

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**CLARICE ZAGHETTO QUARESMA**

**REINCIDÊNCIA: um estudo dos resquícios da escola penal positivista na  
legislação pátria à luz do princípio da culpabilidade**

**Juiz de Fora  
2016**

**CLARICE ZAGHETTO QUARESMA**

**REINCIDÊNCIA: um estudo dos resquícios da escola penal positivista na  
legislação pátria à luz do princípio da culpabilidade**

Monografia apresentada pela acadêmica Clarice Zaghetto Quaresma à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

**Juiz de Fora  
2016**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**CLARICE ZAGHETTO QUARESMA**

## **REINCIDÊNCIA: um estudo dos resquícios da escola penal positivista na legislação pátria à luz do princípio da culpabilidade**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 22 de Julho de 2016

Dedico este trabalho ao Raphael, não só por compartilhar comigo seus conhecimentos em informática, mas, principalmente, pela paciência, apoio e atenção. Dedico também aos meus pais, por manterem a tranquilidade nos meus (muitos) momentos de ansiedade e inquietude.

A guerra deve acontecer, enquanto estivermos defendendo nossas vidas contra um destruidor que poderia devorar tudo; mas não amo a espada brilhante por sua agudeza, nem a flecha por sua rapidez, nem o guerreiro por sua glória. Só amo aquilo que eles defendem.

O Senhor dos Anéis – J. R. R. Tolkien.

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a forma como o instituto da reincidência é tratado na legislação criminal brasileira, analisando suas consequências na aferição e no cumprimento da pena, de forma a demonstrar sua relação com o cientificismo criminológico, característico da Escola Pena Positivista, e sua conseqüente incompatibilidade com o princípio da culpabilidade, que enseja a adoção do direito penal do fato. Para isso, este estudo deverá tratar das finalidades da sanção criminal desenvolvidas pelas Escolas Penais, a partir do século XIX, bem como da posterior teoria do Direito Penal do Inimigo. Em seguida, serão examinados os dispositivos penais que levam em consideração a primariedade e a reincidência do agente. Posteriormente, será apresentado o conceito de culpabilidade, que encontra proteção constitucional, bem como o instrumento do controle de constitucionalidade, apto a afastar a aplicação das normas que constituírem óbice à efetivação dos preceitos magnos. Esta monografia apresenta, portanto, feição multidisciplinar, abordando temas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Palavras-chave: Reincidência. Escola penal positivista. Direito penal do inimigo. Culpabilidade. Controle de constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

This current monograph discusses how the institute of recidivism is treated by the Brazilian criminal law, analyzing its consequences in the sentence's assessment and enforcement, in order to demonstrate its relationship with the criminological scientism characteristic of Criminal Positivist School, as well as its consequent violation of the principle of culpability, which entails the adoption of the criminal law of the fact. Therefore, this study will address the purposes of the criminal sanction developed by the Criminal schools, from the nineteenth century and the later theory of the Enemy's Criminal Law. Then the criminal provisions that take into account the agent's recidivism will be examined. Later, the principle of culpability will be presented, which relies on constitutional protection, and the instrument of constitutionality's control, able to avoid the application of rules which constitute obstacles to realization of constitutional precepts. This monograph presents, therefore, a multidisciplinary feature, covering topics of Criminal Law, Criminal Procedure and Constitutional Law.

**Key-words:** Recidivism. Criminal positivist school. Enemy's criminal law. Culpability. Constitutionality's control.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. A ESCOLA CRIMINOLÓGICA POSITIVISTA E O MANIQUEÍSMO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>11</b>
1.1. A Escola Penal Positivista e o Delinquente-Nato.....	11
1.2. A Solução Penal para Neutralizar o Delinquente e a Criação do Direito Penal do Inimigo.....	13
1.2.1 A Ideologização do Estado Democrático de Direito e sua Legitimidade Jurídica .....	13
1.2.2. Do Direito Penal do Inimigo .....	14
<b>2. A REINCIDÊNCIA NO CÓDIGO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO DEMONSTRANDO A CRISE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....</b>	<b>18</b>
2.1. Da Reincidência como Resquício da Escola Positivista.....	18
2.2. Tipos Penais que Envolvem a Reincidência como Prenúncio da Crise da Culpabilidade .....	21
<b>3. DA NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DOS TIPOS PENAIS DE AUTOR POR MEIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REPRESSIVO CONCRETO DIFUSO FACE À INSTRUMENTALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>24</b>
3.1. Do Controle de Constitucionalidade.....	24
3.1.1.Da supremacia da constituição .....	24
3.1.2.Do controle de constitucionalidade como mecanismo de proteção da supremacia da constituição.....	25
3.2. Do Princípio da Culpabilidade .....	27
3.3. Da Não Aplicação dos Tipos Penais que Levam em Conta a Reincidência por Meio do Controle de Constitucionalidade .....	28
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>31</b>



## INTRODUÇÃO

O tema escolhido aborda um problema de grande relevância no contexto processual-penal fático.

Justificando-se pelo modo de vida do criminoso, que demonstraria uma maior periculosidade do agente que reincide na prática delituosa, certos dispositivos penais acabam por reproduzir o discurso positivista, violando flagrantemente a teoria do direito penal do fato, alicerces do princípio da culpabilidade.

O cientificismo criminológico, fundamentado nos estudos de Cesare Lombroso (1835-1909), Rafael Garofalo (1856-1929) e Enrico Ferri (1851-1936), pregava a natureza distinta do criminoso. Tal pensamento, aliando-se à preponderância das funções preventivas da pena, resultam no utilitarismo característico do Direito Penal de Autor.

No que tange à legislação criminal brasileira, serão destacados os dispositivos que fazem distinção entre o tratamento conferido aos processados em função de sua primariedade ou reincidência, de forma a demonstrar que a periculosidade do agente, enquanto cálculo e modo de execução da pena, é fundado em aspectos alheios ao fato que se pretende punir.

É neste panorama que o presente trabalho se insere.

Inicialmente, para maior esclarecimento sobre o tema, serão traçadas algumas considerações sobre a Escola Penal Positivista, defensora da teoria do delinquente-nato, demonstrando sua estreita relação com o Direito Penal do Inimigo. Para isso, perpassaremos sobre a legitimidade estatal para agir no âmbito penal.

Apresentadas tais considerações, será abordado especificamente o tratamento conferido à reincidência na legislação penal e processual-penal brasileira, bem como as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Por último, será apresentado o princípio da culpabilidade, com seus desdobramentos e sua relação com os princípios fundantes do Estado, conforme os ditames trazidos pelo texto constitucional. Em seguida, será abordado o mecanismo do controle de constitucionalidade, como instrumento de proteção das garantias e direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna, bem como a necessidade de sua aplicação na modalidade repressiva-concreta-difusa por parte dos aplicadores do direito.

A metodologia adotada nesta monografia é bibliográfica e crítico-dialógica. A primeira tratará da compreensão acerca da matéria e a segunda não se restringirá a uma análise da literatura do tema, mas também a um estudo crítico e construtivo. No que tange aos setores de

conhecimento, a pesquisa terá a feição multidisciplinar, tendo em vista a necessidade de se buscar elementos constantes do Direito Penal, do Direito Processual Penal e do Direito Constitucional.

O tipo de investigação adotada será, preponderantemente, o jurídico-teórico, com ênfase aos aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema objeto de estudo, tendo em vista a divergência encontrada a respeito do mesmo. Dessa forma, pela própria finalidade da pesquisa que se pretende levar a efeito, é inafastável que a técnica eleita será a documentação indireta através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, recorrendo-se a livros, artigos, leis e julgados.

Diante do exposto, face à necessidade de salvaguardar a culpabilidade pelo fato, como estabelecido pelos cânons constitucionais, e, tendo em vista a supremacia da Constituição nos Estados modernos, o presente trabalho busca determinar o mecanismo apto a restringir a aplicação dos dispositivos que prevejam a adoção do Direito Penal de Autor.

## 1. A ESCOLA CRIMINOLÓGICA POSITIVISTA E O MANIQUEÍSMO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 1.1. A Escola Penal Positivista e o Delinquente-Nato

Desde a origem da humanidade, o estudo da criminalidade se restringiu a uma perspectiva moral e teológica. Via de regra, o fenômeno criminal foi visto historicamente sob uma ótica religiosa, de modo que o delinquente era comumente comparado ao pecador e, a pena, à penitência, ao castigo do mal – especialmente na era medieval. Nas palavras de Roque de Brito Alves:

Existia, assim, nexos direto e necessário entre crime e pecado, recorrendo-se, inclusive, ao denominado “demonismo” (ou “demonologia”) numa interpretação sobrenatural do delinquente como possuído pelo diabo, como sua encarnação, como uma personalidade diabólica, o que ocorria (afirmava-se) também em relação aos doentes mentais, aos que se diziam feiticeiros e bruxas, sem tentativa alguma de compreensão da criminalidade como um fenômeno natural, humano e social. Acreditava-se ou recorria-se a uma religião do mal (demonologia), a uma filosofia do mal (fatalismo) ou a uma ciência do mal (magia ou feitiçaria) e não a critérios científicos rigorosos. (ALVES, 1986, p. 14)

No século XIX, todavia, observa-se o rompimento deste paradigma em razão do surgimento de várias correntes de pensamento que se propuseram a, verdadeiramente, realizar um estudo do crime e do criminoso por um método científico e sistematizado, alicerçadas em determinados princípios fundamentais. Tais correntes serviram de base para a criação das ‘Escolas Penais’, que, conforme Luiz Jiménez de Asúa, consistem no “corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções” (ASÚA, 1964, p. 31).

Primeiramente, a denominada ‘Escola Clássica’, cujas ideias foram baseadas nos pensamentos de Beccaria, Filangieri e Carrara, fundamentava-se nos ideais iluministas, de modo a defender o individualismo, a dignidade da pessoa humana e o direito do cidadão perante a autoridade Estatal.

Em contrapartida, ao final do século XIX, com o avanço das ciências sociais – Antropologia, Sociologia, Psiquiatria, etc – foi criada a Escola Positivista, na qual prevalecia a proteção da sociedade frente ao agente criminoso, com a prevalência dos interesses coletivos, em detrimento dos individuais. A corrente positivista tem como fundadores Cesare Lombroso

(1835-1909), Rafael Garofalo (1856-1929) e Enrico Ferri (1851-1936), respectivamente um médico, um jurista e um sociólogo.

Em sua dimensão científica, podemos citar como precursores da Escola Positivista, que em muito contribuíram para sua formação e desenvolvimento, Della Porta (1640), na Itália, Gall (1758), na Áustria, Lavater (1776) e Lauvergne (1796), na França, cujos estudos associavam a morfologia do rosto (fisionomia), do crânio e do cérebro (frenologia) do delinquente à sua predisposição à prática criminosa.

Cesare Lombroso, considerado o maior expoente da Escola Penal Positivista e fundador da Escola Positivista Biológica, defendia a existência da figura do criminoso-nato, que seria uma variedade específica da espécie humana, que distinguir-se-ia dos demais homens antropológicamente por atavismo, loucura moral ou epilepsia (ALVES, 1986).

Para o desenvolvimento da corrente de pensamento positivista biológica, Lombroso, na tentativa de obter a causa do comportamento delituoso, instituiu a Antropologia Criminal. Com o intuito de deslindar o que levava determinado indivíduo a cometer uma conduta criminosa, analisava as características psicofísicas do mesmo. Conforma aduz Cesar Roberto Bitencourt:

O criminoso nato de Lombroso seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos etc. Lombroso chegou a acreditar que o criminoso nato era um tipo de subespécie do homem, com características físicas e mentais, crendo, inclusive, que fosse possível estabelecer as características pessoais das diferentes espécies de delinquentes: ladrões, assassinos, tarados sexuais etc. (...) Os estudos de Lombroso sobre as causas biopsíquicas do crime contribuíram decisivamente no desenvolvimento da sociologia criminal, destacando os fatores antropológicos. Com isso iniciaram-se estudos diferentes sobre as causas do delito, transformando, inclusive, os conceitos tradicionais sobre a pena privativa de liberdade. Uma das contribuições mais importantes do estudo de Lombroso – além da teoria do criminoso nato – foi trazer para as ciências criminais a observação do delinquente através do estudo indutivo-experimental. (BITENCOURT, 2010, p. 88)

Enrico Ferri, outro vulto da corrente positivista, cujos estudos contribuíram significativamente para o surgimento da Sociologia Criminal, por sua vez, defendia que a responsabilidade do criminoso não decorria de sua moral, de seu livre arbítrio, mas sim do simples fato de pertencer ao corpo social. Suas ideias diferiam das dos demais fundadores da Escola Positivista por acreditar que nem todos os delinquentes seriam irrecuperáveis, apenas aqueles contumazes na prática criminosa.

Outro fundador da Escola Penal Positivista, Rafael Garofalo, se preocupou em estabelecer uma organização jurídica para salvaguardar o corpo social. Para tanto, determinou que a responsabilização do delinquente seria motivada por sua periculosidade, e não pelo fato criminoso em si. Ademais, instituiu a prevenção como único objetivo da sanção penal, fundamentando a legitimidade de punir do Estado exclusivamente pela necessidade de proteção da sociedade, sem o mínimo de preocupação com a pessoa que praticara o ilícito.

Nesse deslinde, como o crime seria fruto de uma qualidade intrínseca do criminoso, consoante entendimento da corrente em análise, a conduta punível (o crime) estaria necessariamente vinculada a um determinismo, seja ele biológico, psicológico ou sociológico. Outrossim, a pena deveria ter função unicamente preventiva, objetivando de forma exclusiva a proteção do corpo social, não tendo natureza retributiva ou ressocializadora, uma vez que o agente seria naturalmente, intrinsecamente criminoso.

Por derradeiro, face ao que foi exposto acima, podemos concluir que, segundo a Escola Penal Positivista, “deve-se atender mais à personalidade do delinquente que ao seu delito” (ALVES, 1986, p. 22), ideia que muito se assemelha à teoria do Direito Penal do Inimigo, a ser abordada mais à frente.

## **1.2. A Solução Penal para Neutralizar o Delinquente e a Criação do Direito Penal do Inimigo**

### **1.2.1 A Ideologização do Estado Democrático de Direito e sua Legitimidade Jurídica**

A formação do Estado Nacional no Ocidente se dá com a instituição da figura do Soberano, a quem estariam submetidas todas as pessoas que viviam em determinado território. Conforme entendimento de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira (2009), tais sujeitos aceitaram se submeter à autoridade do Soberano por três principais argumentos. O primeiro, de cunho econômico, diz respeito à revolução comercial. Já o segundo, de caráter religioso, se refere à reforma protestante. O terceiro, ao qual nos ateremos, apresenta conteúdo jurídico e concerne à confluência entre o monopólio da força e a sensação de pertença.

Há que se ressaltar que, não obstante a gênese do Estado Nacional seja baseada na verticalidade da subordinação ao Soberano, sua permanência se deve à necessária criação de uma estrutura horizontal, na qual os súditos tem suas necessidades satisfeitas pela assistência do Estado.

Dessa forma, com a mencionada transmutação da relação entre Súdito e Soberano, tem-se os dois aspectos do sentimento de pertença, quais sejam, a sujeição, devido ao monopólio da força (centripetismo), e a autorização de submissão por parte dos indivíduos, admitindo o Estado como criador de regras de conduta (centrifugação).

De mais a mais, tem-se como uma forma de legitimar a intervenção estatal na vida dos indivíduos, a democracia. Entretanto, há que se observar que a formação política somente se inicia por mecanismos democráticos. Uma vez iniciado, o processo se distancia da democracia e passa a seguir uma lógica própria, atendendo às características inerentes ao próprio sistema.

Nesse contexto, pode-se caracterizar a sanção penal, antes de ser instrumento de proteção individual, como mecanismo de resguardar a validade do próprio sistema normativo. Tal é a concepção hegeliana, que prega que a função precípua da pena é a de restabelecer a validade da norma violada pelo delinquente, já que, na perspectiva estatal, o relevante deixa de ser a lesão a qualquer interesse particular e passa a ser a violação ao Direito.

Depreende-se, pois, que, assim como na Escola Penal Positivista, o foco da pena deixa de ser o fato, e passa a ser o papel que o agente criminoso cumpre na estrutura social. O objetivo da pena, portanto, é precipuamente preventivo especial, isto é, de combater a periculosidade do delinquente.

### **1.2.2. Do Direito Penal do Inimigo**

Para que uma norma tenha o mínimo de eficácia, cada indivíduo deve partir do princípio de que tal norma também não será violada por outrem, isto é, faz-se necessária uma previsibilidade da fidelidade normativa. Para isso, o Estado de eficácia jurídica concretizado proporciona à vítima a segurança de que o agente do fato criminoso será neutralizado e punido.

Desta forma, observa-se que não se verifica a validade da norma somente quando a mesma é cumprida, mas também quando é sustentada contrafaticamente, ou seja, quando é imposta uma sanção em razão de seu descumprimento, de forma a proporcionar segurança jurídica aos cidadãos.

Destarte, face à referida necessidade de uma mínima segurança jurídica-normativa, faz-se imprescindível a existência do Direito Penal, que, com seu caráter preventivo e repressivo, nas palavras de Bittencourt, consiste em

Um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. (BITENCOURT, Tratado de Direito Penal Parte Geral 1, 2010, p. 32)

Conforme classificação de Günther Jakobs (JAKOBS, 2009), existiriam duas espécies de Direito Penal, fundamentados na forma com que o agente é sancionado pela conduta delituosa.

Em primeiro lugar, temos o Direito Penal do Cidadão, que é aquele que valida a norma penal violada após a exteriorização do fato criminoso, baseado nos princípios da lesividade e da culpabilidade.

Em contrapartida, o Direito Penal do Inimigo – nomenclatura primeiramente cunhada por Günther Jakobs na década de 1980 - é aquele no qual o infrator é punido em razão de sua periculosidade. Verifica-se aqui uma forte similitude com a Escola Penal Positivista abordada no início do presente trabalho, não só porque a responsabilização no âmbito penal deriva diretamente da personalidade do delinquente, e não do fato criminoso em si, mas também pelo caráter precipuamente preventivo da sanção a ser imposta.

O inimigo a que se refere a nomenclatura “Direito Penal do Inimigo” é um indivíduo cujo comportamento é incapaz de garantir um mínimo cognitivo de segurança. É considerado, portanto, um sujeito permanentemente perigoso, não sendo suficiente uma punição proporcional à sua culpabilidade, devendo ser punido por razões que antecedem o fato criminoso, de forma a complementar a sanção a lhe ser imposta. A esse respeito, Günther Jakobs aduz:

As outras inúmeras regulações do Direito Penal permitem deduzir que, quando a expectativa do comportamento pessoal é frustrada de modo duradouro, desvanece a disposição para tratar o criminoso como pessoa<sup>1</sup>. Destarte, o legislador (...) passa para uma legislação de combate – assim chamada abertamente – como no caso da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, dos crimes sexuais e outras informações penais perigosas, bem como, de forma geral, no caso de crimes, sendo que, em cada caso, pretende-se combater indivíduos que, em sua postura (...) desviaram-se do Direito de modo supostamente duradouro, ou, pelo menos, decisivo, *i. e.*,

---

<sup>1</sup> Günther Jakobs utiliza o conceito de pessoa como sujeito de direitos, ou seja, como subsistema psicofísico de imputação dentro do sistema, sendo que, aqueles que se colocam permanentemente à margem do sistema e atacam suas bases fundamentais, deixariam de apresentar tal qualidade.

que não fornecem garantia cognitiva mínima necessária para que sejam tratados como pessoas. A reação do Direito a essa criminalidade caracteriza-se (...) pelo fato de não se tratar, primariamente, de uma compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade é amplamente antecipada para o âmbito da preparação, e a pena se presta ao asseguramento contra fatos futuros, não à punição dos fatos consumados. (JAKOBS, 2009, p. 11 e 12)

Pelo Direito Penal do Inimigo, o diálogo com o cidadão dá lugar à ameaça àqueles considerados inimigos do Estado, resultando em penas draconianas que extrapolam a culpabilidade, deixando de lado garantias constitucionais-processuais e penalizando condutas de forma a ultrapassar a efetiva lesão causada pelo agente ao bem jurídico tutelado. (JAKOBS, *apud* CONDE e BUSATO, 2011).

Como é de curial sabença, as funções retributiva e ressocializadora da pena se baseiam na noção do sujeito praticante do delito enquanto pessoa racional e detentora de autonomia moral. A função preventiva, por sua vez, se concentra na proteção do sistema e do corpo social, em detrimento do criminoso. Como podemos perceber, tanto na corrente defendida pela Escola Penal Positivista, quanto na teoria de direito penal do inimigo, prepondera a função preventiva especial, de modo que a finalidade da pena é combater a reincidência, a probabilidade de o indivíduo voltar a praticar delitos. Destarte, o eixo central da prevenção já não é o fato, a lesão, mas sim o infrator.

A prevenção especial exige que a pena se adapte às necessidades de cada indivíduo a fim de que ele não volte a delinquir (por isso, os filósofos clássicos a denominavam de “pena curativa ou medicinal”, identificando o delito como uma patologia social e a pena como tratamento de tal enfermidade). Delito e pena já não tem uma relação simbólica, mas mecanicista: com o delito se manifesta uma periculosidade criminal que deve ser mitigada ou combatida com a pena. (SANCHEZ, 2015, p. 47)

Verifica-se, portanto, que a preponderância da função preventiva especial, que, leva em consideração a reincidência, e que se fundamenta na periculosidade do agente, é incompatível com as garantias características do Estado de Direito, já que, nas palavras de Bernardo Feijoo Sanchez, “haveria que renunciar ao paradigma baseado no princípio do fato, que caracteriza as democracias europeias desde o pós-Guerra, para passar a um Direito Penal de autor, que sempre foi mais adequado aos estados totalitários” (SANCHEZ, 2015, p. 49 e 50).

Há que se ressaltar, por fim, que as duas classes de Direito Penal acima expostas (Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo), configuram duas figuras ideais, muito difíceis de serem encontradas dentro de qualquer contexto fático em suas formas puras. Isso



porque até o indivíduo mais marginalizado, em uma sociedade ocidental contemporânea, possui garantias no plano processual-penal, sendo reconhecido, ainda que sob o mero aspecto formal, como pessoa.

## 2. A REINCIDÊNCIA NO CÓDIGO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO DEMONSTRANDO A CRISE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

### 2.1. Da Reincidência como Resquício da Escola Positivista

A reincidência, prevista nos artigos 63 e 64 do Código Penal Brasileiro<sup>2</sup>, consiste em uma circunstância pessoal daquele que pratica crime após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, proferida no Brasil ou no estrangeiro. Conforme explicação de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

Não se configura a agravante (da reincidência), pois, quando ainda está pendente qualquer recurso referente à sentença prolatada no processo anterior. É irrelevante, porém, que o réu tenha cumprido ou não a pena ou que tenha ela sido julgada extinta. Só não prevalece a primeira condenação para o efeito de reincidência se houver sido decretada a prescrição da pretensão punitiva ou a extinção da punibilidade em data anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Referindo-se a lei a *crime* anterior, não se configura a reincidência se o réu tiver sido condenado anteriormente apenas por contravenção. Será ele reincidente, porém, se praticar nova contravenção desde que condenado por uma anterior praticada no Brasil (art. 7º da LCP). Não faz qualquer distinção a lei quanto à natureza dos crimes, antecedente e subsequente, existindo ela entre crimes dolosos, culposos, doloso e culposo, culposo e doloso, idênticos ou diversos, já não prevendo o Código a distinção entre reincidência genérica ou reincidência específica. Também não se faz distinção entre crimes apenados com pena privativa de liberdade ou qualquer outra, praticado o subsequente no país ou no estrangeiro, excetuando-se apenas os crimes militares próprios e políticos (art. 64, II). (MIRABETE & FABBRINI, 2013, p. 371/372)

Há que se ressaltar também que o Código Penal adotou o critério da temporariedade para a aferição da reincidência, uma vez que o indivíduo somente será considerado reincidente se não houver transcorrido mais de cinco anos entre a data do crime posterior e a do cumprimento integral ou da extinção da pena referente ao primeiro delito.

---

<sup>2</sup> Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art.64. Para efeito de reincidência:  
I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;  
II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Como resposta ao comportamento de reincidir na prática delituosa, o Estado passou a oferecer tratamento mais severo ao condenado, majorando a sanção a lhe ser imposta, negando-lhe o gozo de um leque de direitos públicos subjetivos e determinando a perda de outros direitos já adquiridos. Com o passar do tempo, essas restrições foram sendo gradativamente adotadas pelo ordenamento normativo e defendidas por grande parte dos doutrinadores.

Embora ainda seja objeto de discussão acadêmica, restou pacificado o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacionais, que a reincidência enquanto agravante prevista no artigo 61, inciso I do Código Penal<sup>3</sup>, embora consista em condenação transitada em julgado por crime anterior, não configura violação ao princípio do *ne bis in idem*. Nessa esteira é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como dos Tribunais estaduais. A título de exemplo, *in verbis*:

**Legalidade do aumento de pena pela reincidência: inexistência de bis in idem – STF:** “A pena agravada em função da reincidência não representa *bis in idem*” (JSTF 232/274). **TJRS:** “Agravante. Reincidência – Não há *bis in idem* no cálculo da pena quando considerada a reincidência como agravante. O aumento decorre da maior reprovação da conduta, pois o agente, insistindo no comportamento anti-social, demonstra que a condenação anterior não teve suficiente efeito. Embargos desacolhidos por maioria” (RJTJERGS 205/217). **TJRS:** “Agravante, Reincidência. Não há *bis in idem* no cálculo da pena, quando considerada a reincidência como agravante, O aumento decorre da maior reprovação da conduta, pois o agente, insistindo no comportamento anti-social, demonstra que a condenação anterior não teve suficiente efeito. Embargos desacolhidos por maioria” (RJTJERTGS 203/106)

**Reincidência como agravante obrigatória: inexistência de bis in idem e de ofensa ao princípio da individualização da pena – STJ:** “Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Agravante da reincidência. *Bis in idem*. Incoerência. 1. Consoante o disposto no art. 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, pouco importando se é específica ou não, já que ausente qualquer distinção feita pelo legislador nesse sentido. 2. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte de Justiça, é perfeitamente cabível o aumento da pena pelo instituto da reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo ou *bis in idem*. Em nada ofende o princípio da individualização da pena tratar de forma diferenciada o réu primário e o criminoso contumaz. 3. Ordem denegada (HC 206173-RS j. em 27-03-2012, DJe de 11-4-2012). **STJ:** “A tese de inconstitucionalidade da reincidência (art. 61, I do CPB) não encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Corte, porquanto é uníssono o entendimento de que a aplicação da agravante no momento da individualização da pena, não importa em *bis in idem*, mas apenas reconhece maior reprovabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado de

---

<sup>3</sup> Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:  
I - a reincidência

sentença condenatória anterior. 2. Apesar de a lei penal não estabelecer um critério para a aplicação da majoração da pena diante da verificação de existência de circunstância agravante, buscando o emprego da princípio da razoabilidade, a fim de se evitar eventuais desequilíbrios na dosagem da pena e fazendo uma comparação com as causas de aumento, tem-se estipulado, como montante a ser aumentado, as frações de 1/6 a 2/3 do quantum fixado na pena-base. 3. *In casu*, o aumento de 1/4 da pena encontra-se devidamente fundamentado pelo Juízo processado e se mostra suficiente e razoável para reprovação do crime. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 175681-RJ, j. em 3-2-2011, DJe DE 21-2-2011). **STJ:** “Recurso especial. Furto tentado. Agravante de reincidência. Aplicação obrigatória segundo previsão do art. 61, I, do CP. Isenção de pena de multa. Impossibilidade. 1. O aumento da pena-base pela reincidência é medida prevista em lei penal e não ofende a individualização da reprimenda, motivo pelo qual o juiz não pode desprezar a exasperação por entender que a norma é injusta. 2. De igual modo, a pena de multa não pode ser isenta quando aplicável ao caso concreto. 3. Recurso provido para reconduzir a sentença do juízo de primeiro grau” (REsp 798.444-RS, j. em 3-9-2009, DJe de 21-9-2009 – RT 890/583)

Atualmente a reincidência encontra justificativa pela teoria da culpabilidade do fato por se entender que há uma maior reprovabilidade da conduta delituosa, tendo em vista o menosprezo ao valor admonitório da condenação anterior. A maior censurabilidade da prática criminosa estaria, portanto, no conhecimento supostamente mais profundo da ilicitude da norma violada. De acordo com tal perspectiva, o sujeito que reincide na conduta delituosa não foi capaz de adquirir empiricamente a consciência de merecimento da sanção penal, possuindo o agente uma elevada tendência criminosa, o que justificaria, portanto, uma agravação segundo a culpabilidade pelo fato.

A despeito do entendimento exposto acima, grande parte da doutrina defende que as justificativas da legitimidade da reincidência dentro dos limites do direito penal do fato são insatisfatórias, uma vez que a pena imposta ao agente será onerada por fatores estranhos ao fato delituoso concretamente praticado, em razão de uma suposta tendência delituosa. Ademais, com a reincidência, quebra-se a proporcionalidade direta entre crime e punição, uma vez que a pena é composta de uma parcela alheia ao ato criminoso em si.

Ademais, como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, “um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, (...) Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação” (ZAFFARONI & PIERANGELI, 1997, p. 119/120).

A majoração da pena pela reincidência, por conseguinte, se justificaria por uma presumida maior periculosidade do agente, fundada na crença de que este, para quem a pena previamente imposta foi insuficiente, reiterará na prática criminosa, num verdadeiro exercício de futurologia. Verifica-se, assim, uma forte semelhança com a Escola Penal Positivista, que considera o criminoso como naturalmente perverso e perigoso, com uma predisposição determinada por fatores, biológicos, sociológico ou psíquicos à conduta delituosa.

## **2.2. Tipos Penais que Envolvem a Reincidência como Prenúncio da Crise da Culpabilidade**

Há que se ressaltar que, com relação ao instituto da reincidência, sua aferição não se restringe a agravar a pena, conforme previsão do artigo 61, inciso I, do Código Penal. Isso porque, além da agravante mencionada, o fato de o agente já ter sido previamente condenado provoca uma série de outros efeitos, tais como: impede que a pena privativa de liberdade seja substituída por restritivas de direito ou multa, conforme restrição contida no artigo 44, inciso II, do Código Penal<sup>4</sup>; configura óbice à concessão do *sursis*<sup>5</sup>; estabelece regime inicial mais gravoso para cumprimento da pena privativa de liberdade<sup>6</sup>; aumenta o prazo para que seja concedido o livramento condicional<sup>7</sup>; aumenta o prazo prescricional da pretensão executória<sup>8</sup>;

---

<sup>4</sup> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:  
[...]

II – o réu não for reincidente em crime doloso. (Código Penal)

<sup>5</sup> Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso. (Código Penal)

<sup>6</sup> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

[...]

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (Código Penal)

<sup>7</sup> Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

[...]

II – Cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso. (Código Penal)

<sup>8</sup> Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Código Penal)

constitui causa interruptiva da prescrição<sup>9</sup>; possibilita a decretação de prisão preventiva, nas hipóteses de crime doloso cujas penas sejam inferiores ou iguais a quatro anos<sup>10</sup>; impede a concessão da suspensão condicional do processo<sup>11</sup> e obsta a possibilidade de transação penal<sup>12</sup>.

Depreende-se, pois, que temos uma gama de exemplos de tipos penais de autor na legislação criminal pátria, isto é, na qual a aplicação da pena é fundamentada em razão de características do agente criminoso, não somente do fato delituoso em si. Como expõe brilhantemente Veridiane Santos Muzzi:

No Direito Penal do Autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal, possibilitando a criminalização do estado perigoso, independentemente do delito e a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor como a reincidência. (MUZZI, s.d.)

Em contrapartida ao Direito Penal do Inimigo, como já dito anteriormente, o Direito Penal do Fato determina que devem ser sancionados tão somente os atos delituosos do sujeito. Destarte, não devem ser objetos do julgamento criminal seu caráter ou modo de vida, mas sim um delimitado fato ilícito, haja vista que o “Direito Penal do Fato consagra o princípio da culpabilidade como o juízo sobre a relação do autor com o fato concretamente realizado, não levando em consideração sua personalidade e conduta social” (MUZZI, s.d.).

---

<sup>9</sup> Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

[...]

VI - pela reincidência. (Código Penal)

<sup>10</sup> Art. 313. Nos termos do artigo 321 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

[...]

II – Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

<sup>11</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (Lei 9.099, de 26-9-1995)

<sup>12</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

[...]

§2º. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva. (Lei 9.099 de 26-9-1995)

De mais a mais, Luigi Ferrajoli, notável teórico do garantismo penal, à luz do princípio da secularização<sup>13</sup>, analisa os tipos ideais que representam os sistemas de direito penal ao contrapor dois modelos: garantista e inquisitorial (FERRAJOLI, *apud* CARVALHO, 2015). Como é de curial sabença, esses modelos de intervenção penal são projetados por meio de duas perspectivas político-criminais, quais sejam, direito penal mínimo e direito penal máximo.

O direito penal garantista, baseado na separação entre direito e moral, restringe o *ius puniendi* às circunstâncias em que se verificarem a produção de um resultado externo derivado de uma ação consciente e deliberada de um sujeito, configurando o denominado direito penal do fato. Por outro lado, o modelo inquisitorial seria regido por práticas de valoração e julgamentos de atitudes internas do agente, que extrapolariam o fato e o resultado por ele gerados. Dessa forma, o processo criminalizante estaria diretamente vinculado à identidade interna, moral do infrator, caracterizando o direito penal do autor.

Destarte, o aspecto inquisitorial está intrínseco aos modelos criminais punitivos correccionalistas, vez que autorizam a valoração moral do agente, baseados em proposições contrasseculares. Outrossim, verifica-se a presença da marca inquisitória no método funcionalista- sistêmico contemporâneo, cujo fundamento precípua da punição seria a identificação de pessoas ou grupos de risco. Nas palavras de Salo de Carvalho, “os modelos de justificação (correcionismo, gerencialismo e funcionalismo), por mais distintos que possam parecer em seu desdobramento prático-teórico, sustentam-se na categoria substancialista e antigarantista *periculosidade*” (CARVALHO S. d., 2015, p. 253).

Consoante a teoria crítica do direito penal, um grave prenúncio da crise da culpabilidade seria justamente a verificação reiterada de práticas criminais que, ainda que inseridas em um ordenamento supostamente baseado na concepção de culpabilidade do fato, são fundadas na culpabilidade de autor, conforme veremos com mais afinco a seguir.

---

<sup>13</sup> Princípio segundo o qual o cidadão não pode sofrer qualquer sacionamento por sua personalidade.

### **3. DA NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DOS TIPOS PENAIIS DE AUTOR POR MEIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REPRESSIVO CONCRETO DIFUSO FACE À INSTRUMENTALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL**

#### **3.1. Do Controle de Constitucionalidade**

##### **3.1.1. Da supremacia da constituição**

Primeiramente, cumpre destacar que o constitucionalismo moderno entende a constituição como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites ao poder público” (CANOTILHO, 1994, p. 48). Hodiernamente, tem-se a Constituição como a lei fundamental, o instrumento por meio do qual são restringidos os poderes do Estado face às garantias sociais, servindo como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico de determinada sociedade.

Acerca da supremacia da Constituição, essa se desdobra em um aspecto formal e outro material, sendo o primeiro característico das Constituições rígidas, que se traduz na superioridade hierárquica em relação às demais normas jurídicas, às quais só serão conferidas validade quando consoantes com a forma constitucionalmente prescrita. Com relação ao desdobramento material, esse diz respeito à compatibilidade entre o conteúdo das normas legais e os preceitos constitucionais. Nas palavras do constitucionalista Marcelo Novelino, “a supremacia da Constituição impõe a compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, fiscalizada por órgãos encarregados de impedir a criação ou manutenção de atos normativos em desacordo com o seu fundamento de validade” (NOVELINO, 2015, p. 187).

Isto posto, poder-se-á concluir que a inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica advém da inobservância do processo legislativo constitucionalmente previsto para a criação da norma. Já a inconstitucionalidade material ou nomoestática, por sua vez, seria aquela que ocorre nas hipóteses em que o conteúdo das leis ou dos atos emanados pelo Poder Público viola uma regra constitucional, resultando assim, no desrespeito ao princípio da unidade do ordenamento jurídico.



Face ao exposto, nos resta indicar o instrumento por meio do qual ocorre a efetivação da referida supremacia constitucional, de forma a resguardar as normas e os princípios fundantes do Estado de Direito, que encontram-se salvaguardados na Carta Magna.

### **3.1.2. Do controle de constitucionalidade como mecanismo de proteção da supremacia da constituição**

É cediço que a supremacia constitucional, ao salvaguardar o respeito à ordem jurídica, garantindo a concretização das garantias e direitos fundamentais, constitui pilar do próprio Estado Democrático de Direito. Tal supremacia, entretanto, não seria efetivada caso não fosse criado um instrumento capaz de protegê-la, de forma a afastar toda e qualquer regra que viesse a violar os cânones constitucionais.

Daí resulta a imprescindibilidade do controle de constitucionalidade, por meio do qual é rechaçado do ordenamento jurídico qualquer ato que ameace algum preceito trazido pelo texto magno. Tal mecanismo seria, portanto, “uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados” (JÚNIOR, 2010, pp. 262, 263).

No que tange ao momento de seu exercício, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo, a depender se este é efetuado prévia ou posteriormente à data da publicação da lei ou do ato normativo atacado. O chamado controle preventivo objetiva a questionar a validade de regras ainda em formação, enquanto o controle repressivo é exercido após a conclusão definitiva do processo legislativo para criação da norma. Nessa modalidade de controle, prepondera a atuação do Poder Judiciário, principal protagonista para exercer o controle de constitucionalidade repressivo.

De mais a mais, o controle de constitucionalidade, conforme sua finalidade, pode ser classificado como concreto ou abstrato. O controle concreto é aquele no qual a inconstitucionalidade é levantada de forma incidental, no curso da demanda, em vista de um caso concreto. Nessa espécie, de índole subjetiva, a inconstitucionalidade apresenta qualidade de questão prejudicial, isto é, não configura como pedido ou objeto da demanda, podendo ser suscitada pelo julgador de ofício. A aferição da validade da norma seria, então, um antecedente lógico e incidental para a formação do juízo de convicção da controvérsia (NOVELINO, 2015). O controle de constitucionalidade abstrato, por sua vez, é realizado nas hipóteses em que a

inconstitucionalidade constitui o próprio objeto da ação. Conforme os ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior acerca da modalidade em comento:

Cuida-se do modelo consagrado na Europa a partir da Constituição austríaca de 01 de outubro de 1920, por sugestão de Hans Kelsen, em face do qual se leva a um Tribunal Constitucional, por meio de uma ação especial, um pedido direto de inconstitucionalidade de uma lei contrastante com a Constituição, cujo controle de constitucionalidade é exercido fora de um caso concreto. (...) Isso significa que o controle abstrato relaciona-se com o controle concentrado e principal, pois nele a impugnação da constitucionalidade do comportamento do poder público é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controle abstrato, portanto, não desafia um processo contraditório de partes, conquanto se verifica num processo objetivo cuja finalidade é a defesa da Constituição, por meio da supressão de atos contrários à Fundamental Law. (JÚNIOR, 2010, pp. 303, 304)

Outrossim, a depender do órgão jurisdicional competente para exercer o controle de constitucionalidade, esse será concentrado ou difuso. O primeiro apresenta tal nomenclatura em razão de ser realizado por um único órgão especial, que seria competente exclusivo para exercer tal modalidade de controle. Em contrapartida, o controle de constitucionalidade difuso pode ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, dentro do âmbito de sua competência. Nas lições de Marcelo Novelino:

A finalidade principal do controle difuso-concreto é a proteção de direitos subjetivos. Por ser apenas uma questão incidental analisada na fundamentação da decisão, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida inclusive de ofício, ou seja, sem provocação das partes. Sua análise ocorre na fundamentação da decisão, de forma incidental (*incidenter tantum*), como questão prejudicial de mérito. O órgão jurisdicional não a declara no dispositivo, tão somente a reconhece para afastar sua aplicação no caso concreto. (NOVELINO, 2015, p. 205)

Acerca dos efeitos da decisão, deve-se ressaltar que o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma por meio do controle de constitucionalidade repressivo-concreto-difuso, via de regra, produz eficácia *inter partes*, atingindo somente aqueles envolvidos na relação processual. Ademais, em uma análise sob um prisma temporal, embora excepcionalmente se admita a possibilidade de uma modulação temporal diversa, predomina o entendimento de que, como a lei inconstitucional teria a natureza de um ato nulo, a inconstitucionalidade teria, comumente, efeito retroativo, *ex tunc*.

### 3.2. Do Princípio da Culpabilidade

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, conforme expressiva parcela da doutrina, o princípio da culpabilidade encontra-se implicitamente protegido por diversos dispositivos constitucionais, a saber, pelo artigo 1º, inciso III<sup>14</sup>, corroborado pelo artigo 4º, inciso II<sup>15</sup>, bem como pelo artigo 5º, caput e inciso LVII<sup>16</sup>, ao qual estariam estreitamente relacionados os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da responsabilidade penal subjetiva.

Acerca da relação entre os princípios da culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, Marcia Dometila Lima de Carvalho preleciona:

A Constituição de 1988, fundamentando o Estado Democrático de Direito, por ela criado, na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), teria, necessariamente, de contemplar, como corolário dessa dignidade, o princípio da culpabilidade (inciso LVII do art. 5º), ao qual se conxionam princípios outros, como o da presunção de inocência, o da individualização da pena, enfim, todo aquele feixe de princípios que materializam aqueloutro do devido processo legal. (CARVALHO M. D., 1992, p. 64)

Há que se destacar, ainda, que o princípio da culpabilidade apresenta uma função dúplice, qual seja, serve como fundamento da sanção penal, bem como funciona como um freio, como uma medida, ao jus puniendi do Estado. Isto é, verifica-se que o princípio em análise, ao mesmo tempo, fundamenta e limita o poder sancionatório estatal. Nessa esteira é o entendimento de Francesco C. Palazzo:

Assim, como dissemos, é dúplice a ‘virtude constitucional’ do princípio da culpabilidade; igualmente dúplice é a sua ‘operatividade estritamente penal, no sentido que isso se dá no sistema penal, seja como critério subjetivo da

---

<sup>14</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

<sup>15</sup> Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II – prevalência dos direitos humanos;

<sup>16</sup> Art. 5º. 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:

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória

imputação do ilícito, seja como critério de comensuração da pena. E é obviamente neste terreno que se verifica a efetiva influência do princípio constitucional sobre o sistema penal. (PALAZZO, 1989, p. 56)

Grégore Moreira de Moura aponta, ainda, como uma das funções do princípio em tela, a adoção da culpabilidade de fato, de modo a vetar a culpabilidade de autor, uma vez que o indivíduo deverá responder pela lesão a que efetivamente deu causa, e não pela pessoa que é. O autor acrescenta também que “com a consagração do princípio da culpabilidade, temos mais uma limitação ao direito de punir do Estado, daí a garantia constitucional e penal do cidadão criminoso diante do incessante direito de punir estatal” (MOURA, 2006, p. 29)

Depreende-se, pois, que o legislador constituinte, ao tutelar o princípio da culpabilidade no texto magno, e, assim, optar pelo Direito Penal do Fato, tornou ilegítima qualquer norma que vise a sancionar o modo de ser do cidadão, haja vista que são objetos da repressão penal unicamente os atos praticados por determinada pessoa, não sendo seu estilo de vida o alvo da função punitiva criminal.

### **3.3. Da Não Aplicação dos Tipos Penais que Levam em Conta a Reincidência por Meio do Controle de Constitucionalidade**

Como visto acima, o presente trabalho sustenta a ideia de que os tipos penais que levam em conta o fato de o agente ser primário ou reincidente se aproximam do Direito de Autor, que, além de enxovalhar o princípio da legalidade, ao prever uma censura agravada por aspectos alheios ao delito, macula o princípio da culpabilidade, princípio este que apresenta relação umbilical com o valor da dignidade da pessoa humana.

Isso porque, hodiernamente, prevalece o entendimento doutrinário de que o princípio da culpabilidade teria como corolário lógico o direito penal do fato, o qual estabelece que o sujeito não poderá ser culpado de forma geral, mas sua culpa estaria necessariamente vinculada a um determinado ato delituoso. Desta forma, a culpabilidade estaria invariavelmente atrelada a um fato determinado, de modo que o juízo criminal a ser exercido deveria se restringir à relação do agente para com o fato concretamente realizado, não abrangendo a forma de o sujeito conduzir sua vida, de sua personalidade, ou de sua tendência em reincidir na prática delituosa.

Ora, levando-se em conta a retromencionada supremacia da constituição, característica dos Estados Democráticos modernos, faz-se imperiosa a adequação de todo o

ordenamento jurídico aos preceitos constitucionais, estando os aplicadores do direito incumbidos da função de rechaçar todo e qualquer ato que contrarie as normas consagradas no texto magno, razão na qual se fundamenta a criação do instituto do controle de constitucionalidade, em sua modalidade difusa. Por conseguinte, forçoso concluir que os diplomas normativos infraconstitucionais precisam ser interpretados à luz da Constituição, em respeito ao princípio da unidade do ordenamento jurídico.

Especificamente sobre a exigência de uma constitucionalização do processo penal, Aury Lopes Júnior afirma que:

A resposta passa, necessariamente, por uma leitura constitucional do processo penal. Se, antigamente, o grande conflito era entre o direito positivo e o direito natural, atualmente, com a recepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democráticas, o desafio é outro: dar eficácia a esses direitos fundamentais. (JR, 2010, p. 2)

Há que se ressaltar, ainda, que a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição revela que aquelas passam a apresentar função de verdadeiros instrumentos para a efetivação de direitos e garantias fundamentais previstas na Carta Magna. Nas palavras de Aury:

Em suma, nossa noção de instrumentalidade tem como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário. (...) Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, a um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional. (...) Essa é a instrumentalidade constitucional que a nosso juízo funda sua existência. (JR, 2010, pp. 10, 11)

Isto posto, depreende-se que a instrumentalidade do processo penal se manifesta na medida em que este deve buscar a máxima eficácia dos direitos e das garantias constitucionais, legitimando-se enquanto ferramenta para a concretização dos objetivos constitucionais.

Neste ponto, há que se atentar novamente para a inviabilidade de um ordenamento jurídico que reflita de forma pura o Direito Penal de Fato, consagrado na Constituição, conforme analisado no primeiro capítulo do presente estudo. Por essa razão, tonam-se imprescindíveis os instrumentos que garantem o exercício do controle de constitucionalidade

nas situações fáticas, como é o caso do controle repressivo, concreto e difuso. Por meio deste mecanismo, cabe ao poder judiciário a função essencial de salvaguardar os preceitos fundantes do Estado, afastando a aplicação de regras que lhe são contrárias. Nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli:

“sabemos que, na prática, o sistema penal e seu regime de *filtros* fazem com que o direito penal de ato não se realize plenamente nenhum país. Sem embargo, uma coisa é constatar esse dado de realidade e outra, muito diferente, é sustentar teorias que não só não tratem de conter ou controlar a deformação do direito penal de ato pela prática do sistema, como também constituam verdadeiras racionalizações justificantes de tais práticas”. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 1997, pp. 119,120)

Como exemplo de não aplicação por parte do poder judiciário de normas que vão de encontro ao princípio da culpabilidade, podemos citar o Tribunal Constitucional Espanhol que, em diversas ocasiões, declarou a ilegitimidade de adoção de um direito penal de autor sob uma perspectiva constitucional, sustentando a imprescindibilidade de a penalidade se basear em uma culpabilidade pelo fato, não devendo o juízo criminal fundar-se na personalidade do réu. Nesse sentido é a sentença 150/1991, que informa:

En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo.<sup>17</sup>

Na América Latina, podemos apontar como exemplo de consagração da culpabilidade, em detrimento do direito de autor, o artigo 8º do Código Penal Colombiano, *in verbis*:

Artículo 8. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación

---

<sup>17</sup> Especificamente, sobre a culpa, o Tribunal de Justiça decidiu que, de fato, a Constituição espanhola consagra, sem dúvida, o princípio da culpabilidade como um princípio estrutural básico do direito penal e acrescentou, ainda, que o entrenchamento constitucional deste princípio não implica, de nenhuma maneira, que a Constituição tenha convertido em norma um determinado modo de entendê-lo. (tradução livre)

jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.<sup>18</sup>

O presente trabalho defende que as posturas apontadas acima deveriam ser regra em qualquer Estado Democrático de Direito da atualidade, cujas garantias fundamentais, nas quais se insere o direito penal alicerçado sobre o fato do agente, são resultados de uma árdua conquista da humanidade, realizada a duras penas.

Forçoso se mostra, portanto, como se disse alhures, ajustar o foco do Direito Penal, de forma a se basear a sanção criminal, exclusivamente, no fato delituoso. Para tanto, é indispensável que se faça um acrisolamento das normas infraconstitucionais, bem como da prática jurídica cotidiana, de forma que sejam afastadas as manifestações de Direito Penal do Autor, ainda que tais manifestações se restrinjam ao *quantum* e ao modo de cumprimento da pena.

---

<sup>18</sup> Artigo 8º. Proibição da dupla incriminação. A ninguém se lhe poderá imputar mais de uma vez a mesma conduta punível, qualquer que seja a denominação jurídica que se lhe der ou haja dado, salvo o estabelecido nos instrumentos internacionais.

## CONCLUSÃO

Face ao que foi exposto, há que se concluir que o princípio da culpabilidade integra o cerne de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. No âmbito do Direito Penal, tal princípio determina a ilegitimidade de uma culpabilidade que se atente à moral e ao estilo de vida do agente, em vez de, exclusivamente, ao fato delituoso por ele praticado. Isto é, tem-se como consequência direta do princípio da culpabilidade a aplicação do Direito Penal do Fato.

Todavia, é cediço que ainda permanece no ordenamento jurídico pátrio uma variedade de institutos que se baseiam no modo de ser do sujeito, como aqueles que levam em consideração os antecedentes, a reincidência e a conduta social do indivíduo, em flagrante violação ao princípio da culpabilidade. Tais institutos encontram estreita relação com a Escola Penal Positivista, baseada na criminologia científica, que, aliada ao utilitarismo da pena, caracteriza o Direito Penal de Autor.

Em virtude da retromencionada impossibilidade de um ordenamento jurídico puro, unicamente voltado para o fato ou para o autor, a questão se vincula necessariamente à aplicação do Direito por parte de seus operadores, os quais possuem a atribuição de submeter as normas penais e processuais a um filtro constitucional, de forma a se aferir ou não sua constitucionalidade em cada caso.

Como já dito acima, não se verifica, empiricamente, a existência de um sistema penal do fato puro, isento de toda e qualquer reprovação do ser do criminoso, de forma que, no contexto fático, só nos é possível a realização de um modelo normativo criminal híbrido. Logo, o que se observa, hodiernamente, são classes mais voltadas para um tipo (Direito Penal do Fato) ou para o outro (Direito Penal de Autor). O que não se pode admitir é que defendamos, em nosso ordenamento jurídico, o princípio da culpabilidade pelo fato, e, concomitantemente, aceitemos que sejam adotados sem reservas institutos flagrantemente antagônicos, em uma ultrajante incongruência constitucional.

Em razão da necessidade de harmonização e unidade do ordenamento jurídico, tendo em vista a mudança do paradigma positivista do século XIX, que pregava a perfeição do legislador, foram elaborados mecanismos de proteção de garantias fundamentais passíveis de violação por parte da legislação ordinária. Nessa perspectiva, encontra-se o controle de constitucionalidade, que, em sua modalidade repressiva, concreta e difusa, permite o afastamento de normas que conflitem com os preceitos constitucionais.



Destarte, incumbe ao judiciário a atribuição crucial de efetivar os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, dentre os quais se destaca o princípio da culpabilidade, relacionado de forma umbilical à dignidade da pessoa humana, salvaguardando, assim, a prática penalista da seletividade arbitrária estatal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Roque De Brito. **Criminologia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 00 p.

ASÚA, Luiz Jiménez De. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1964. 00 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 00 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 00 p.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista de Doutrina da 4ª região**, Porto Alegre, 19 dez. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm)>. Acesso em: 22 mai. 2016.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1994. 00 p.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima De. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Sergio Fabris, 1992. 00 p.

CARVALHO, Salo De. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 00 p.

CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 00 p.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 246/1991, de 19 de Diciembre de 1991**. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/resolucion/show/1885>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 00 p.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009. 00 p.  
JR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da**

**instrumentalidade constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 00 p.

JÚNIOR, Dirley Da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. 00 p.

MIRABETE, Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. 00 p.

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-Culpabilidade**. Niterói: Editora Impetus, 2006. 00 p.

MUZZI, Veridiane Santos. Teorias Antigarantistas - Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo. **Lex Magister**. Disponível em:  
<[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24043823\\_TEORIAS\\_ANTIGARANTISTAS\\_\\_ASPECTOS\\_DO\\_DIREITO\\_PENAL\\_DO\\_AUTOR\\_E\\_DO\\_DIREITO\\_PENAL\\_DO\\_INIMIGO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS__ASPECTOS_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. 00 p.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Recife: Age, 1989. 00 p.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. **A Legitimidade da Pena Estatal: uma breve análise das teorias da pena**. Florianópolis: Conceito editorial, 2015. 00 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997. 00 p.