpabilidade desde na comissão dos fatos".

E quanto à necessidade da valoração da pena através da culpabilidade, Brunoni (2007) salienta o posicionamento do Tribunal Penal Espanhol:

> Afirma, ainda, a imperiosa necessidade de se partir de um conceito de culpabilidade pelo fato. E esse ponto de partida nega a possibilidade de um **juízo sobre a vida anterior do autor**, para julgá-lo pelo que fez e não pelo que é que é o que verdadeiramente interessa ao conceito de culpabilidade que não se baseie num juízo sobre a personalidade do autor, mas sim num **juízo sobre o fato ilícito concretamente por ele decidido.**

Passeando pelos Países que já se posicionaram a respeito do tema elucidado, temos a Alemanha, que se destaca por ser uma República se fazendo presente a democracia representativa para o exercício do poder político.

A Alemanha, por meio da jurisprudência de seu Tribunal Supremo Federal estabeleceu que "deve-se partir do princípio da culpabilidade pelo fato e não extrair a culpabilidade na medição da pena de defeitos de caráter que se manifestem na condução da vida geral". Faz-se presente nesse entendimento, a subordinação aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e a interpretação cuidadosa e imperativa de seu Texto Constitucional, mantendo assim a aplicabilidade do sistema garantista como modelo normativo.

Nesta senda, atesta-se a ilegitimidade e injustiça causada pelo Direito Penal do Autor, que mesmo não sendo aplicado na íntegra, é usado de forma mediata na dosimetria da pena disposta no Art. 59 do Código Penal e fere, precipuamente, princípios constitucionais, colabora para a manutenção de censura aos indivíduos que estão submetidos ao Estado-juiz e aplica de forma velada uma espécie de "pena eterna", ao passo que sempre serão julgados com embasamento em seu passado criminal, mesmo tendo cumprido penade forma integral pelo delito praticado.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho partiu de uma análise do tema, qual seja uma Teoria incorporada ao Direito Penal, sob a ótica da aplicação da pena no Sistema Jurídico atual. A intenção deste estudo foi analisar os resquícios do Direito Penal do Autor no ordenamento atual, e quais são as suas consequências.

O Direito Penal se utiliza do Código Penal para legislar a seu respeito. Sabe-se, por hora, que o Código Penal atual foi escrito em 1940, representando assim, um texto arcaico e deficiente. Quanto ao tema tratado, foram apreciados, mais precisamente, dois traços da Teoria do Direito Penal do Autor em vigência, estando presentes nos Arts. 61 e 59 do Código Penal. São regras ainda em uso, mas cobertas de deficiência e clamor por atualização.

O Direito Penal do Autor é uma Teoria utilizada por Cesare Lombroso no século XIX, que expôs através de uma obra a descoberta da identificação de criminosos através de suas características físicas e genéticas. Para esta Teoria, não importa, consideravelmente, o que o indivíduo praticou, e sim o que ele representa na sociedade, suas características físicas como alto ou baixo, branco, negro ou pardo e assim por diante.

Em contrapartida, o Código Penal de 1940 pôs fim ao modelo de “autor” imposto e atualizou suas normas para seguir o então chamado Direito Penal do Fato. Este, com o foco no delito praticado e nas razões que lhe rodeiam. Se tornando assim, o início de um modelo ideal.

Os anos se passaram e as normas infraconstitucionais se manteram, perpetrando alguns resquícios ou traços do modelo antigo, qual seja, do Direito Penal do Autor. O presente estudo fez menção a dois desses traços, que são a reincidência como fator agravante (Art. 61 CP) e a personalidade do réu (Art. 59 CP) como fato observado na dosimetria da pena.

Em síntese, observa-se uma deficiência desses resquícios, ao passo que violam determinados princípios constitucionais alhures mencionados, colaboram para evidenciar uma censura por parte do Estado à vida pregressa do indivíduo, levando em consideração suas características pessoais, e não o fato praticado e estabelecendo uma espécie de condenação eterna baseada em fatores que muitas vezes não guardam relação com o crime ora julgado.

Portanto, o Direito Penal do Autor, evidenciado na Lei através dos Artigos 61 e 59 do Código Penal deve ser encarado como uma deficiência clara de atraso no desenvolvimento da legislação penal e violação dos princípios constitucionais mencionados, sendo necessário, baseando-se no trabalho ora escrito, que os referidos artigos sejam revogados da referida Lei.

# REMNANTS OF TE AUTHOR'S CRIMINAL LAW IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM


## ABSTRACT

*The present work aims to identify the Remnants of the Criminal Law Theory of the Author in the national legal system. A priori, it is necessary to understand what this theory meant and how it was applied. From this, having understood conceptual issues, it is extremely important to understand how this Theory has been used to the present day in a veiled way. Although outdated, we find remnants in the current legislation, and these remnants cause the fragility of several constitutional rights.*

***Keywords:*** *Author's Criminal Law. Author's Criminal Law Theory. Remnants.*

## REFERÊNCIAS


MACHADO, Daniel Dias. **A Teoria de Cesare Lombroso e sua Influência na Sociedade.** Editora Dialética, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI. José Henrique**. *Manual dedireito penal brasileiro: parte geral.*** 2ª Ed. Rev. E. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal do autor ou Direito Penal do fato?** Disponível em http://www.lfg.com.br. 28 julho. 2009.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do Direito Penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. 2007. Revista Doutrina. Edição 21.

TALON, Evinis. **O Direito penal do autor**. 2017. Disponível em: http://evinistalon.com/o-direito-penal-do-autor/

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva 2010. P.278.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.567.351-RS. PENAL. **AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL**. ROUBO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO COM AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 15 de março de 2016. Revista Eletrônica de Jurisprudência.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 2, n. 6, abr.-jun. 1994 p. 117-132.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013. P.128-129.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livravia do Advogado, 2013. p. 162. E-book.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva 2015. p. 154.

STOCO, Tatiana. **Personalidade do agente na fixação da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 165.

FERRAJOLI, **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 178.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2015. p. 775-776.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica, sistema constitucional e aplicação do direito**. 2ª ed. Florianópolis: Emais Editora, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 17ª edição. São Paulo: Saraiva 2013.

COSTA JR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal.** 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7ª edição. Niterói: Impetus, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial**. 8ª edição. São Paulo: RT, 2012.

Em nosso caso, a referência será a seguinte: Assembleia Geral da ONU. **"Declaração Universal dos Direitos Humanos".** "Nações Unidas", 217 (III) A, 1948, Paris, art. 1, http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/. Acessado em 4 de maio de 2022.