



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANNE LOUISE BENTO DA SILVA

**DAS POSSÍVEIS INCOERÊNCIAS DA ANÁLISE DA
PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO
ART. 59 DO CÓDIGO PENAL**

Salvador
2019

ANNE LOUISE BENTO DA SILVA

**DAS POSSÍVEIS INCOERÊNCIAS DA ANÁLISE DA
PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO
ART. 59 DO CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Thais Bandeira

TERMO DE APROVAÇÃO

ANNE LOUISE BENTO DA SILVA

DAS POSSÍVEIS INCOERÊNCIAS DA ANÁLISE DA PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019

As minhas mães e a meu pai, que sempre me apoiaram na luta para chegar até aqui. Gratidão por todo o esforço empregado, pelo afeto, preocupação e investimento realizado em mim, sem pedir nada em troca.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me proporcionar uma vida cheia de graças e por colocar em minha vida anjos que me guiam pelo caminho da luz.

Aos meus pais, e minha segunda mãe, que são exemplos de referências profissionais para mim e que tanto incentivam a minha busca pelo conhecimento.

Agradeço, em memória, a minha avó Isaura que sempre teve o sonho de me ver formada, cuidou de mim desde bebê e me amou incondicionalmente. Ao meu avô Edson pelo amor, cuidado, carinho e pela amizade.

Aos meus primos e familiares que tanto torceram pela minha vitória.

A meu amigo Hilton Abreu, pelo exemplo de humildade e amor, e por caminhar sempre comigo e segurar a minha mãe quando necessário.

A João Macedo que sempre me ajudou a lutar pelos meus objetivos, sendo paciente e me incentivado a ser sempre dedicada. Obrigada por ser um amigo e parceiro de todas as horas.

Agradeço a Laura, Luiza, Stephanie, Liz, Ania, Poliana, Juliana e Francine por serem amigas maravilhosas e nunca me deixaram na mão. Estiveram comigo nessa jornada e sempre serão amadas por mim.

Aos meus amigos de jacobina por fazerem parte de minha história de vida e compreendem a dificuldade que é viver longe de sua casa.

A minhas amigas Gabriela, Olivia, Beatriz e Raquel, por serem anjos especiais e parceiras para uma vida toda.

À Thais Bandeira, minha orientadora, que muito contribuiu para a minha formação acadêmica. Obrigada por todo apoio.

A todos aqueles que de algum modo contribuíram direta ou indiretamente para que este trabalho fosse realizado.

“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu. Há tempo de nascer, e tempo de morrer; tempo de plantar, e tempo de arrancar o que se plantou.”
Eclesiastes

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar as incoerências na análise da personalidade, frente a falta de técnica do juiz ao julgar a circunstância como causa desfavorável ao réu no processo penal. Diante disso, analisar-se-á como se constituiu a pena no Brasil ao longo dos anos e qual a finalidade da pena frente as teorias legitimadoras. Com efeito, busca-se demonstrar que a discricionariedade do julgador em alguns casos pode ultrapassar os limites, tornando-se, nessas hipóteses, mera arbitrariedade. O estudo busca a valorização do princípio da individualização da pena, da legalidade, proporcionalidade e humanização das penas, a fim de garantir um processo claro e justo para o réu, de modo a exaltar o uso da motivação nas decisões, considerando que ela pode garantir a impessoalidade e evitar a arbitrariedade nos casos em que houver apreciação de circunstâncias subjetivas no direito penal. Portanto, em análise ao direito penal do autor e o direito penal do inimigo, percebe-se que eles ainda estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende das circunstâncias previstas art. 59 do Código Penal.

Palavras-chave: Direito Penal; princípios constitucionais penais; personalidade; circunstância judiciais do art. 59; incoerências; direito penal do autor, direito penal do inimigo.

1 INTRODUÇÃO	08
2 PANORAMA DA PENA	12
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES	12
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
2.3 FINALIDADE	23
2.4 DIREITO PENAL DO AUTOR x DIREITO PENAL DO FATO	28
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A PENA E GARANTISMO PENAL	32
3.1 LEGALIDADE	32
3.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	36
3.3 PRINCÍPIO DA PROPOCIONALIDADE	43
3.4 HUMANIZAÇÃO DAS PENAS	46
3.5 O GARANTISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO	52
4 CRITÉRIOS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL	53
4.1 CULPABILIDADE	57
4.2 ANTECEDENTES	58
4.3 CONDUTA SOCIAL	59
4.4 MOTIVOS	59
4.5 CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME	59
4.6 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	60
4.7 A PERSONALIDADE	60
4.7.1 Da “personalidade perigosa”	62
4.7.2 A ausência de técnica do juiz na análise da personalidade	70
5 CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

As incoerências provenientes da análise de circunstâncias subjetivas no momento da dosimetria da pena gera no atual ordenamento jurídico questões que devem ser discutidas, já que carregam ideias da Criminologia Positiva e principalmente pelo fato de que as normas criadas pelo legislador são de natureza abstrata, atribuindo ao magistrado maior discricionariedade no momento de valorar tais circunstâncias.

Esse fato atinge a realidade fática, tendo em vista que existe uma grande diversidade social, cultural e econômica na sociedade inclusive dentre os próprios julgadores, o que se torna um tema sempre debatido entre doutrina e os tribunais.

Com efeito, embora as decisões devam se valer de princípios constitucionais, a incorreta aplicabilidade destes tem gerado bastante polêmica no curso dos processos, seja pelo seu uso banalizado, ou mesmo pelo engessamento da atividade criativa dos operadores de direito no que compete ao seu dever de saber interpretar a norma conforme os valores constitucionais. Nesse sentido, a literatura jurídica vem colocando em pauta a valoração desfavorável da personalidade no que tange o artigo 59 do Código Penal e seus elementos subjetivos.

Por sua vez, quanto à aplicação incorreta dos princípios constitucionais, percebe-se que quanto à motivação, garantia fundamental exigida na constituição, em alguns casos, existe uma linha tênue entre a discricionariedade dada ao juiz e a arbitrariedade. Nesse contexto, a busca pela proteção das garantias do acusado no processo penal torna-se ineficaz, vez que tal arbitrariedade não se encontra apenas na aplicação da motivação, mas também na análise dos elementos subjetivos do artigo 59 do Código Penal, principalmente a personalidade, que é alvo de constante estudo no ramo da saúde mental, com o intuito de determinar um conceito que possa abranger as diferenças individuais de cada pessoa, mas que ainda é inconclusivo, o que acaba empobrecendo a fundamentação do magistrado no momento de valoração da pena.

Ademais, vale ressaltar que a valoração da circunstância personalidade é analisada de acordo a periculosidade do acusado, dando rumo a um direito não

fundado na culpabilidade e sim no modo de agir do acusado, o que pode direcionar o magistrado a punir o indivíduo pelo que ele é em detrimento da culpabilidade do fato.

Isso vai completamente de encontro aos ideais da Carta Magna que rege o ordenamento jurídico, pois ela possui congruência com garantismo e ideais trazidos pelo princípio da secularização, o qual visa salvaguardar as liberdades individuais, de crenças e opinião, distanciando o Direito da Moral na tentativa de assegurar a legalidade.

Além disso, começa a surgir uma segregação social, a partir da qual verifica-se que a localidade em que vive o indivíduo e, conseqüentemente, a sua classe social, seriam consideradas como fatores para ajudar a concluir se o indivíduo é mais ou menos perigoso, ou, ainda, se ele merece uma pena mais ou menos gravosa. Trata-se do conhecido Direito Penal do Inimigo.

Destarte, desde já se percebe que a valoração dessa circunstância judicial pelo juiz não coaduna com o Direito Penal moderno, nem com a Constituição Federal. Posto que os juízes são seres humanos e não máquinas e possuem uma história de vida que poderá influenciar diretamente no momento da valoração desta circunstância carregada de subjetivismo.

Por conseqüência, é imperioso compreender os conceitos e finalidades da pena para entender o porquê de ainda existir tais elementos subjetivos na dosimetria da pena em nosso sistema jurídico, e entender que não é possível atingir uma precisa definição de personalidade, posto que dentro os diversos teóricos que a estuda nenhum conseguiu definir um método ou conceito para tal instituto.

Desse modo, no primeiro capítulo do estudo, será abordado como os juristas enxergam a pena e a conceituam. Além disso, será explanado vinculados a teoria legitimadora do direito penal e o seu desenrolar em prevenção geral positiva e negativa, a teoria absoluta e retributiva. É de essencial importância essa abordagem posto que existe ainda questões em pauta sobre a função ressocializadora da pena.

Haverá considerações sobre a diferenciação entre direito penal do autor e direito penal do fato e como estas teorias se ligam a análise da personalidade, como circunstância judicial pessoal que serão levadas em consideração pelo julgador para fixação da pena-base. Disserta-se que isso, afasta o julgamento sobre o fato concreto, levando o magistrado a guiar seu julgamento pelo viés do autor. Servindo como forma

de controle do Estado e não só, regula o comportamento social, dirigindo modo e condução de vidas de seus agentes, como os pune, por conduzirem-se contrariamente ao esperado.

No segundo capítulo será desenvolvido uma visão constitucional dada ao Direito Penal pela utilização do princípio da individualização das penas e suas fases de aplicação no processo de dosimetria, analisar-se-á o princípio da legalidade conferindo a ele posição de destaque segundo o qual não há crime, sem lei anterior que o preveja.

Serão considerados nesse capítulo também, a importância do princípio da proporcionalidade e os aspectos que lhe guiam, como a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Resta imperioso o tratamento sobre a humanização das penas e sua eficácia no sistema penal atual.

O capítulo se encerra ao falar do garantismo penal e como a Constituição Federal agregou o princípio da secularização e as ideologias garantistas, questiona-se a eficácia desse princípio frente as normas penais, principalmente, se valoração da circunstância judicial em questão feriria esses ideais que foram atribuídos como normas orientadoras do ordenamento jurídico.

No terceiro e último capítulo, será demonstrado o que são as circunstâncias judiciais e como elas serão valoradas no processo de determinação da pena, o foco será a personalidade como uma das circunstâncias judiciais mais importantes para aumentar a pena-base e como os juristas conceituam o instituto. Após será abordado a teoria de Lombroso do Criminoso Nato para entender como surgiu o estudo da personalidade e como a criminalidade estava ligada a forma biológica do homem, que não possuía autonomia da vontade no momento da prática dos crimes, mas sim como uma característica intrínseca do seu estado natural, ou seja, o determinismo biológico como justificativa. Teoria esta, que nunca foi comprovada.

Em seguida, após aos estudos inconclusivos de Lombroso, passa-se a questionar quem são os criminosos, e daí surge o Direito Penal do Inimigo para dizer que o inimigo é aquele que comete crimes específicos e desumanos, diante da sua autonomia da vontade, por haver uma personalidade perigosa. O autor Jakobs

diferencia o homem cidadão, daquele homem que é considerado inimigo e diante disso demonstra que a estes o tratamento deve ser diferenciado.

Por fim, após demonstrado as diversas teorias que ensejaram a análise da personalidade do sujeito como fator do crime, haverá a demonstração das incoerências encontradas junto a valoração dessa circunstância com Acórdãos da jurisprudência nacional e a demonstração de como os magistrados fundamentam suas escolhas no momento de aumentar a pena-base além do mínimo.

2 PANORAMA DA PENA

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

É de extrema importância analisar o conceito da pena para entender como se observa a conduta humana e seu papel na aplicação das punições pelo Estado. Entender a evolução do pensamento jurídico penal em relação a tal temática e esclarecer as questões levantadas em relação a personalidade. Diante disso, se observa que ação humana típica, antijurídica e culpável é considerada crime, sendo assim enseja a imposição de uma pena. Para Jakobs as penas servem como forma de reprovar, prevenir ou ressocializar, visando reforçar a confiança de todas as pessoas na norma violada. (JAKOBS, MELIÁ, 2007, p. 67).

As normas jurídicas de Direito Penal tem em seu cerne uma característica essencial que é a coercitividade. Sendo assim as condutas tipificadas na legislação penal tem por principal intuito a sanção. (CARVALHO, 2015, p.44)

Existem diversos conceitos de pena dentro do ordenamento jurídico, algumas tratam da pena como uma forma retributiva do estado sob alguém que age em desacordo a suas regras, diante disso observa-se o conceito, "é a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se de sanção de característica do direito penal, em sua essência retributiva" (FRAGOSO). Já para outro autor a pena tem um conceito simples na qual é "consequência jurídica do crime, isto é, a sanção estabelecida pela violação de um preceito penal." (BETTIOLL). (KUEHNE, 2011, p.24)

Com o avanço diário da criminalidade no Brasil, em análise ao estudo realizado pelo IPEA– Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -, em parceria com o Fórum de Segurança Pública, mostram que 553 mil pessoas foram mortas no país nos últimos 11 anos. "Segundo o Atlas da Violência, esses números já são maiores que os de mortos da Guerra Civil na Síria, que chegam a 500 mil só nos últimos 7 anos." (ADORNO *et al*, 2018)

Diante disso, a população está cada vez mais insatisfeita e buscam sempre punir cada vez mais com penas restritivas de liberdade, a qual possui a intenção de resguardar a segurança pública, instigando os entes públicos a criar novas leis punitivas para satisfazer a sociedade.

No Brasil, a aplicação da sanção penal pelo estado é observada da seguinte maneira, primeiro é constatado que houve um ilícito caracterizado no código penal, fato típico, diante disso já se enquadra a possibilidade de aplicação de pena, mas antes deve-se observar mais um ponto, se o acusado possui algum tipo de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, caso não haja nenhuma, já pode aplicar a sanção que é feita pelo sistema trifásico de aplicação. Diante o exposto tem-se a posição de Ferrajoli:

“O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedimentabilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito”. (FERRAJOLI, 2002 p. 297).

Além disso, deve-se ressaltar a importância do princípio da individualização das penas dentro do conceito que existe de pena. Já que esse princípio vem para garantir que a pena seja aplicada corretamente à pessoa que cometeu o delito.

A pena é sanção que visa retribuir injusto praticado pelo sujeito, que ao exercer sua autonomia da vontade foi de encontro com normas do ordenamento jurídico pátrio. (PASCHOAL, 2014, p.34) Nesse sentido, observa-se que para haver pena, o ser humano precisa abdicar de parte de sua liberdade para que ela se justifique. Já que se todos decidirem ir de encontro com as normas jurídicas, o controle estatal não teria como existir.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A pena em toda a sua história, teve sua imagem associada a ideia de vingança, mesmo os conceitos mais atuais. O doutrinador Oswaldo H. Duek Marques (2016, p.1), em sua obra Fundamentos da Pena, explicita que a ideia primitiva de vingança permanece até os tempos atuais, mesmo com tantas teorias progressistas e humanitárias e com limites traçados por teorias garantidoras de direito fundamental.

Isso porque a sociedade tem em sua história a característica de agir violentamente, e que de alguma forma precisa ser controlada pelo estado, formando assim uma resposta violenta com intuito de conter atos violentos. Diante disso, os indivíduos chegaram em um momento da sua evolução em que precisavam de uma convivência harmônica e passível.

Uma das primeiras formas de punir o indivíduo que se conheceu foi a vingança de sangue, que era uma forma de retribuir um mal cometido ou conter iminente ameaça a segurança ou estado natural em que se encontravam os homens, já que a cultura primitiva era baseada em fatos imaginários, por medo ações naturais como o trovão, a chuva, a seca, que eram considerados vingança sobrenatural, pelos atos cometido por homens. Esse tipo de vingança se fundava no fato de que o homem primitivo tinha vínculos fortes com seu bando e buscava proteger seu grupo com base na recíproca tutela daqueles que possuíam descendência comum (MARQUES, 2016, p.13).

Assim a violência era comum na busca da vingança, as famílias dos grupos se reuniam quando um ente do grupo era morto em reação ao ato cometido para demonstrar o interesse em uma vingança. Além disso, caso houvesse uma ofensa as práticas do grupo por um integrante ele era expulso e exposto a qualquer tipo de ofensas ou agressões sem que isso não caracteriza-se crime. (MARQUES, 2016, p.13-14)

Diante disso, o autor Luig Ferrajoli (2002, p. 310) expõe:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta

por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.

Ao tratar da vingança como forma de punição, autores como Bitencourt e Greco consolidam o entendimento que ela era dividida em três tipos: a vingança privada, vingança pública e vingança divina. A vingança privada era baseada na retribuição a algum mal que foi praticado, e ela poderia ser exercida não só por quem sofreu o dano como por seus parentes. (GRECO, 2019, p.17)

A vingança divina era o direito aplicado pelos sacerdotes, pois eles diziam ter um relacionamento direto com Deus e justificavam a punição alegando que era a vontade de Deus. Nessa época a sociedade era carregada de crenças e acabavam por associar o pecado a pena. E com isso a igreja católica, que era a figura mais importante na época, cometeu atrocidades em nome de Deus. (GRECO, 2019, p.18)

Com fim de cessar o estado constante de guerras e comportamentos violentos e em busca de demonstrar poder os homens passam a se submeter as leis e abdicarem de uma parte de sua liberdade em prol da paz. Passam a seguir regras instituídas pelo estado e começam a obedecer leis que limitam seus atos. Ao abdicar de sua liberdade pelo bem comum o homem passa a dar ao estado mais autoridade e controle sobre sua nação, se tornando assim um estado soberano.

Assim, se dá a vingança pública, que surge no período de ascensão do Direito Penal, com intenção de intimidar a sociedade com suas penas desumanas e cruéis. Isso ocorre em um período no qual se vê maior organização social como forma de garantir a soberania do Estado. (GRECO, 2019, p.18)

Ademais, existiram algumas penas antigas que marcaram a história como o Lei do Talião e o Código de Hamurabi, que eram legitimações das penas desumanas mas que continham, ainda que mínimo, o caráter de amenizar a frequente violência, mas por traz disso o caráter violento de vingança ainda existia. (BOSCHI, 2013, p.77)

Essas leis eram tidas como as primeiras que punia proporcionalmente o homem pelo ato cometido. O Talião era pena que poderia alcançar o corpo. (BOSCHI, 2013, p.77) A intenção de punir era com base na gravidade do que foi feito, com intuito de causar a mesma dor que foi sentida pela vítima, mas as pessoas são

diferentes e nem sempre a dor que uma sente é a mesma que o outro, então esse tipo de punição é falho e desproporcional.

Na Idade Média, o homem era visto como derivado de Deus, enviado para mudar o mundo, e seus atos eram legitimados pela divindade, o ato de punir era visto como represália divina pela violação da moral e das leis. Penas como privação da liberdade com intuito de fazê-lo meditar pelos atos que cometeu. As penas também tinham caráter de alcançar um único Deus e o crime era considerado pecado, assim, se punia para pagar os seus pecados e por fim conseguiu alcançar o reino de Deus depois de sua morte. (BOSCHI, 2013, P.78)

Com a pregação da valorização humana, os entes religiosos buscavam humanizar as penas, fugindo das práticas da idade antiga e trazendo para si o poder punitivo, e quem ia de encontro era considerado herege, crime este que tinham penas cruéis, bem mais graves. As penas tinham caráter cruel, com tribunais de inquisição, a pena de morte de forma sangrentas era legitimada pela própria religião católica, que era o poder religioso e político que predominava na época. (BOSCHI, 2013, P.78) Como expõe o autor José Pagnella Boschi em sua obra:

Estimulando acusações anônimas, em processos secretos , em que a confissão sob tortura era a rainha das provas , com a conivência do advogado de defesa cuja missão, segundo se extrai do Manual do Inquisidores, não era outra senão convencer o “cliente” a confessar o que não tinha feito, os Inquisidores disseminaram o horror mandando para as fogueiras centenas de inocentes, aproveitando-se do analfabetismo, da ignorância, das superstições grosseiras de um povo que vivia em habitações precárias, sem um mínimo de higiene, com a morte sempre ao lado, pelas guerras, pela fome e pelas pestes. (BOSCHI, 2013, p.78)

A Inquisição surgiu impondo atos a sociedade de forma intolerante sem aceitar opiniões contrárias ao que se tinha. Nesse sentido, se demonstrou a vingança divina. Observa-se também que o Direito Canônico contribuiu para o ideal de “reforma do delinquente”, como o crime era considerado pecado contra as leis, alguns conceitos teológicos ensejaram palavras da atualidade, como o termo penitência que deu origem ao termo penitenciária. (BITENCOURT, 2019, P.91)

Já no Brasil as Ordenações Filipinas, foram exercitadas no Brasil até pouco antes da proclamação da república, e as ideias iluministas deram o pontapé inicial pela substituição por uma legislação sem a consagração do direito penal do horror. (BOSCHI, 2014, p. 79)

Se tem assim uma referência ao passado, que é a existência de um ato ilícito que desencadeará na aplicação de uma pena. A pena então é entendida para Grócio, Pufendorf e Thamasius como aplicável no momento que se comete um delito, que é causa *si ne qua non* para que ocorra essa consequência jurídica (FERRAJOLI, 2002 p. 297)

Busca-se compensar o mal que foi cometido, na tentativa de causar temor no agente e que ele não pratique mais atos semelhantes. Tornando um ciclo de violência na qual a primeira é caracterizada ilícita e a segunda é resguardada pelo poder que o estado tem de controle, assim o estado está dentro da legalidade, resguardando o princípio do devido processo legal.

Inicialmente as penas foram legalmente previstas no Brasil nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas até a publicação do primeiro Código Penal. Tais ordenações traziam penas que alcançavam o corpo, e causavam pânico por serem extremamente cruéis. Nesse sentido, o autor José Antonio Pagnella Boschi expõe:

Dentre tantos os absurdos as ordenações Afonsinas dispunham que: se um mouro ou um judeu pretendesse passar-se por cristão, o rei poderia entregá-lo a qualquer pessoa, como escravo (servidão penal). Os ilícitos contra a fé pública (moeda falsa) ou o poder real, consoante o Título VI, e Título XII, eram punidos com a mesma "pena": morte! Do mesmo modo, eram punidos a sodomia, o incesto e o homicídio. (BOSCHI, 2014,p.121)

Além das penas pecuniárias, a pessoa poderia sofrer com queimaduras, mutilação, além de pena de morte, que era chamada de morte natural por quatro formas, morte natural por enforcamento, pelo fogo, cruelmente e morte natural para sempre. O que demonstrava clara divergência com a realidade, já que morte natural não se dá em nenhum desses casos (BOSCHI, 2014, p.121).

Demonstra-se a falta de humanização e ausência de princípios que protegem a sociedade de arbítrios do Estado, e nesse momento das ordenações era assim que se legitimava o poder de repressão estatal sobre o indivíduo e uma forma de se manter o poder e controle social. Com a disseminação de ideias iluministas, a legislação penal brasileira foi reduzindo essa ideia de penas cruéis, observa-se que o direito penal passa da fase das penas desumanas para a valorização da privação de liberdade.

Em sua obra, *As Prisões em São Paulo*, o autor Fernando Salla retrata que “ sob impulso de ideias iluministas as penas se revestiram de caráter retributivo,

igualitário, abandonando cada vez mais as práticas sanguinárias” (1999, p.46). Mantiveram-se no Código Penas de 1830 algumas penas como a de morte, de banimento, de açoites para o escravos, mas nele surge a pena de multa em dias multa, demonstrando um lado mais garantidor e humanizado.

A legalidade foi um dos princípios previstos no art 1º do código criminal de 1830, mas os relatos das práticas da época dizem o contrário sobre a efetividade desse princípio. Os autores Raul Zafarroni e Nilo Batista (2011, P.424), relatam em sue livro Direito Penal Brasileiro fatos que demonstram tal ineficácia: “O código de processo criminal de 1832, autorizava o juiz de paz a ‘cominar’ as penas de multa e prisão até 30 dias ou a internação por 3 meses em casa de correção ou oficinas policiais aos ‘suspeitos de cometer algum crime’”. Além de relatar que a vedação das penas cruéis era ignorada pela lei que cominava aos escravos açoites em 50 por dia.

O autor Cezar Roberto Bitencourt (2019, p.102-103) relata que o Código Criminal do Império influenciou códigos como o espanhol e o português, por haver “clareza, precisão, concisão e apuro técnico”. Além disso, inovou trazendo o sistema de dias-multas.

Com a proclamação da independência em 1882 as influências estrangeiras atuavam cada vez mais no Brasil, o que levou a os políticos a abolirem a pena de galés, ou seja, excluiu a prisão perpetua, Decreto de nº774- “Declara abolida a pena de galés, reduz a 30 anos as penas perpetuas, manda computar a prisão preventiva na execução, e estabelece a prescrição das penas.” , era contado da prisão preventiva. Isso refletiu em benefícios, pois o próximo Código Penal trará novas abordagens como a prisão com trabalho obrigatório, a prisão disciplinar e o banimento.(BOSCHI, 2014, p. 123).

“Com o advento da República, Batista Pereira foi encarregado de elaborar um projeto de código penal.” (BITENCOURT, 2019, p.103) Diante de pressa para a elaboração desse novo código, o autor supracitado entende que foi o pior código penal que já existiu, pois ignora as ideias positivistas e se mostrava atrasado.

O código penal de 1890 fazia diferenciação entre pena e contravenção, além de instituir princípios que regem o direito penal até hoje, como a retroatividade benigna da lei nova e a legalidade, além disso, tratou de institutos como responsabilidade pessoal e a isenção das penas para quem cometeu um delito sem

intenção criminosa. Nesse sentido, os autores Raul Zafarroni e Nilo Batista (2011, p. 446) expõem:

O código penal de 1890 contemplava o princípio da legalidade, proibia o emprego de analogia 'para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas' (arts.1º), e estipulava a retroatividade benigna da lei nova que abolisse o crime ou lhe cominasse 'pena menos rigorosa' (art. 3º). O caráter subjetivo pessoal da responsabilidade criminal vinha explícito no texto dos artigos 24 e 25: o primeiro deles isentava de pena 'ações ou omissões contrárias à lei penal que não forem cometidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligência ou imperícia'; o segundo proclamava que a 'responsabilidade criminal é exclusivamente pessoal'; e seu parágrafo versando a hipóteses de crimes 'em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade', frisava que a responsabilidade penal só recairia 'sobre cada um dos que participem do fato criminoso'.

Outra mudança que se percebeu foi instituídos como a impunibilidade dos atos preparatórios do crime impossível, tão bem como da tentativa de pena de contravenção. Outro aspecto do Código de 1890 foi a determinação que o indivíduo até os 9 anos era inimputável absolutamente, mas entre 9 e 14 a imputabilidade era relativa. (Zafarroni, Batista, 2011, p. 446-447)

Trouxe novas penas pro código e fazendo uma comunicação com a Constituição da época ao elencar penas como prisão, banimento. Nesse sentido expõe Zaffaroni e Nilo Batista (2011, p. 448):

Manejava o código as penas de prisão celular, banimento- logo proscrita pela Constituição de 1891-, reclusão, prisão em trabalho, prisão disciplinar, interdição, suspensão ou perda do emprego público, inabilitação para o emprego público e multa (art.43)

Isso ocorre no contexto histórico da assunção burguesa que influencia na implantação das penas e das reformas do código, sem conseguir afastar a retribuição que leva a humilhação e a segregação por carregar ainda o costume de escravizar o outro e o colocar em situação inferior.

No contexto do êxodo escravista das senzalas para as favelas, que já eram vistos como criminalizados, havia imposição de delimitação territorial de onde deveriam morar burgueses e marginalizados, deixando clara segregação social. E, mesmo que mínima, a demonstração de divergência desse pensamento era tida como delituosa, até mesmo para quem trabalhava nas fábricas da época e tinham que se portar diante de padrão de comportamento admitido como socialmente aceito, caso

tivesse opiniões divergentes, como igualdade social e regional, seria tido como marginalizado, uma criminalização secundária (ZAFFARONI, BATISTA, 2011, p.457).

Mas esse código durou pouco porque logo vem o governo de Getúlio Vargas, que vai realizar modificações pontuais. Foi inspirado no Código de Rocco, o código que segue até hoje manteve propostas como “as penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples, esta última especificamente para fatos contravencionais)” (BOSCHI,2014, p.123). E além de manter a pena de multa, agora poderia cumular com pena de medida de segurança para doentes mentais.

Surge em seguida o Código Penal de 1940, quem vem em meio a ideias revolucionárias, e trazendo uma carga do pensamento das escolas positivistas. Neste contexto, o mundo estava em ascensão industrial e incessante busca por matéria-prima, fazendo com que ocorressem diversas medidas de proteção à indústria brasileira. Com isso surge também a classe operária que fez parte de um cenário político e econômico. A criação de leis trabalhistas e previdenciárias também marcam essa época. (Zaffaroni , Batista, 2011, p. 460-461)

Com a evolução industrial, ocorreu a criação de novos crimes, um deles os autores Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2011, p.462) retratam em sua obra, “a criminalização da vadiagem é quase um dado estrutural do capitalismo industrial e portanto não poderia estar ausente na conjuntura”.

Nessa mesma época foi criado o Decreto-Lei nº 3.689, que instituiu o novo código de processo penal em de outubro de 1941. Com isso, o código penal já existente se adequou a época, já que as áreas rurais eram mais povoadas e a violência da cidade era pouca, assim o código foi efetivo à época, e só vai sentir aumento nos índices de criminalidade depois. A instituição do Estado Novo, de caráter ditatorial, manteve o código penal de 1940 mas houveram alterações. Uma das alterações foi para que um delegado da época fosse beneficiado. (BOSCHI, 2014, p.123)

O autor José Pagnella Boschi (2014, p.123) aborda o fato em sua obra:

Assim, procurando camuflar a finalidade de beneficiar diretamente o Delegado Fleury, do DOPS paulista, que havia sido acusado e pronunciado por crime doloso contra a vida, o governo obteve a aprovação da Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, que rompeu com o princípio da prisão obrigatória

por efeito de pronúncia e passou a permitir que os acusados primários e de bons antecedentes aguardassem o julgamento do processo pelo Júri em regime de liberdade plena.

Mas tais alterações, mesmo de forma interessada, conseguem transformar as normas em humanizadas e garantistas e não mais focando na justiça vingativa e violenta, adotou critérios de responsabilidade com culpabilidade, mesmo que ocorresse ainda previsão de responsabilidade objetiva. Assim, o direito penal brasileiro dará início a uma nova caminhada.

Verificou-se uma importante criação, que tratava da embriaguez, responsabilizando quem comete crime nessas condições. Em seu artigo 24 previu que “não excluem a responsabilidade penal: I- a emoção e a paixão; II- a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool, ou substância de efeitos análogos”, sendo assim acolheu a teoria “*actio libera in causa*”, punindo quem atuava sob efeito de substância, levando a punição ao momento que o indivíduo se embriagou e não mais ao momento da efetivação de tal crime. (SANTOS, 2010, p.141).

Observa-se a inclusão de um parágrafo no Código Penal, que inclui o direito de o preso em flagrante a liberdade provisória: “*Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)*”. Esse parágrafo foi acrescido pela Lei nº 6.416 de 1977, que inseriu também os estabelecimentos penais semi-abertos e abertos, de que é espécie a prisão-albergue. (BOSCHI, 2013, p.123-124)

Outra inovação foi a instituição das medidas de segurança associada com a pena, na qual levava o réu absolvido a aplicação da medida. (SANTOS, 2010, p.142) Com isso observa-se os traços autoritários presentes nesse código, o que chegava a ferir a garantia constitucional que aboliu a pena perpétua nos casos de cominação das penas em concurso, além de que tal medida não tinha prazo determinado.

Traz ainda texto de lei que fere claramente a legalidade, a individualização das penas e imparcialidade do juiz em seu artigo 77, ao possibilitar a análise equitativa do juiz da personalidade e antecedentes, bem como motivos e circunstâncias do crime, com intuito de que ele puna o sujeito a fim de evitar que ele

volte a cometer o mesmo delito. Além disso, dá azo ao juiz para aplicar de forma discricionária a medida de segurança e sua execução.(SANTOS, 2010, p.142)

Utiliza o argumento de proteção social, evitando que o cometimento de crimes e cada vez mais o aumento de delinquentes, o que foi política falida pois cada vez mais aumentavam as massas populares com baixa renda e com isso as insatisfações políticas, surgindo um novo conceito de delinquente, aquele que era marginalizado e oposição ao governo. (SANTOS, 2010, p.143)

Já caminhando de uma história de escravidão e exclusão social do negro e do homem de baixa renda, a classe alta brasileira buscava cada vez mais segregar e conceituar o inimigo, aquele que não se encaixa socialmente, devendo ser preso e mantido longe do “cidadão de bem”. Assim, a medida de segurança e a prisão preventiva, seriam meios de de manter esses indivíduos afastados, quem cometesse crime, dificilmente seria considerado inocente pois o código Penal insititui a responsabilidade objetiva. (SANTOS, 2010, p.144).

O advento da Lei 7.209 e da Lei nº 7.210/84 trouxe novas ideias ao ordenamento brasileiro, com valorização da retribuição a prevenção e ressocialização do condenado. Esse entendimento tem bases na teoria geral do delito com origem europeia e surge para eliminar o sistema duplo binário, que servia para cumular penas de medida de segurança com penas privativas de liberdade, mantendo apenas nos casos de agente com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. (BOSCHI, 2013, p.124)

Anteriormente, em 1961, foi solicitado a Nelson Hungria, Helio Tornaghi e Roberto Lyra, a elaboração de anteprojetos de Código Penal, esse anteprojeto continha 391 artigos, foram incorporadas temas como a incorporação indireta do suicídio, aborto por motivo de honra, genocídio, exposição ou abandono de recém nascido por motivo de honra, embriaguez ao volante, perigo resultante de violação de regra de transito, fuga após o acidente de trânsito, ofensa contra memória dos mortos, o que reduziria a hipótese de calúnia. (ZAFFARONI, BATISTA, 2011, p.479)

O que se pode observar desse Código, é uma tendência maior a criminalização, e não uma redução das condutas criminosas que vise o abolicionismo.

Mas cada vez que evoluíamos o legislador buscava criminalizar mais condutas, a fim de proteger a sociedade.

2.3 FINALIDADES

Ao tratar das finalidades da pena, é essencial mencionar o entendimento que visa justificar a existência da pena, com métodos e fundamentos que a legitime. A teoria legitimadora do poder punitivo visa justificar a essencialidade da pena e do direito penal para sociedade e entende que eles são objeto de proteção de bens jurídicos e vias de coerção social. (COELHO, 2009, p.21) Diante disso, compreende-se que as teorias que legitimam o direito são as de prevenção geral positiva e negativa e de prevenção especial, absolutas de retribuição moral e jurídica.

Em busca de encontrar um sentido para a pena, diversos autores construíram teoria e classificações para determinar em que se fundava a pena. Diante de uma necessidade de compreender o porque da aplicação da pena e quais a finalidade disso. Assim podemos verificar que o maior interesse social é a proteção dos bens jurídicos, os bens materiais e imateriais, como a vida, saúde, o meio ambiente, a personalidade, o patrimônio. Assim o doutrinador Anibal Bruno determina que a finalidade da pena é “ a defesa social pela proteção de bens jurídicos considerados essenciais à manutenção da convivência. É este o fim do Direito Penal, e o instrumento de que ele se vale para atingi-lo é a pena” (KUEHNE, 2011, p.24)

Além desse conceito atribuído observa-se que a pena deve preservar os bens jurídicos e a defesa social, mas tem intuito também de ressocialização do sujeito delinquente, para que ele não volte a cometer crimes e que seja reinserido na sociedade, atingindo finalidade de prevenção especial e geral, nas quais, a primeira significa dizer que o ocorrerá retribuição do mal cometido, e a segunda, significa dizer que busca evitar a prática reiterada de crimes. (COELHO, 2009, P.28-29)

Deve-se ressaltar que diante a proteção aos bens jurídicos, necessitamos assegurar o Estado democrático de direito, não violando as liberdades de escolha do ser humano, já que a intenção do direito penal não é reprimir e sim controlar violações a bens jurídicos.

Em relação ao tema, Foucault (1987), demonstra que houveram mudanças na aplicação das punições porque passou-se a valorizar o patrimônio, o dinheiro antes de se pensar em uma sociedade que valorizam os direitos humanos, concordando assim com penas mais amenas para que não ocorresse uma comparação de seus atos com os atos criminosos, conseguindo também uma forma de castigar que abrangesse toda a sociedade.

A pena como retribuição é a mais antiga, desde o homem primitivo existiu que essa pena era utilizada para fins de retribuir o mesmo mau que lhe foi causado. A pena como expiação, lembrando as torturas e incoerências das punições medievais, a caça as bruxas, já como compensação da culpabilidade, instiga a vingança do homem que já é compreendida desde os homens primitivos (SANTOS, 2017, p.423)

Diante disso se passa a analisar teorias que legitimam o direito penal como fonte de proteção humana. A primeira delas é a Teoria Absoluta, que também são conhecidas como retributivas, ou seja, a pena é um fim em si mesmo. Penas nas quais o estado compensa um mal cometido por alguém com uma pena justa. Isso surge na Idade Média, quando o poder estatal era dominado pela Igreja e se baseava na representação divina na terra. Expõe o autor Alexandre Dourado (2015):

A expansão burguesa exigiu a implementação de meios de proteção do capital, e, com o mercantilismo inicia-se o debilitamento do Estado absoluto: revisão da vinculação Estado-soberano e surgimento do Estado burguês pautado na teoria contratualista. Nesta concepção, impróprio se faz o fundamento da pena na identidade entre Deus e soberano, religião e Estado, passando a ser concebida como retribuição à perturbação jurídico-social, necessária para restauração da ordem.

Essa teoria visa atribuir castigo ao delinquente, para que ele arque com os maus causados e por meio de uma pena ele possa pagar os pegados diante da igreja.

Para Kant a definição de pena é determinada pela concepção contratualista, que determina a privação de determinados direitos, cedendo tutela ao Estado, para que ele regule e se dê o bem comum. Diante disso, caso ocorra descumprimento das normas impostas pelo Estado, ocorreria uma violação no contrato social, surgindo assim a pena privativa de liberdade, pois que não possuía condições de arcar financeiramente seria preso. Sendo assim, servia como sanção a

pena privativa. A pena retributiva para Kant se fundava na moral, no imperativo categórico. (DOURADO, 2015)

Já na concepção de Hegel, tratava-se racionalmente de uma resposta estatal no momento de concretização das normas. Diante disso, conclui-se que para Hegel:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. (HEGEL apud, PRADO, 2004, p.2)

O que se observa no pensamento de Hegel é a indicação de que o sujeito comete o delito porque nega o ordenamento jurídico e sendo a pena um forma de repressão desse delito, se daria violência para retribuir violência. Por fim se teria uma pena em função de reestabelecer o direito. Para Hegel acontece a negação da negação. Sendo a retribuição uma reafirmação da racionalidade do Direito, contendo a irracionalidade de quem comete práticas delitivas.

Existe também, as teorias relativas que apresentam pensamentos de utilidade, ou seja, as pessoas dependem das penas para prevenir crimes, com intuito de ressocializar o indivíduo. E isso nos leva a análise das prevenções gerais e especiais, já conceituados em momento anterior.

A prevenção geral surge para alcançar a totalidade dos indivíduos, causando temor e evitando a prática de crimes. É a chamada “prevenção intimidatória”, coagindo psicologicamente os sujeitos (PRADO, 2004, p.3). Se legitima por trazer sensação de confiança, trazendo consciência a população sobre as imposições do direito. A confiança se concretiza com a resposta violenta estatal no intuito de dizimar as práticas criminosas.

Dentro dessas teoria da prevenção geral, termos a prevenção geral positiva, que se dá pela intimidação, uma visão de pena justa e proporcional ao crime cometido. E uma prevenção negativa, na qual o Estado se tornaria autoritário pois não consegue legitimamente intimidar o sujeito na intenção de evitar o cometimento de delitos.(ZAFFARONI, BATISTA, 2011, p.115)

A prevenção especial funda-se na necessidade de uma pena pensada no ser delinquente, visando atingir não uma totalidade como a prevenção geral, mas sim indivíduos específicos. Uma forma de “profilaxia do crime”, onde se busca uma correção completa do sujeito e caso isso não venha a ocorrer, muda o caráter para uma pena de segregação, afastando da sociedade aquele que não venha a se ressocializar. Essa teoria traz ideia de que “pena justa é pena necessária” (PRADO, 2004, p.5).

Mas em contrapartida existem críticas contundentes a serem feitas, como a de que essa segregação fugiria da finalidade real do direito penal como a legalidade, e a proteção a bens jurídicos, além de ferir princípios basilares como dignidade da pessoa humana. Não se pode prever que um indivíduo é um delinquente e aplicar uma sanção antes de ele cometer qualquer crime.(PRADO, 2004, p.5).

A teoria mista une elementos das duas correntes, buscam conjugar o fim de retribuição com a prevenção. Punir a pessoa pelo crime e ao mesmo tempo trazer o temor para evitar reincidência. Essa teoria surge acompanhada de ideias utilitaristas de diferenciação de crime especificando a pena adequada para cada um e carrega um novo sentido de retribuição, já surge relativizando pensamento clássico. (DOURADO, 2015)

O doutrinador que cria a teoria da dialética unificadora é de Claus Roxin, e para ele o legislador precisa sancionar os fatos que atingem bens jurídicos não mais atingindo os indivíduos por “serem perigosos iminentes”. Nesse mesmo sentido, as penas não poderiam ultrapassarem o limite de culpa do indivíduo e a execução será adequada e legítima quando se fundar na ideia de ressocialização (BOSCHI, 2014, p. 104).

Roxin, ao tratar desse tema ao mesmo tempo quer ligar a pena a um conceito de culpabilidade e limitar a atuação desordenada no estado, com intuito de retribuição.

O autor ressalta a importância da teoria de prevenção geral, quando valoriza a necessidade de uma “consciência jurídica” social, para que os sujeitos saibam limitar seus atos visando o bem social. (COELHO, 2009, p.33).

Já, diante de uma concepção da prevenção especial, Roxin diz que a pena causa temor social a fim de prevenir reincidência, e também limita o poder estatal. Além disso, o autor ao acentuar a importância da culpabilidade dá azo a valorização da pena associada com medidas de segurança e retrocede seu pensamento ao tratar a pena como “medida terapêutica”. (COELHO, 2009, p.33).

No Brasil, a aplicação da pena se funda não só na questão da prevenção, como também na retribuição. Em nosso ordenamento a finalidade da pena é de retribuição, prevenção e ressocialização, mas essa finalidade é regulada por princípios balizadores que protegem a humanidade e penas proporcionais. (COELHO, 2009, p. 37-39)

Não se pode pensar em um sistema penal moderno sem que sejam analisadas as garantias fundamentais do ser humano e o Código Penal brasileiro respeita tais princípios, mas mesmo diante de toda proteção constitucional, a sociedade ainda tende a ser vingativa e buscar sempre a retribuição como finalidade penal com intuito de fazer sofrer quem praticou ato delituoso.

Diante o exposto, o autor José Pagnella Boschi (2014, p.106-107) em sua obra sobre aplicação da pena, vem demonstrar como se comporta o legislador brasileiro no âmbito penal e suas finalidades:

O direito penal brasileiro não se coaduna inteiramente com os princípios gerais do garantismo, porque, por meio de suas normas, se maximiza o Estado Penal, em detrimento do Estado Social, e se enfraquecem as liberdades fundamentais, o que é revelador da profunda intolerância oficial, que costuma ver o condenado como o grande inimigo, e não como a grande vítima de um sistema político e econômico desigual, privilegiador e injusto, que não prioriza a educação, a qualificação para o trabalho, o emprego, a moradia, a saúde, etc.

Assim, o autor claramente expõe a realidade prática do ordenamento jurídico brasileiro no momento em que declara a necessidade da valorização de preceitos garantistas que visem a dignidade da pessoa humana e não mais o teor violento de repressão de comportamentos por meio de penas coativas, declara que isso no Brasil ainda se encontra no plano do dever ser.

2.4 DIREITO PENAL DO AUTOR X DIREITO PENAL DO ATO

Alguns doutrinadores consideram que o delito surge de atos e violações do direito que são impulsionados por diversos motivos, e que o direito penal deve proteger a defesa social contra autores de fatos criminosos. Esses delitos, são cometidos por pessoas que atuaram de encontro com o ordenamento jurídico que delimita os comportamentos humanos, então precisam ser punidos por quem são, por serem criminosos e escolherem agir dessa forma.

Nesse sentido, o Estado precisará atuar para controlar tais indivíduos e tolher suas condutas em prol da defesa social. Para Zaffaroni e Pierangeli, (2010, p.88-89) não se pode falar em defesa social sem antes compreender do que se trata o mesmo. Para os autores a defesa seria a proteção de bens que podem ser afetados no futuro, sendo ela uma “prevenção tutelar”, logo essa defesa não possui cunho jurídico. Assim, delimita-se por fim a “defesa social” como segurança jurídica, dando ensejo a uma legislação que limita direitos humanos a fim de alcançar o fim da prevenção.

O direito penal do autor é tido como uma forma corrupta de expressar o direito, uma forma de reprimir a pessoa que cometeu o ato e não o ato em si. Seria uma forma de punir a personalidade do agente, e não o ilícito cometido, a pena se justificaria na repressão desses indivíduos, sendo o delito apenas um espelho no qual é demonstrando o verdadeiro sentido de punir, o criminoso nato. Trata-se de um problema biológico de determinados indivíduos e que deve ser “curado” com o direito penal. Dentro dessa concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2010, p. 107)

O homem que não é capaz de autodeterminação, que não pode escolher o destino de seus atos, é característica do direito penal do autor, que tem seus atos como consequência de uma personalidade perigosa. Vale salientar a opinião dos autores Zaffaroni e Nilo Batista (2011, p.132-133), diante o chamado o chamado Direito Penal do autor:

Para o direito penal do autor identificado como uma divindade impessoal e mecânica, o delito é signo de uma falha em um aparato complexo, mas que não deixa de ser uma complicada peça de outro maior, que é a sociedade. A falha no pequeno mecanismo acarreta um perigo para o mecanismo maior, isto é, indica um estado de periculosidade. As agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados para o reparo ou a neutralização das peças defeituosas. Dentro desta corrente, nem os criminalizados nem os operadores judiciais são pessoas, mas coisas complicadas.

Sendo assim a análise da periculosidade faz parte do direito penal do autor, já o direito penal que analisa a culpabilidade é uma análise do ato, ou seja, direito penal do fato.

A culpabilidade no direito penal do fato diz respeito ao poder de escolha do indivíduo sobre seus atos. E se o ele pode escolher qual caminho seguir, pode também arcar com as consequências, pode ser censurado. A pena será uma forma de retribuir os atos por ele praticados, de acordo com o grau de culpabilidade. Sendo assim o direito penal do fato busca aplicar sanções que irão ressocializar o indivíduo com base no fato.

A análise do autor do crime e não do fato nos leva a utilizar um direito que não é voltado para o garantismo e o viés principiológico do Estado Democrático, na tentativa de punir determinados indivíduos que fazem parte de culturas diferentes ou até mesmo pela seletividade de classe social. O que começa a gerar um “direito penal do inimigo”, ou seja a política de declaração de guerra ao criminoso (BARROS, 2011, p. 55). Percebe-se que o foco nesse caso muda, em vez de punirmos o ato, visa a pena no sujeito que cometeu e violou normas do contrato social para o bem comum.

Nesse sentido podemos associar o Direito Penal do Autor com a teoria de Jakobs sobre a existência de um inimigo. O inimigo nesse caso é a pessoa que tem sua personalidade deturpada e dele não se espera mais do que a desobediência à ordem jurídica. Sendo assim ele deve ser punido pela culpabilidade que será revelada pela habitualidade delitiva e criminosa. O direito penal do inimigo tem três elementos fundamentais, o primeiro é a antecipação da punibilidade. Em segundo lugar ocorre aplicação desproporcional das penas. E em terceiro, nem todas as garantias processuais são cumpridas. Nessa linha de inteligência, Günther Jakobs (2007, p. 35) expõe que:

Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso de criminalidade econômica , da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas da criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo , na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, §30 StGB) se tem afastado, provavelmente , de maneira durona , ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos.

Destarte, o que se precisa entender é que o direito penal do inimigo se baseia na segregação social impondo, a determinadas pessoas, de determinadas classes sociais e que moram em lugares que são taxados de propulsores da periculosidade, o agravamento de suas sanções em relação à outras pessoas, tidas como “normais”.

Esse conceito surge com o aumento significante da criminalidade e nesse contexto o sujeito decide colocar em segundo plano as ideias de garantias constitucionais de valorização da dignidade da pessoa humana e direitos humanos, para que sejam asseguradas a segurança da população, na busca por dar fim a criminalidade, se criam também novos crimes mais severos.

Diante das transformações ocorridas no ordenamento observa-se três fases do direito penal do inimigo, a primeira surge em contexto de uma grande valorização das garantias fundamentais com a criação da pena de prisão, em detrimento das antigas penas de castigo que existiam. Nesse momento nota-se, Direito Penal puro, baseando sempre nas garantias fundamentais do indivíduo com as penas privativa de liberdade, pondo limites ao poder estatal com isso torna a chegada desse direito penal do inimigo, propriamente dito, mais lento. (COSTA, 2017, p. 12)

Em um segundo momento, observa-se a aplicação das penas de multa e restritivas de direitos, garantindo direito fundamentais, mas afastando certas garantias processuais, levando a um contexto de que quando se aplicavam penas privativas de liberdade os princípios constitucionais eram aplicados vigorosamente,

dando maior lentidão aos processos, mas se tratando de penas restritivas de direito e multa, essas garantias eram relativizadas, por se tratarem de penas mais brandas. (COSTA, 2017, p.13) Como exemplificado no texto abaixo:

Um exemplo claro dessa velocidade são os Juizados Especiais Criminais, presente na Lei 9.099 de 1995, tendo preferência as penas não privativas de liberdade mas havendo também a relativização das garantias, tais como, o contraditório. Outro exemplo é a Lei de Drogas, em seu artigo 28, onde não se aplica pena privativa de liberdade no caso de, a droga ser destinada ao uso pessoal, ocorrendo a despenalização. (COSTA, 2017, p.13)

Ao dar seguimento às transformações, se chega ao momento de aplicação de penas privativas de liberdade, mas limitando garantias ao mesmo tempo, e é no contexto de grande temor social e necessidade de segregação do “inimigo” que se coloca em pauta essa transformação. Com punições mais gravosas com intuito de super-protetor a sociedade de possíveis ataques de terrorismo, guerra as drogas, iminentes riscos, no qual a sociedade prefere privar seus direitos fundamentais de livre arbítrio para que haja uma proteção mais eficaz só bens jurídicos. (COSTA, 2017, p.15)

No presente contexto histórico, de super proteção social que surge a teoria de Jakobs do direito penal de inimigo, trazendo características como: antecipação da punibilidade do indivíduo, desproporcionalidade das penas, e relativização das garantias. Iniciando do processo de segregação social entre inimigos que violaram as normas do contrato social e causam riscos as vidas dos cidadãos comuns, passando a punição alcançar o risco que ele causa da população.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADO A DOSIMETRIA DA PENA E O GARANTISMO PENAL

3.1. Legalidade

O neoconstitucionalismo trouxe uma releitura do ordenamento jurídico pátrio a partir da determinação da força normativa dos princípios. A superação do positivismo jurídico e a supremacia do texto constitucional acarretou em uma mudança na tarefa dos intérpretes do Direito, pois os direitos e garantias postulados na Constituição Federal da República de 1988, passaram a ser interpretados à luz de valores fundamentais.

Através de um sistema de proteção jurídica, a Carta Magna estabelece garantias constitucionais – medidas assecuratórias de conteúdo processual – para garantir a efetivação e concretização de direitos fundamentais. O garantismo constitucional, ao incorporar princípios como a pessoalidade, intervenção mínima, individualização das penas, a legalidade, dentre outros, consagrou uma mudança de paradigma do Direito Penal do Inimigo, já que a interpretação jurídica ganhou novos contornos valorativos das normas infraconstitucionais em face da supremacia Constituição.

Diante dos objetivos do presente trabalho, destaca-se, nesse contexto, os princípios da legalidade, individualização das penas, humanização das penas e a proporcionalidade de modo a demonstrar a contribuição desses para análise da vedação ao julgamento das circunstâncias subjetivas elencadas no artigo 59 do Código Penal. A abordagem principiológica visa fundamentar as razões pelas quais é necessário, nessa situação, limitar a interpretação arbitrária por parte do magistrado, posto que não compete aos profissionais do Direito analisar a personalidade do indivíduo dado que tal ciência não se ocupa em estudar tecnicamente esse assunto.

O princípio da legalidade, ou princípio da reserva legal, pode ser extraído do art. 5º XXXIX e XL da Constituição Federal. Tal postulado determina que não há

crime sem lei anterior que o defina ou pena sem prévia cominação legal. Em outras palavras, nenhuma conduta pode ser punida, ou considerada ilícito criminoso sem lei prévia que venha definir que aquele ato ou fato seja proibido. Constata-se como legalidade, a atuação estatal sempre em conformidade com as normas vigentes. (BONAVIDES, 2011, p.120)

O autor Feuerbach, criou o uma teoria de prevenção geral, ao determinar um postulado “*Nullum crime e nulla poena, sine previa lege*”, no qual ele determina que sem crime e pena já impostos por lei, não haveria assim um crime. (LUISI, 2003, p.20) Isso é basicamente a premissa do princípio da legalidade, não podendo haver uma sanção por fato não tipificando anteriormente.

Para melhor esclarecimento acerca deste princípio, necessário se faz destacar em que contexto-histórico esse surgiu. Para uma parte da doutrina, como Vincenzo Manzini a sua origem se deu no Direito Romano. Por outro lado, Nelson Hungria e J. Frederico Marques, divergem alegando que tal princípio foi oriundo na Idade Média. Em análise a controvérsia estabelecida, é possível perceber a existência de preceitos relativos ao princípio desde o Digesto Romano que demonstra, já nesta época que se a pena não é imposta, os direitos dos cidadãos devem ser respeitados e mantidos até o fim. (LUISI, 2003, p.18)

A corrente defensora do entendimento acerca da origem deste princípio se deu na Idade Média, acredita que o instituto surgiu no Direito Ibérico. Nesse sentido, assevera J. Frederico Marques:

(...) nas Cortes de Leão em 1861 declara Afonso IX, sob juramento, que não procederá contra pessoa e a propriedade de seu súbito, enquanto não fosse chamado perante a cúria. E nas Cortes de Valladolid foi proclamado em 1219 que ninguém podia ser privado da vida e da propriedade de enquanto a sua causa não for apreciada segundo o Fuero e o Direito. Em 1351 essas mesmas cortes pediram a Dom Pedro I que ninguém fosse executado ou preso sem investigação do Foro e do direito a que cedeu o rei. (MARQUES apud LUISI, 2003, p. 19)

No século XVIII, ou “Século das Luzes”, em um período de profundas mudanças no campo da ciência, da cultura e de reestruturação social na Europa, o princípio da reserva legal fundamentou-se na teoria do contrato social. Rousseau teve significativa importância para a construção do pensamento acerca do Estado como organizador da sociedade civil. Para a preservação concomitante do bem-estar, da segurança e da liberdade natural do homem era necessário um contrato social, por

meio do qual prevaleceria a soberania da vontade do povo que acabaria por determinar ações estatais, dado que os governantes apenas teriam o dever de respeitar costumes, a propriedade e a vontade popular. Portanto, prevaleceria assim a soberania política da vontade coletiva. (LUIZI, 2003, p. 19-21)

Nesse cenário do Iluminismo houve o crescimento na proteção dos direitos do homem e aumento da limitação do poder estatal de ingerências nas liberdades e garantias individuais, o que possibilitou aos indivíduos lutar contra o absolutismo monárquico. A legalidade, nesse contexto, propôs-se a combater o autoritarismo estatal e a refutar a antiga ordem social, de modo a proteger os direitos civis e as liberdades individuais, a propriedade, visando a defesa da igualdade formal. Nesse sentido, corrobora o entendimento do doutrinador Paulo Bonavides (2011, p. 121):

Princípio de legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Por outro lado, autores como Nelson Hungria, Rogério Greco, entendem que o marco histórico que delimitou o surgimento do princípio da legalidade foi a Magna Carta inglesa que inaugurou o movimento constitucionalista, fruto dos ideários iluministas do século XVIII. (GRECO, 2019, p.144-145) O diploma normativo em seu art. 39 preceitua que:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País. (Magna Carta Inglesa, 1215, editada ao tempo do Rei João sem Terra, Art. 39).

Nesta acepção, os autores que compactuam com esse pensamento, atribuem ao princípio da legalidade a função de evitar arbítrios dos juízes. O autor Luiz Luisi (2003, p.19) esclarece em sua obra *Os Princípios Constitucionais Penais* que tais princípios “sustentam a necessidade de contenção só arbítrio judicial, e a submissão do Juiz a lei, pois só está pode estabelecer o que é antijurídico e a sua sanção”.

Conforme exposto neste esboço histórico, com a queda das monarquias, o princípio da legalidade ganhou maior importância diante da aplicação

das leis, passando a integrar os textos constitucionais e penais. Contudo, um outro marco histórico significativo se deu a partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, ganhando dimensão universal (LUIZI, 2003, p.20).

Imperioso salientar que o princípio da reserva legal faz parte da história do direito penal internacional com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 1789, com afirmativas de que “ninguém pode ser acusado, detido ou preso senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas.” (GRECO, 2019, p.146)

Se faz presente também no art. II, 2 da declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, “ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não foram crimes segundo o direito nacional ou internacional, tampouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão dos delitos” (LUIZI, 2003, p.21).

Após uma análise cronológica acerca do instituto da legalidade, passa-se a uma análise desse princípio frente à Constituição vigente no ordenamento jurídico do Brasil. Ao observar a reserva legal, o que se vê é a limitação de uso de fontes do direito como analogia e costume na aplicação de normas incriminadoras (LUIZI, 2003, P.22) Tal princípio não é vislumbrado exclusivamente na dimensão abstrata do direito material – frente à determinação dos delitos e cominação das penas pelo poder legislativo –, mas também no plano do direito processual e na fase de execução da pena. Nos ensinamentos de Luiz Luisi (2003, p.23):

Registra-se, ainda, que o postulado da reserva legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente fixadas pode ser processado e condenado.

Cumpra salientar, que o princípio da legalidade é corolário da taxatividade, princípio segundo o qual limita legislador, de modo a evitar a discricionariedade arbitrária por parte do intérprete da norma e preservar a segurança jurídica diante da aplicação das leis. Do outro modo, a função do princípio da legalidade restaria esvaziada se utilizado de modo conveniente ao intérprete em virtude de diversas margens de interpretações acerca do texto legal que determina a pena ou o crime. (LUIZI, 2003, p.24-25) Nesse sentido, a tarefa do legislador ao determinar o texto legal é de que a linguagem seja clara e precisa diante do mandamento normativo.

Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. (LUISI, 2003, p.24-25)

No Brasil, esse princípio foi previsto em todos os códigos penais desde 1830. (GRECO, 2019, p.145) Mas, com o advento da Constituição de 1988 se efetivou de modo a limitar a ingerência estatal nas liberdades e garantias fundamentais, protegendo os cidadãos das arbitrariedades cometidas pelo Estado cerceador de direitos.

Com a inauguração da nova ordem jurídica neoconstitucional imposta pela imperatividade dos princípios, calcada no ideário de isonomia material, o princípio da legalidade também se impõe à atividade legiferante estatal, de modo que a tipificação dos crimes pressupõe a proteção do bem jurídico tutelável – como a vida, a liberdade, a proteção da propriedade, a dignidade sexual – e enfrenta limites, pois a imputação da pena não se fundamenta meramente na vontade do legislador, e sim na concepção de proteção de um valor constitucional, de modo que a sua restrição deve considerar-se uma conduta criminosa. (MARTINS, 2017)

Desse modo, o princípio da legalidade se concretiza na atividade do Legislador ao realizar ponderações no plano abstrato da norma; no plano da Administração ao executar a pena; e, por fim, o Judiciário, quando provocado, apura se houve ponderação nas atividades do Legislativo e Executivo. (MARTINS, 2017)

Por fim, entende-se que o princípio da legalidade é imperioso para proteção do indivíduo em situações de obscuridade da norma, ou contrariedade de interpretações, de modo a evitar o arbítrio do julgador, quando vier a decidir de forma equivocada, eivada de carga emocional ao analisar características subjetivas do indivíduo. Assim, tal pressuposto traz segurança jurídica ao determinar conceitos taxativos, excluindo do campo de apuração dos profissionais do Direito a análise de elementos alheios ao estudo jurídico, como a personalidade do indivíduo.

3.2. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

Não é possível falar do princípio da individualização das penas, sem antes destacar o princípio da pessoalidade. Diante dessa premissa, necessário se faz esclarecer que, de acordo com o princípio da pessoalidade, também chamado de princípio da intranscendência, nenhuma pena pode ultrapassar a pessoa do condenado. (LUIZI, 2003, p.51) Tal assertiva está prevista na Carta Magna em seu art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal¹. Esse postulado existe em virtude da vedação da responsabilização penal por atos de terceiros, posto que esta deve ser individual.

Sabe-se que a pena, seja ela restritiva de direito ou liberdade, acarreta em sofrimento não apenas ao condenado, como a terceiros com quem o mesmo tem vínculo. Desse modo, em muitas situações, a família tem o seu sustento prejudicado por depender da renda do condenado. Por isso, a prática criminosa acarreta em um desequilíbrio econômico para os seus dependentes. Contudo, frente às situações de reparação de eventuais danos causados pela prática criminosa, é possível que, nos termos da lei, a obrigação de reparar seja estendida aos sucessores, de acordo com o artigo supracitado.

No plano normativo, diante dos reflexos causados pela pena a terceiros, como o desequilíbrio econômico financeiro da família do condenado, para suprimir os riscos e danos sofridos, o ordenamento jurídico brasileiro, visando a proteção daqueles que sofrem tais consequências, estabeleceu na Lei de Execuções penais em seu art. 22² no título VI – Assistência Social –, a previsão de auxílio não só a vítima do delito como a família do condenado. (LUIZI, 2003, p.51) Através do benefício assistencial denominado auxílio-reclusão, desde que comprovada a condição do segurado, isto é, considerando que o condenado tenha exercido atividade remunerada e se enquadre como contribuinte obrigatório da previdência social.

¹ Art. 5º Constituição Federal: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas a sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16/03/2019

² Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm > Acesso em: 13/05/2019.

Outro exemplo que evidencia a possibilidade de redução de danos à família do apenado se concretiza no art. 29³, parágrafo 1, alínea b da referida lei. Tal dispositivo traz a previsão acerca do trabalho do preso segundo a qual os proventos do trabalho deste realizados enquanto preso deverá ser transferido para auxiliar a família dependente da sua renda. (LUIZI, 2003, p.51)

Tais situações previstas em lei evidencia a concretização do princípio da personalidade da pena e, por consequência, a individualização da pena visto que busca dirimir os riscos e danos sofridos pela família do preso que não devem arcar com as consequências dos atos alheios à sua responsabilidade.

Tem por foco eleger o indivíduo, mesmo que corréu, para que seja estabelecida pessoalmente qual pena e quais efeitos surtirão com o cometimento de sua conduta. No que concerne a opinião doutrinária, é adequado o pensamento do ilustríssimo jurista Guilherme Nucci (2013, p.38) indica que:

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim possui o enfoque de, evitando estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.

Para Nucci, o princípio serve para despadronizar as decisões, fazendo com que o magistrado adote métodos e fundamente bem sua escolha, a fim de assegurar as garantias constitucionais aos indivíduos. Trata-se assim, da necessidade de distinguir fatos e pessoas dentro de uma cena, tornar pessoal e única uma sanção que antes era generalizada. (SCHMITT, 2017, p.107)

Nesta senda, observa-se conexão deste princípio com a proporcionalidade e isonomia, já que, a pena deverá tratar os desiguais de forma distinta, de acordo com as suas diferenças, afim de assegurar a justiça. Ainda, deverá ser proporcional ao analisar o bem jurídico violado e compreender qual pena retribuirá de forma justa aquele ato. (SCHMITT, 2017, p. 107-108)

Nesta acepção, conforme já exposto, o princípio da individualização da pena calca-se no princípio da intranscendência, o qual se desdobra nos seguintes aspectos: a culpabilidade que determina que a pena deve ser individual e intransferível;

³ Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm > Acesso em: 13/05/2019.

a punibilidade, que determina a dosimetria para cada pessoa, em sua particularidade, levando-se em consideração o caso concreto e grau de rejeição social da conduta criminosa praticada. (RODRIGUES, 2009, p.63)

Na concepção do autor supramencionado, é possível dizer que existem instâncias objetivas e subjetivas no princípio da individualização. Na primeira, analisa-se proporcionalmente a ofensa ao bem jurídico tutelado atingido para que seja fixada a pena em espécie e quantidade. Já na segunda instância, analisa-se subjetivamente a pessoa que cometeu a ofensa para que execute a pena com seus aumentos e diminuições necessárias.

Na Constituição de 1988 existem preceitos que tratam do caráter principiológico da individualização. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XLIX, assegura “aos presos o respeito à integridade física e moral”, bem como que a “natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” deverão ser considerados para a instauração da pena. (LUIZI, 2003, p.55)

Observa-se, dessa forma, o caráter garantista do princípio da individualização da pena, uma vez que visa atender às finalidades buscadas pela pena. Com efeito, para melhor esclarecer as funções da sanção penal – retributiva e ressocializadora –, pertinente se faz destacar o pensamento do autor Luiz Luisi (2003, p. 58) “Nos quadros da nossa orientação constitucional e ordinária pode se entender ter prevalecido o que se poderá chamar de ‘polifuncionalidade’ da sanção penal, ou seja, uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as de reinserção social”.

Com o fito de limitar a intervenção estatal, este princípio constitucional visa amparar a liberdade individual, direito fundamental protegido pela Constituição Federal de 88. De igual modo, tal premissa busca a segurança jurídica e a proporcionalidade diante da tarefa do julgador. Nesse sentido, é o que ensina Rogério Greco (2019, p. 119):

A proteção da vida, por exemplo, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio; um delito praticado a título de dolo terá sua pena maior do que aquele praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado etc.

Portanto, ao individualizar a pena, o julgador está garantindo ao acusado uma pena adequada e proporcional, baseando-se no caso concreto e suas particularidades, para que sua pena não ultrapasse os limites da pessoa do condenado.

Diante o exposto, para que ocorra aplicação desse princípio faz-se necessário analisar, a priori, os artigos 68⁴ e 59⁵ do Código Penal, os quais estabelecem o critério trifásico de aplicação – dosimetria da pena – e as circunstâncias judiciais que definirão a pena base. O princípio garantidor da individualização das penas é aplicado em três etapas e o autor Salo de Carvalho os divide em fase legal, fase judicial e fase de execução. (CARVALHO, 2015, p. 265)

Na dimensão abstrata da norma, o legislador de acordo com os critérios políticos, sociais, econômicos, ideológicos que regem a sociedade da época determinará quais condutas são lícitas ou não, serão os tipos penais incriminadores. (CARVALHO, 2015, p. 265) O legislador enfrenta limites pressupostos na Constituição e, por tal razão, não possui absoluta discricionariedade, pois além de enfrentar limites formais no que concerne ao processo legislativo, enfrenta limites materiais às normas constitucionais.

Dentro do método trifásico de dosimetria da pena, têm-se a seguinte divisão: na fase legislativa ou fase de cominação, busca-se instituir as penas máximas e mínimas para as condutas, isto é, conforme leciona Rogério Greco (2019, p. 119), “É a fase na qual cabe o legislador, de acordo com um critério político, valora os bens

⁴ **Cálculo da pena** Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

⁵ **Concurso material** : Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. § 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. § 2º- Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade”.

Ainda nesta senda, Salo de Carvalho (2015, p. 265) entende que esta fase é tida como uma orientação para o legislador determinar as sanções de forma proporcional e adequada, atribuindo quantidade mínima e máxima de pena para as condutas incriminadas.

Na segunda fase do método trifásico – fase de julgamento –, após serem estabelecidos os mínimos e máximos da pena, será individualizada a pena *in concreto* pelo juiz competente para prolação de sentença. Desse modo, distingue-se as competências dos Poderes Legislativo e Judiciário, considerando os momentos de aplicação do aludido princípio, bem como o papel da Administração Pública no tocante à execução da pena e finalização do processo penal. Todavia, cumpre esclarecer que tanto na fase processual como da execução da pena, os três poderes têm atuação e influência no que concerne a concretização dessa garantia constitucional. (BOSCHI, 2014, p.149)

Na fase de julgamento, utiliza-se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, com análise da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. O magistrado atua apurando o montante concreto da pena a ser fixada ao condenado. Ocorre, aqui, a fase da individualização judiciária, devendo o juiz, com base na proporcionalidade, decidir o quanto ele agrava ou atenua a pena, após a análise das referidas circunstâncias judiciais. (SCHMITT, 2017, p. 110-111)

Não é uma tarefa fácil e consiste em resguardar o “valor individual” de cada indivíduo. Determinar o *quantum* de pena e o regime a ser seguido com base nos artigos que guiam essa aplicação. (SCHMITT, 2017, p.111) Assim, se concretiza a etapa judicial com a pena concreta para cada sujeito.

Diante disso, Salo de Carvalho (2015, p. 265-266) constata que após definidos os destinos de quais condutas serão criminalizadas e prevendo quais as

limitações da pena, a segunda fase da aplicação de individualização será a elaboração da sentença condenatória.

Nela magistrado decide quanto ele aumenta ou diminui da pena a ser aplicada de acordo com as causas de aumento e diminuição expressas na parte geral ou especial do Código – atenuantes e agravantes –, na busca pela concretização da individualização da pena.

Na última fase, executa-se a sanção que foi individualizada pelo magistrado nas etapas anteriores. Isto é, de acordo com o caso concreto, analisa-se individualmente cada réu para que execute a pena. Mesmo que haja mais de um réu com a mesma pena, na hora da execução deve ocorrer diferenciação dependendo das circunstâncias. (NUCCI, 2013, p.40)

Nota-se que, nessa última etapa, deverá ser analisado o comportamento do condenado, afim de verificar sua reabilitação. A finalidade é a aproximação do condenado com a sociedade, para que ele saia reeducado para o convívio social. (SCHMITT, 2017, p.112)

O tempo que o réu leva para adquirir os benefícios, bem como preenchimento dos requisitos para concessão do livramento condicional ou indulto, são colhidos de dados específicos de cada réu. Nesse sentido, segundo Carmen Salinero Alonso (apud Nucci, 2013, p. 36-37):

Os três estágios na concreção e individualização penal, ainda que diversos, estão presididos e mediatizados pela finalidade que se persiga com a imposição da pena. Desse modo, dependendo de quais sejam os fins que se atribuíam à pena nos três momentos – cominação, imposição e execução da pena- a determinação da mesma variará de forma substancial. Isso evidencia que o pressuposto prévio para o sistema e para o conteúdo da determinação da pena é a postura que se mantenha a respeito dos fins da pena, porque somente a partir desse prévio posicionamento poder-se-á desenhar o modelo de determinação penal.

Observa-se, portanto, que esse princípio permite que o juiz tenha discricionariedade adstrita aos limites da lei na aplicação da sanção de acordo com a análise das características do indivíduo no caso concreto. A individualização da pena possui status de princípio constitucional e garante ao réu que ele seja julgado individualmente pelo seu ato, de modo justo e proporcional, evitando a violação à direitos fundamentais, como a liberdade, e desproporção no momento da fixação e

execução da pena. Assim, não é permitido ao magistrado ultrapassar os limites e critérios legais de modo a evitar a decisão evitada de arbitrariedade.

3.3. PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade surge com a intenção de limitar o poder estatal e valorizar os interesses individuais do cidadão. Nesse sentido a atuação do estado deve ser proporcional a garantir as autonomias individuais e ao mesmo tempo garantir o interesse público. (ARAÚJO, 2011, p.143) Assim, a função do Estado é manter o equilíbrio das relações, ao garantir as necessidades da população e atender os anseios dos privados no momentos de conflito de interesses.

Ademais o princípio da proporcionalidade também tem a função de determinar conteúdo dos direitos fundamentais.(ARAÚJO, 2011, p.143) Ocorre uma relação dele com o Direito Penal, principalmente no tratamento as normas incriminadoras, já que há a necessidade de adequação ao intervir na liberdade humana. (COELHO, 2009, p. 81)

O julgamento sentenciado a pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade deve estar afinado com o princípio da proporcionalidade, segundo o qual tem por finalidade precípua aferir a legitimidade material de todos os atos do Poder Público frente à restrição de direitos e garantias individuais. Tal máxima é produto do devido processo legal substancial e está previsto expressamente no artigo 5º da Constituição Federal.

Trata-se de um princípio orientador, o que o difere das demais normas infraconstitucionais pelo seu status de pressuposto da hermenêutica constitucional. Diante disso, Giacomolle (2013, p. 38):

Por ser princípio, serve de horizonte de sentido e contém exigências que, *prima facie*, devem ser realizadas, diferentemente das regras, as quais contêm fixações normativas definitivas (Canotilho). A função de tal princípio, no plano concreto, veda a intervenção arbitrária e excessiva do Estado-Juiz (*übermassverbot*), compatibilizando-se com as exigências de cumprimento das regras processuais pelo Estado, em face da necessidade do processo e da obrigatoriedade de proferir uma decisão e que esta seja cumprida, efetiva

(eficácia da persecução, do processo e da sentença). O grau de maturidade do Estado Democrático de Direito (art.1º,CF) se mede, também, pela aplicação e cumprimento das regras estabelecidas.

Tem por função a proteção social contra os arbítrios estatais e intervenções em excesso, quando em determinadas situações o ente estatal ou órgão da administração pública agir em desconformidade ao interesse público, atingindo a esfera privada do indivíduo, o que pode desvirtuar os fins da aplicação do direito em questão.

É um princípio implícito na Constituição Federal e muitas vezes confundido com o Princípio da Isonomia, sendo assim, afirma George Marmelstein (2014, p.399) “o mandamento de igualdade é o fundamento jurídico do princípio da proporcionalidade”. Trata-se de um princípio que se caracteriza como critério de postulação para aplicação de outras normas, pela presunção de uma relação de adequação entre os fins que se buscam e os meios que são utilizados para alcançá-los (Marmelstein, 2014, p.399)

Em contraposição, o princípio da proporcionalidade, se aplicado em sua literalidade será utilizado em determinadas situações para restringir a isonomia, ou seja, tratar os desiguais de forma diferenciada a fim de equiparar o *status quo* das pessoas e reduzir as desigualdade. Nesse sentido Marmenlstein(2014, p. 399):

Portanto o que a Constituição proíbe não é a discriminação em si, mas a discriminação desproporcional. Logo, é possível limitar o direito de igualdade, devendo contudo, qualquer tratamento desigual ou diferenciado ser justificado através de uma argumentação convincente, pautada na proporcionalidade.

Na concepção de Muller, o princípio da proporcionalidade deverá ser seguido tanto pelos detentores do poder, como pelos sujeitos que serão comandados por este poder. Ele entende que existe uma relação direta entre os fins determinados e os meios utilizados para alcançar tais fins. Sendo assim, haverá violação ao princípio da proporcionalidade quando os meios utilizados para o alcance do fim desejado não são apropriados. (BONAVIDES, p.275)

Com o estudo na busca pelo caminho correto a se seguir surge para Brainbant um terceiro elemento, além do fim e do meio, que seria a situação de fato. E esse terceiro elemento vai estabelecer um tripé na aplicação

do princípio, com fim de corrigir as lacunas que surge com a dualidade entre fim e meio. (BONAVIDES, p.276).

Na aplicação do princípio da proporcionalidade é de extrema importância identificar as suas subdivisões: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O sub princípio da adequação consiste na averiguação do meio a ser perseguido, de forma mais adequada, para o alcance da finalidade pretendida (BONAVIDES, p.279). A relação meio-fim deverá ser a melhor forma de valorar a proporcionalidade. Assim, “um meio será considerado adequado quando for considerado apto a alcançar o resultado pretendido, ou quando a utilização deste meio, se não almejar o alcance do objetivo, ao menos, fomenta sua realização.” (ARAÚJO, 2011, P.145)

O sub princípio da necessidade infere-se que a medida a ser escolhida para se alcance do meio deverá ser aquela que em menor escala restringe direitos. A norma ou direito que irá sofrer relativização, na situação de conflito de interesses, deverá ser restringido com visão de alcançar o bem maior. (BONAVIDES, P. 279) Assim, deve-se alcançar os fins pretendidos ponderando a violação dos direitos envolvidos. Nessa esteira, o autor Fábio Roque de Araújo (2011, P.147) entende que:

Consoante a idéia de necessidade (exigibilidade), o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Sendo certo que o exame da proporcionalidade objetiva limitar a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, é relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão.

Por fim se chega ao terceiro critério, que é a proporcionalidade *strictu sensu*, ou proporcionalidade propriamente dita, sendo utilizadas medidas que não excedam os consectários lógicos legais e indispensáveis para alcance de um fim legítimo, medida admitida e necessária. (Bonavides, p.280)

A terceira subclassificação visa analisar as formas de alcance da finalidade pretendida, sem que haja utilização de meios incisivos que gerem restrições ou supressão de direitos. As medidas adotadas, portanto, devem ser efetivas, de modo a justificar a decisão adotada.

O 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja, juridicamente a melhor possível. Isso significa, que acima de tudo, que não se fira o 'conteúdo essencial' (Wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens. (FILHO, 2002, p.88)

Por fim, entende-se que o princípio traz o postulado da limitação mínima das liberdades individuais na ponderação dos conflitos envolvendo crime, com intuito de atingir um fim sem suprimir em absoluto a autonomia do indivíduo. Assim, ocorre um sopesamento de princípios, por meio do sistema de freios e contrapesos, adequando os meios e analisando as necessidades no caso concreto.

3.4 HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

A busca pela humanização das penas sempre esteve presente no Direito Penal, como se observou no breve relato histórico das penas. Tem-se uma maior valorização da humanidade da pena após o iluminismo penal, a evolução do direito penal nos leva a sair de penas cruéis como a tortura e a pena de morte, para penas privativas de liberdade e penas alternativas. (PRADO, 2008, p.8)

O princípio da humanização das penas traz uma ideia de racionalidade a pena, com intuito que ela seja compatível com o ser humano, não perdendo sua intenção de retribuição mas também valorizando as características do homem como ser social. A pena precisa, nesse caso, ser racional e proporcional para que atinja o cidadão e o puna em retribuição ao delito cometido, mas sem perder seu caráter humanitário e sem ferir sua dignidade. (BATISTA, 2007, p.99)

Nesse sentido, não se pode afirmar que toda pena tem caráter vingativo, ou seja, intuito apenas de punir quem comete o ilícito, pois isso seria o oposto de racionalidade e o determinado princípio surge para que esse racionalidade seja assegurada.

Já se tratando da proporcionalidade, o autor Nilo Batista, aborda que o princípio traz consigo também essa característica, já que busca em sua essência

limitar penas desproporcionais, como por exemplo as penas de caráter perpétuo. (BATISTA,2007, p.101)

O instituto foi fundamental na criação do Estado Democrático de Direito⁶, que surge com base no constitucionalismo⁷ que vem buscar a promoção da dignidade do indivíduo e promover justiça social com a redução das desigualdades.

“A negação das práticas punitivas inquisitórias será um dos valores centrais cultivados pelo constitucionalismo brasileiro, pois é nitidamente relacionado com os valores de tutela dos direitos individuais.” (CARVALHO, 2015, p.268) Nesse sentido, se fez presente um caráter humanitário e garantista ao ordenamento jurídico pátrio, postulando uma pena coerente e proporcional àquele que foi condenado.

Nesta mesma Constituição surge a vedação de penas desumanas como a pena de morte, com previsão constitucional apenas em caráter excepcional, “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (art. 5.º, XLVII, CF).” (BRASIL, 1988) Consagrando o princípio da humanização das penas e dignidade do homem.

A pena de morte era aplicada para crimes comuns durante o Brasil Imperial. Diante das injustiças trazidas com tal penalidade, esta tornou-se obsoleta, caindo em desuso ainda que constitucionalmente prevista. Sua aplicação volta a ocorrer no país nos períodos totalitários do Estado Novo (1937) e Ditadura Militar (1964). (ANDRADE, ET. AL., 2015).

Custa salienta, que o princípio da humanização não tem previsão apenas na CF, sendo previsto também na Convenção Americana de Direitos Humanos, no qual o Brasil é signatário. Esses tratados internacionais são equiparados a Constituição e acabam por ampliar a Carta Magna, isso com o advento da Emenda Constitucional nº 45⁸ de 2004, que certificou que os tratados e convenções

⁶ Art. 1º, Inc. III, CF

⁷ CONSTITUCIONALISMO: Toda a caracterização do Constitucionalismo ao longo da história se funda na pluralidade de teorizações e práticas jurídicas construídas em torno do pressuposto de limitar os poderes do Estado e defender os direitos fundamentais do ser humano. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo> > Acesso em: 14/05/2019.

⁸ A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 30 de dezembro de 2004, tem por característica central a realização da chamada *reforma do judiciário*, que traz temas importantes a serem debatidos na doutrina e nos tribunais como, por exemplo, a ampliação da competência da justiça do trabalho, a consagração do *princípio do direito à razoável duração do processo* e a instalação do Conselho Nacional de Justiça. Dentre estes temas, encontra-se o novo § 3º do artigo 5º, que inaugura a possibilidade de se conferir *status* constitucional a tratados de direitos humanos mediante procedimento legislativo. Disponível em: <

internacionais aprovados com quórum de emenda constitucionais serão equivalentes a normas constitucionais.

Nesta esteira, com a Universalização dos Direitos do Homem e do Cidadão, a valorização da dignidade se tornou uma característica irrenunciável e indisponível. Uma pessoa detém direitos fundamentais intrínsecos a condição humana, que não podem ser violados e restringidos pela soberania estatal.

Dessa forma, pode-se concluir que a dignidade humana delimita o poder de atuação do estado, sendo o respeito a este princípio condição para a existência de um Estado Democrático e para a legitimidade do exercício do poder estatal, pois este deve respeitar e garantir a primazia dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas lesivas a estes. (OLIVEIRA, 2014, p. 28)

O princípio da humanidade caracteriza-se por defender que “o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados” (BITENCOURT, 2019, p.75). Ou seja, aquele que comete delito, não poderá ser sancionado com pena que viole sua dignidade.

O que se pode questionar é se a aplicação desse princípio ocorre no ordenamento jurídico de forma efetiva. O autor Cristiano Rodrigues, demonstra em sua obra *Temas Controvertidos de Direito Penal* que a aplicação do princípio da individualização é concreta e não apenas normas programáticas, assim, dão ensejo a uma série de questões como a aplicação das penas privativas de liberdade e sua relação com a humanização das penas. (RODRIGUES, 2009, p. 30-31)

Diante das normas do Ordenamento Jurídico pátrio, não se pode afirmar que há violação direta aos direitos fundamentais, mas ao analisar o sistema carcerário do país se chega à conclusão que em alguns aspectos há uma clara violação da dignidade humana e exposição do indivíduo a condições precárias. Exemplos que comprovam esta situação degradante estão contidos em manchetes de periódicos como no site Instituto terra, trabalho e cidadania, no qual há demonstrações de como o sistema carcerário é precário. Aparece nas buscas, manchetes como: “Sistema carcerário gera mais violência dentro e fora das prisões” e “CIDH⁹ realiza audiência pública para investigar violações de direitos humanos nos presídios do Brasil.”

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1334 > Acesso em: 14/05/2019.

⁹Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A superlotação nas prisões provocam a condições de insalubridade, além de um ambiente que pode gerar inúmeras doenças como problemas respiratórios, infecção decorrentes da má higiene, desnutrição e anemia pela má alimentação, além do acesso ao uso de drogas em muitos presídios, que fazem com que os detentos se utilizem como meio de fuga para as condições em que se encontram.

Sendo assim, conclui-se que, o sistema carcerário do país está em desacordo com as normas nacionais e tratados internacionais que visam a proteção da dignidade humana. Diante o exposto, o autor Juarez Cirino dos Santos (2017, p.32), aborda que a função do princípio da humanidade não é apenas garantir a proibição de penas cruéis aos sujeitos, mas também coibir a execução das penas de forma desumana e indigna, daí se leva em conta as condições dos presídios. Ademais, critica também o Regime Disciplinar Diferenciado¹⁰, alegando que deve haver declaração de inconstitucionalidade do regime.

Outro ponto importante em relação a violações ao princípio da humanização é a brecha deixada na Constituição sobre a pena de morte em casos de guerra declarada. O que se via no âmbito jurídico nacional desde 1981 era a abolição da pena capital, mas com o advento do período de ditadura militar houveram algumas mudanças como a tentativa de reintrodução da pena de morte na Constituição de 1937, que a previa no caso de crimes políticos e para homicídios qualificados por motivo fútil ou praticado em requintes de crueldade. Com a constituição de 1967, havia a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada, já a Constituição de 1988 mantém a mesma proibição. (CARVALHO, 2015, p. 271)

¹⁰O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), disposto no artigo 52 da LEP (Lei de Execução Penal) é uma forma especial de cumprimento da pena no regime fechado, que consiste na permanência do presidiário (provisório ou condenado) em cela individual, com limitações ao direito de visita e do direito de saída da cela. Quanto à natureza, o aludido regime pode ser exposto de duas formas, ou seja, como uma **sanção disciplinar** (art. 52, caput), ou como **medida cautelar** (art. 52, § 1 e § 2). A sanção disciplinar é estabelecida quando o condenado comete fato entendido como crime doloso que ocasione a desordem e a indisciplina no presídio. Já a medida cautelar se trata de quando o condenado apresente alto risco para ordem e segurança da casa prisional, bem como para a sociedade, além das suspeitas que recaiam sobre um possível envolvimento em organização ou associação criminosa (art. 288 do CP). Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/432801474/entenda-como-funciona-o-regime-disciplinar-diferenciado> > Acesso em: 14/05/2019.

O argumento mais comum utilizado para manutenção das penas de morte é a “justa retribuição, a defesa social” mas esse argumento foi perdendo força e passando a ser vista com caráter utilitário. (FERRAJOLI, p.312) A vedação da pena capital apresenta-se como uma forma de garantir a dignidade da pessoa humana, assegurando um aspecto garantista da República, que no âmbito do direito penal orienta práticas punitivas de redução de danos. (CARVALHO, 2015, p. 271) Por outro lado, a existência de uma sanção desse tipo vai de encontro ao princípio da humanidade e demonstra um regresso diante das conquistas relativas a proteção dos direitos humanos.

Ora, se a própria Declaração Universal dos Direitos do Humanos, à qual o Brasil e grande parte dos países do mundo são signatários, traz expresso em seu artigo primeiro que todo ser humano tem direito à vida, é inaceitável um ordenamento jurídico admitir que o Estado, seja em que situação for, retire a vida de uma pessoa, pois desta forma estaria se permitindo uma violação direta do primeiro e mais importante Direito Humano Fundamental, qual seja, o Direito a vida. (RODRIGUES, 2009, p. 32)

Além das penas privativas de liberdades existem medidas de segurança que serão sanções aplicáveis aos inimputáveis, adolescente e portadores de doenças psicológicas caso comente fato típico. Nesse sentido, se observa que essas medidas de segurança não serão limitadas temporalmente, sendo assim, apenas cessa a aplicação da medida de segurança quando determinada inexistente a periculosidade. (CARVALHO, 2015, p.269-270)

De acordo com o referido diploma legal, a medida de segurança de internação só era cessada, quer fosse cumprida em casa de custódia e tratamento ou manicômio judiciário, se fosse constatada pela perícia e após ouvidos o Ministério Público e o diretor do estabelecimento, conforme preceitua o artigo 91, §4^o¹¹. Posto isto, cessada a periculosidade do indivíduo, era determinado o período de prova de um ano, durante o qual permanecia submetido à liberdade vigiada e, nos casos em que a periculosidade persistisse, procedia-

¹¹Art. 91. O agente isento de pena, nos termos do art. 22, é internado em manicômio judiciário. § 1º A duração da internação é, no mínimo: I - de seis anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a doze anos; II - de três anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a oito anos; III - de dois anos, se a pena privativa de liberdade, cominada ao crime, é, no mínimo, de um ano; IV - de um ano, nos outros casos (BRASIL, 1940, p.16). § 2º Na hipótese do n. IV, o juiz pode submeter o indivíduo apenas a liberdade vigiada.

§ 3º O juiz pode, tendo em conta a perícia médica, determinar a internação em casa de custódia e tratamento, observados os prazos do artigo anterior.

§ 4º Cessa a internação por despacho do juiz, após a perícia médica (art. 81), ouvidos o Ministério Público e o diretor do estabelecimento. Período de prova § 5º Durante um ano depois de cessada a internação, o indivíduo fica submetido a liberdade vigiada, devendo ser de novo internado se seu procedimento revela que persiste a periculosidade. Em caso contrário, declara-se extinta a medida de segurança (BRASIL, 1940).

se novamente a internação; do contrário, a medida de segurança era extinta. (SANTOS, 2018, p.78)

Dessa forma, entende-se que a indeterminação do tempo máximo de duração da medida de segurança se mostra como clara violação ao princípio da humanidade, já que não há uma previsão a progressão, ascensão de regime do sujeito. Entende-se que o Brasil adotou sistema de determinação da pena, mas no caso das medidas de segurança se vincula a análise de cessação da periculosidade. Nessa esteira, o autor Juarez Cirino dos Santos (2017, p.621) declara que:

A duração indeterminada das medidas de segurança estacionárias significa, frequentemente, privação de liberdade perpétua de seres humanos, o que representa violação da dignidade humana e lesão do princípio da proporcionalidade, pois não existe correlação possível entre a perpetuidade da internação e a confiabilidade do prognóstico de periculosidade criminal do exame psiquiátrico.

Um ponto importante tratado por Salo de Carvalho (2015, p. 270) é a realidade dos hospitais que tratam os sujeitos que sofrem com doenças mentais, que além de sofrerem pois suas sanções têm caráter semelhante ao perpétuo, não possuindo os mesmos benefícios que os imputáveis, as condições em que se instalam nos hospitais psiquiátricos é crítica.

Em pesquisa sobre a realidade manicomial Luiza Rodrigues (2018, p.91) de acordo com o Relatório de Inspeção do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Estado da Bahia, realizado 2015 pelo Conselho Regional de Psicologia 3º região atesta que a situação em que se encontram os hospitalizados são precárias.

É possível inferir, pelas características descritas, que as atuais condições do Hospital de Custódia e Tratamento, outrora chamado de Manicômio Judiciário, não estão de acordo com o quanto disposto no artigo 99 supracitado, uma vez que este determina que o estabelecimento seja dotado de características hospitalares. Contudo, o ambiente mais se assemelha a uma prisão do que a um hospital. Ademais, o prédio é bastante antigo, construído no início do século XX, o que evidencia uma estrutura que remete aos hospícios nos moldes do sistema asilar. (SANTOS, 2018, p.91)

Por fim, o que se busca entender é que por muitos anos a pena e suas implicações existiam com intuito exclusivo da retribuição, em que se punia os indivíduos para preservação da moral e dos bons costumes, independentemente se essa punição violaria a dignidade humana ao ponto de sanar a vida de alguém. É necessário racionalizar que a sociedade responde pelo cometimento de um delito, não podendo o princípio da humanização descaracterizar a função de repressão de condutas que é indispensável ao instituto.

Nesse sentido, Luiz Luisi (2003, p.50-51) demonstra que a pena deverá manter seu caráter distributivo, responsabilizando o delinquente por violar normas e ferir direito alheio. Mas também se deve perceber que as normas não podem retirar do delinquente direito a existência digna, que é um direito natural intrínseco a existência humana em sua essência.

3.5. O GARANTISMO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO

O modelo garantista surge em oposição ao inquisitorialismo, que é o sistema penal baseado em normas morais das quais adentram a vida privada do indivíduo como também avalia as concepções do homem como ser humano, suas crenças e escolhas. Ao determinar que o direito se baseia na moral, o sistema inquisitório consagra uma dualidade, o ilícito eclesiástico, que seria o pecado e o ilícito civil, que é o delito. Sendo o criminoso alguém que pensa e age de encontro com as normas postas moralmente no ordenamento, sendo assim, é revelada sua periculosidade. (CARVALHO, 2015, p.246)

O estilo inquisitorial visa punir o homem pelas suas crenças e isso é decorrente do estilo medieval, que punia o indivíduo não por suas condutas exteriorizadas. Daí insurge a divergência ao pensamento de controle social formal, neste existe uma prévia determinação do ilícito e o ato que gerar dano se enquadrará neste tipo penal gerando assim uma punição.(CARVALHO, 2015, p.246)

Em análise ao modelo garantista, pode-se afirmar que está entrelaçado com a legalidade estrita, além de enfatizar a necessidade de externalização das condutas, garantia do contraditório de da ampla defesa, além da presunção de inocência. (FERRAJOLI, 2002, p.29). Ademais, o mesmo autor entende haver três acepções do garantismo e a primeira delas está ligada a legalidade estrita, estando o modelo em consonância com a Constituição e sendo caracterizado epistemologicamente como um sistema de “poder mínimo”. Em uma ótica política, insurge como fomentador de condutas idôneas e potencializa as liberdades individuais. Já no plano jurídico se tem o Estado como garantidor dos direitos sociais e aplicador da função punitiva.(FERRAJOLI, 2002, p. 684)

Em um segundo momento Ferrajoli, faz crítica a validade e eficácia das normas, atribuindo a cada uma delas uma teoria normativa, na qual vai divergir a teoria da prática. Afirma existir divergências nos ordenamentos jurídicos tidos como garantistas, nos quais existem normas válidas mas não eficazes e “práticas operacionais” que não são válidas mas são eficazes. (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

Na terceira acepção, o autor trata o garantismo como uma “filosofia política” que determinada, laicização do direito com a separação de direito e moral, validade de justiça e o “ser” do “dever ser”, além de caracterizar os fins da legitimação e da perda de legitimação do direito e do Estado.

Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau de irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política em relação a ele das instituições vigentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 686)

Ademais, essa teoria não se restringe apenas ao direito penal, podendo expandir seus conceitos e institutos em outros ramos do direito atribuindo-lhes até a inserção de outros direitos fundamentais que visem preservação da legitimidade e garantias dos indivíduos.

Neste contexto, é necessário salientar a importância do princípio da secularização, que marca o processo de transformação que afasta o direito da moral e diante das práticas penais de julgamento incorporará um caráter mais humanitário, indo de encontro aos preceitos do sistema inquisitorial. (CARVALHO, 2015, p. 246)

Na idade média, as religiões determinavam que as pessoas deveriam ter conduta ilibada, seguindo os mandamentos de Deus para alcançar a salvação de suas almas, isso porque era o jusnaturalismo teológico que guiava o sentido de direito naquela época, ou seja, a natureza humana nada mais é que a imanência da natureza divina na materialidade do homem mortal. Nesse sentido as condutas que não se enquadravam como permitidas pelo divino eram associadas ao pecado e ocorrendo a desmoralização do delinquente na sociedade e o declínio do seu status quo.

Com a consolidação do cristianismo a sociedade era guiada pelos ditamos dos clérigos e a teologia era motor que respondia todas as respostas sobre a existência do homem e da vida. Passando a se compreender a existência humana sob uma perspectiva teocêntrica. (CARVALHO, 2002, p. 6).

Uma mudança proporcionada pelo processo de secularização é, também, a compreensão da razão como direito natural, a compreensão da vida, o saber seria intrínseco da razão. “A análise do homem racional fundada no antropocentrismo, negando toda e qualquer perspectiva ontológica de verdade (verdade em si), iniciando um processo que, no século XX, redundará na universalização dos direitos humanos.” (CARVALHO, 2002, p. 6)

Com essa evolução constante do processo secularizador o caminho que se dá é em direção a construção do direito penal moderno, um caminho oposto ao que associava o delito ao pecado, do ilícito associado a moral é que enseja o procedimento persecutório inquisitorial.

Levando em conta a criminalização das condutas serem baseadas jusnaturalismo teológico, o autor Salo de Carvalho, observa que criminalizou o pensamento oposto aos ideais religiosos, punindo as escolhas pessoais e convicções do indivíduo. O que é completamente descabido ao falar de processo secularizador, que age com intuito de reduzir a punição da consciência, tornando-a ilegítima, sendo assim, todo o processo de rompimento do direito e moral levará a um estado de intervenção mínima penal, punindo atos que causem lesão a bem jurídico. (CARVALHO, 2002, p. 9)

Surge então, um postulado do processo da secularização, que é a aceitação do homem como ele é, sem que suas crenças ou personalidade sejam punidas, é a “tolerância” que traz a evolução para entender que, independentemente de o sujeito ser considerado “perverso”, ele não poderá ser reprimido. (FERRAJOLI, 2002, p. 208)

Diante disso, Ferrajoli (2002, p. 208) trata sobre a aplicação da pena e sua justificação que o estímulo punitivo não deve ser baseado na moral, sua finalidade não é essa. Não devendo no momento da criação e aplicação das normas, elas terem intuito de determinar imoralidade, nem buscar modificar a moral do sujeito.

Outrossim, ao falar em aplicação do princípio da secularização, levando em conta o seu caráter limitador em razão da aplicação taxativa das normas, percebe-se que é plenamente compreendido no sistema penal brasileiro, ainda que, o ordenamento possua nos tempos de hoje normas que julgam subjetivamente o indivíduo, como por exemplo art. 59, caput, do Código Penal Brasileiro:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

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

Se pode perceber a afirmação desse princípio no próprio preâmbulo da Carta Magna, ao assegurar o pluralismo, a fraternidade, pacifismo e igualdade. Além destes, existem outros direitos fundamentais que normativizam a proteção da esfera individual e pessoal, limitando a intervenção estatal ao íntimo do sujeito.

Dentre estas normas de proteção, merece destacar o art. 5º da CF, que em seus incisos traz a inviolabilidade a intimidade e o respeito à vida privada; a livre manifestação de pensamento, deixando claro que o indivíduo não pode ser punido pelo que pensa; da liberdade e consciência e crença religiosa, fugindo da concepção teológica da Idade Média de que a razão do homem se fundava no “Deus” do cristianismo; da liberdade de convicção filosófica política. Essas determinações legais protegem as pessoas da aplicação limitadora da moral no âmbito jurídico, assegurando mínima intervenção estatal na esfera pessoal. (CF, 1988)

Custa salientar, que a Carta Magna é basilar orientadora para a criação nas normas infraconstitucionais, sendo então, filtro para evitar a criação de leis que acabem por ultrapassar a esfera individual, intervindo na liberdade pessoal do sujeito. Nesse sentido, o autor Salo de Carvalho (2015, p. 250) aborda:

Neste quadro, exerce importante função como ferramenta de avaliação dos níveis de legitimidade dos atos dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), desqualificando intervenções indevidas do sistema penal na esfera do íntimo decorrentes (a) da criminalização de condutas que não afetem bens jurídicos de terceiros, (b) de valorações judiciais sobre a personalidade ou as opções

peçoais do autor da conduta ilícita e (c) da imposição de sanções que objetivam a reforma moral do condenado.

Mas, mesmo com a positivação de normas que limitam a intervenção estatal no âmbito pessoal do sujeito, ainda existem, como supramencionado, brechas para julgamento fundado na moral em nosso sistema penal, como por exemplo a análise da personalidade e conduta social que vão operar prejudicialmente ao indivíduo, o que vai totalmente de encontro ao garantismo e ao processo secularizador que se viveu, mostrando regresso diante do status conquistado no tocante às normas fundamentais e garantistas.

Portanto, a o garantismo penal é uma controle ao intervencionismo exacerbado do estado, preservando os direitos individuais e fugindo da ideia de que as pessoas precisam abdicar de suas liberdades por um bem maior. Ademais, os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, irrenunciáveis e inalienável, são cláusulas pétreas que devem ser respeitadas e asseguradas sua eficácia no ordenamento. Esses direitos tem força normativa e geram direitos para seus titulares e deveres para seus sujeitos passivos. Deve assim, as leis se guiarem por essas normas, já que são mandamentos constitucionais e as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com tais entendimentos. (MARMELSTEINS, 2014, p. 292-293)

Assim, em matéria penal, sequer por unanimidade pode um povo decidir ou consentir que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade; que pense ou escreva, ou não pense ou não escreva; que se reúna ou não com outros; que case ou não com determinada pessoa ou que com ela decida ter filhos ou não filhos *et coetera*. A garantia desses direitos corresponde a pré condições de convivência, sendo que sua lesão por parte do Estado, justificaria o dissenso, a resistência e a guerra civil. (CARVALHO, 2002, p. 19-20)

Por fim, que o garantismo preza pela máxima proteção aos direitos fundamentais, legitimando essa proteção ao direito individual que vai, também, limitar os arbítrios dos legisladores e aplicadores do direito, por tornar taxativo as limitações e proibições a condutas invasivas. Nesse sentido, Salo de Carvalho CARVALHO, (2002, p.20-21) atribui a essa evolução no nome de “Nova Defesa Social”, que é a expressão que justifica essa mudança de paradigma, no qual evita a censura e obscuridade.

4 CRITÉRIOS DO ART 59 DO CÓDIGO PENAL

Ao iniciar a primeira fase de aplicação da pena, observamos que o artigo 59 do código penal, que contém as chamadas Circunstâncias Judiciais, que auxiliarão o juiz na verificação da pena-base.

Esta fase, é a primeira a ser valorada quantitativamente a pena, essa valoração se dá de acordo com a discricionariedade do juiz em análise do caso concreto. Sobre esta etapa, observa Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 136):

Dessa forma, ao cuidar da aplicação da pena, o magistrado necessita, em primeiro plano, verificar se alguma das circunstâncias constantes do art. 59 perfaz, igualmente, outra circunstância expressamente prevista em lei; caso não ocorra esse perfil, passa a analisá-las de per si, criando um conjunto de elementos positivos ou negativos, proporcionando-lhe a formação de um juízo de censura (culpabilidade) maior ou menor.

O ordenamento jurídico pátrio traz limites para aplicação das penas, mesmo havendo discricionariedade do julgador, ele terá que seguir esses limites impostos e sempre fundamentar suas decisões. As chamadas circunstâncias judiciais devem ter seu reconhecimento feito exclusivamente pelo juiz, e sua discricionariedade. A lei tenta reduzir ao máximo o arbítrio, mas por haver elementos abertos no artigo 59, ainda se exige bastante autonomia do magistrado na hora de decidir. E, somente com a exigência da motivação, da fundamentação, se permitiria à sociedade e às partes a fiscalização da atividade intelectual do magistrado no caso decidido (CARVALHO, 2002, p. 32).

São elas, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Caso sejam todas favoráveis ao réu, a culpabilidade é mínima, partindo a pena base então do mínimo. Se ao analisar observar que sejam todas desfavoráveis, a culpabilidade será máxima, o que se justificaria a pena base no máximo. Diante de sua importância no destino processual do réu, analisaremos isoladamente cada circunstância elencada no art. 59.

4.1. CULPABILIDADE

A culpabilidade neste caso não será analisada como caráter absolutório de não aplicação da pena. A análise desta como circunstância judicial será direcionada ao agente e seu grau de censura sobre fato, sua reprovabilidade diante do fato em concreto. Como aduz Ricardo Schmitt (2017, p. 131), “trata-se de um *plus* na reprovação da conduta do agente”.

Mostra a posição de menosprezo ou indiferença do agente frente ao bem jurídico. Podendo o julgador utilizar isso ao calcular a pena base do agente e prejudica-lo com essa valoração do dolo ou da culpa.

4.2. ANTECEDENTES

Serão aos fatos anteriores que influenciarão na determinação da pena em abstrato. Essa circunstância vem para mostrar se o agente já teve práticas delituosas e se a condenação por elas não conseguiu o ressocializar.

Os inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes, não serão consideradas como “maus antecedentes”, pois violaria princípios constitucionais de garantia, além disso, foram vedadas pela Súmula 444 do STJ.

Para Roberto Bitencourt (2019, p. 830), “eles não encerram novo juízo de censura, isto é, não implicam condenação, caso contrário, nos outros processos, nos quais tenham havido condenação, sua admissão como ‘maus antecedentes’ representaria uma nova condenação, o que é inadmissível”.

Nesse sentido, é o que entende o Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende da decisão abaixo transcrita:

Inquéritos policiais ou ações penais em andamento (inclusive sentenças não transitadas em julgado) não podem ser levados em consideração para fixação da pena-base, em respeito ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Precedentes (STJ, HC 81262/SP).

Só podem ser considerados como maus antecedentes as decisões irrecorríveis, ou seja, possui sentença penal que o condena transitada em julgado.

4.3. CONDUTA SOCIAL

Para esta circunstância deve analisar o comportamento do agente em sociedade, família, vizinhos e no trabalho. Não se deve pensar em fatos criminosos, pois assim estaríamos confundindo com a reincidência e os antecedentes, restando claro o *bis in idem*.

A conduta social negativa ou desfavorável é quando o indivíduo não revela bom comportamento social, pois deixa de pagar alimentos aos filhos, possui histórico de despedidas por justa causa, não possui amor e afeto por sua família, é pessoa com pouca ou nenhuma aceitação na comunidade onde vive. (SCHIMITT, 2017, p. 153-154)

4.4. MOTIVOS

Serão as razões que o agente se utilizou para praticar o crime, são os “porquês” da ação, fator íntimo de cada indivíduo, que podem ser de diversas naturezas.

Para Bitencourt (2019, p.833) os motivos são “fonte propulsora da vontade criminosa. Não há crime gratuito ou sem motivo”. E para o Greco (2019, p.709) “são as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal.”

O motivo poderá ser nobre, a exemplo de um furto para se alimentar, conduta que será menos reprovável. E há também o motivo de inveja ou vingança, que será tido como abominável (torpe).

4.5. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

Por circunstância entende-se todos os elementos que proporcionaram o crime. Trata-se do *modus operadi*. Não serão elementares do tipo, mas influenciam em sua gravidade. São exemplos dessas circunstâncias, o local do crime, instrumento do crime, relação de amizade com a vítima, aproveitamento da sua condição.

E as consequências serão os efeitos que a prática trouxe, o resultado material ou moral que foi causado. A intensidade e gravidade do resultado é o que se analisa. Contando que essa consequência não poderá ser um elementar do tipo. A exemplo disso, Ricardo Schimitt (2014, p. 138) ensina que “a morte de um pai de família, o qual deixou cinco filhos menores e a esposa grávida e desempregada, revela a materialização prejudicial da conduta de agente, que vai além da ‘simples’ morte da vítima punida pelo tipo”.

4.6. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

O que se deve observar ao tratar desta circunstância, é que o comportamento da vítima deve ser analisado antes e durante o fato. Isso deve acontecer para que saibamos se esse comportamento pode ter influenciado na gravidade da conduta criminosa ou até mesmo ensejado seu início. Como exemplo vemos a vítima de um assalto que reage ou uma provocação para um homem traído que gera raiva e o faz cometer uma lesão corporal.

Quando ocorre uma facilitação ou instigação da vítima para o cometimento do delito, gera uma circunstância favorável ao acusado, e pode ser diminuída uma fração de sua pena em abstrato. Vale ressaltar que a injusta provocação da vítima não deve ser confundida com agressão, pois se considerando a agressão poderia ser levada a estudo da legítima defesa.

4.7. A PERSONALIDADE

A personalidade é uma das oito circunstâncias judiciais do art. 59. Está diretamente relacionada às características psicológicas do indivíduo. Ela determina a forma de pensar e de agir de uma pessoa e sua reação frente aos diversos acontecimentos da vida. A formação da personalidade vem desde a infância e acontece gradualmente, sendo uma particularidade de cada pessoa.

Não é uma tarefa fácil a análise desta circunstância, já que se trata de algo muito individual de cada um. A pessoa pode se portar de uma forma e em seu íntimo ser completamente diferente, o que dificulta para o julgador a imposição de um determinado tipo de personalidade ao agente, apenas na hora da avaliação do caso. O contato que ocorre entre o julgador e o acusado é no momento do interrogatório, o que causa o questionamento se essa análise é feita de forma correta ou se passa a ser arbitrária da parte do julgador.

Há muita divergência jurídica ao tratar a personalidade, alguns doutrinadores trazem conceitos diferentes para falar do mesmo instituto. Nesse sentido, observa-se que Bitencourt entende a personalidade como:

Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu." (BITENCOURT, 2019, p. 299)

Ao analisar tal conceito, percebe-se que não há um estudo baseado em métodos e teorias de psicologia, mas sim, uma afirmação que o que forma a personalidade do sujeito é como ele se comporta no mundo e seu histórico de vida.

Desse mesmo modo entende o autor Ricardo Schmitt:

"Refere-se ao seu caráter como pessoa humana. Serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento. São os casos de sensibilidade, controle emocional, predisposição agressiva, discussões antecipadas, atitudes precipitadas, dentre outras." (SCHMITT, 2017, p. 158)

Já Ney Moura Teles, ao escrever sobre personalidade declara que a personalidade não é conceito jurídico, sendo assim, a mesma não deveria ser avaliada por aplicadores do direito. Nesse sentido:

"Ora, a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências - Psicologia, Psiquiatria, Antropologia –, e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito." (TELES, 2006. p. 366)

Demonstrado a divergência de opiniões entre os doutrinadores confirma-se que não é fácil valorar a circunstância da personalidade sem cometer falhas, podendo

levar sua análise para a culpabilidade do autor e não da ação, remetendo-se ao direito penal do autor. Assim, verifica-se a impossibilidade de esta valoração ser algo coerente.

4.7.1 Da “personalidade perigosa”

A criminalidade é fator claro de comoção social, pois as violações a lei impressionam cada vez mais a sociedade que enfrenta com frequência a ocorrência de crimes de grande repercussão, como supramencionado no capítulo acima ao tratar do princípio da humanidade. Os crimes são muitas vezes motivados por questões que não são compreensíveis e os autores desses delitos cada vez mais jovens, chegando até a uma discussão política sobre a redução da menoridade penal. Com essa observação e com a análise da criminalidade no direito penal, é de essencial importância entender o porquê das reflexões sobre o a prática de delitos pelo ser humano.

Nesse sentido questiona-se o sujeito que tem comportamento delituoso, se ele seria possuidor de um transtorno de personalidade que justifique de alguma maneira a prática de seus atos. “A dúvida sempre presente é sobre a noção ou juízo crítico que o criminoso teria de seu ato, qual seria seu discernimento e até que ponto ele seria senhor absoluto de suas ações ou servo submisso de sua natureza biológica, social ou vivencial.” (BALLONE GJ, 2017)

A ideia de punição para o indivíduo de acordo com uma patologia na sua personalidade surge com teorias sobre uma *Monomania Homicida*¹² de Esquirol¹³ no século XIX, que fazia com que a responsabilidade do indivíduo fosse menor e justificava a segregação dos autores de delitos. (BALLONE GJ, 2017)

¹² Expressão proposta por Esquirol em 1838 para indicar certas formas de loucura cujo único sintoma evidente seria uma desordem, Ética e moral, propensa a praticar crimes. Loucura que não se manifestava se não através do Crime (constatado por Michel Foucault). Talvez se tratasse de uma exigência mais social do que propriamente médica para confinar as duas figuras mais temidas de Desvio de Comportamento: *louco alienado* e o Criminoso cruel. Disponível em: https://www.encyclopedia.med.br/wiki/Monomania_homicida

¹³ Jean-Etienne Dominique Esquirol nasceu em 1772 na cidade de Toulouse e morreu em Paris em 1840. Foi nomeado médico da Salpêtrière em 1811 e sua vida profissional é destacada pelo empenho em construir e organizar muitos asilos. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/hospicio/text/bio-esquirol.php>

Essa simplória teoria ensejará outros estudos que levam ao conceito de crime e criminoso. E um nome importante nessa esteira é Cesare Lombroso, que buscava entender com estudos de frenologia¹⁴ se determinadas pessoas poderiam ser criminosas natas, ou seja, se isso é uma característica intrínseca de alguns seres humanos.

Assim, o estudo de Lombroso era dedicado a compreender se a personalidade do indivíduo e a criminalidade estavam ligadas ao formato de sua cabeça, pesquisa que decorreu de teorias do evolucionismo. Essa teoria é importante pois surge em um momento de necessidade de explicar o porquê das desigualdades sociais, o porquê da pobreza, sendo assim, Lombroso busca amparar cientificamente que o problema da desigualdade era intrínseco da genética humana. “Era uma espécie de determinismo biológico que marcava profundamente essas pessoas tidas como sub-humanas.” (BALLONE GJ, 2017)

Nesse sentido, o autor Cesare Lombroso determina cinco tipos de criminosos:

O **Criminoso Nato**, segundo ele representado pela maioria dos casos, como o próprio nome indica, era portador de um patrimônio genético causador de sua criminalidade. Ele é seria o resquício do Homem Selvagem, uma espécie de subtipo humano, enfim, um ser degenerado. O **Criminoso Louco ou Alienado**, no qual existia uma perturbação mental associada ao comportamento delinquente, considerado como um Louco Moral ou um Perverso Constitucional. O **Criminoso Profissional**, que não possui os estigmas biológicos inatos como os anteriores, mas se tornava criminoso por forças e pressões do seu meio. Este criminoso começa por um crime ocasional e pode reincidir. O **Criminoso Primário**, que cometerá um ou outro delito por força de um conjunto de fatores circunstanciais do meio, mas não tenderia para a reincidência. De acordo com Lombroso, estes eram ainda predispostos por hereditariedade para o crime, mas não possuíam uma tendência genética para ele (?). Para Ferri (Peixoto) estes seriam, ao contrário do ditado que diz “a ocasião faz o ladrão”, ladrões já prontos e aguardando a melhor ocasião para agir. O **Criminoso por Paixão**, vítima de um humor exaltado, de uma sensibilidade exagerada, “nervoso”, explosivo e inconsequente, a quem a contrariedade dos sentimentos leva por vezes a cometer atos criminosos, impulsivos e violentos, como solução para as suas crises emocionais. (BALLONE GJ, 2017)

Lombroso nunca conseguiu comprovar que a genética torna o sujeito criminoso, daí sua teoria leva outro rumo, que é atribuir a criminalidade aos fatores de desigualdade social. Mesmo assim, nunca abandonou a teoria de que o a delinquência

¹⁴**Frenologia:** é uma teoria que reivindica ser capaz de determinar o caráter, características da personalidade, e grau de criminalidade pela forma da cabeça.

é decorrente de fatores biológicos, sendo o sujeito que detém tal genética diferente dos demais, voltado para o crime em sua essência. (LOMBROSO, 2010, p. 10)

A teoria de Lombrosiana nega a autonomia da vontade, o homem limita seu destino pelo determinismo biológico. Escola Positiva Italiana, a qual o autor fazia parte, se opunha diretamente a doutrina clássica¹⁵ que se fazia presente e que tinha por objetivo proteção dos direitos humanos com foco no estudo da teoria do crime. Já a Escola Positiva Italiana muda o foco do estudo do crime para o criminoso, visando a proteção social, o bem comum em detrimento da proteção individual humana. Assim, a autora Bartira Almeida de Miranda Santos (2012, p.7) seu trabalho elenca as características da escola na qual Lombroso foi um dos principais pesquisadores:

Defesa Social: o direito penal é legítimo para defender a sociedade contra o crime e os criminosos. b) Combate ao crime (diga-se aos criminosos) em defesa da sociedade: esta era a finalidade política do Direito Penal. c) Proteger a sociedade afastando os indivíduos perigosos do convívio social: esta seria a tarefa/atividade do direito penal e da Justiça Penal. d) Conhecimento que giraria em torno do homem criminoso, tomado como ser diferente, perigoso, anormal, subsespécie humana: este era o ponto de partida do conhecimento penal. e) Expansão do poder de punir: esta era a consequência deste direito penal.

Sendo assim, Lombroso torna o estudo do direito penal diferente, trazendo a análise do indivíduo como criminoso para explicar algumas condutas das quais a sociedade está exposta e sofre as consequências, mas sempre voltado para a ideia de que o crime é prática natural de determinados indivíduos.

Em análise ao estudo de Lombroso se pode perceber que há grande dificuldade na diferenciação entre demência e crime e isso se faz presente no maior número de dementes nos sistemas prisionais. Se diferenciam os dementes dos criminosos natos pois os primeiros apresentam afeições cerebrais, congênicas e os segundos características como mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais. (FERREIRA, 2015, p.16-17)

¹⁵O **direito penal clássico** continha características como: Justificação do direito de punir: por meio do contrato social ou do direito natural procurava-se dar uma certa legitimidade ao direito penal. b) Limitação do poder de punir (a punição não podia ultrapassar os limites do contrato social, do direito natural, ou da lei): esta era a finalidade política do direito penal. c) Legalidade dos delitos e das penas: esta era a tarefa/atividade do direito penal (estabelecer as condutas criminosas e as penas correspondentes). d) Saber jurídico em torno do crime (conduta humana): era o ponto de partida do conhecimento do direito penal. e) Garantia de direitos aos indivíduos frente ao poder de punir: esta era a consequência do direito penal. (SANTOS,2012 p.7)

O autor chega a caracterizar os criminosos até pelas tatuagens, que são entendidas como demonstrações da mente do homem, diz que as tatuagens mostram o lado primitivo de quem as faz, distinguindo apenas as tatuagens que tratam de amor, profissão e religião. O autor também traz números que demonstram que os milicianos tem oito vezes mais tatuagens que os soldados livres e que em alguns delinquentes as tatuagens expressam “ânimo violento, vingativo e despudorados”. (LOMBROSO, 2010, p.32-33)

Mesmo parecendo extremamente descabido e preconceituoso tal teoria, ainda hoje utilizam-se o estudo dos desenhos presentes em tatuagens para determinar comunicação entre detentos na prisão, existindo até uma cartilha para que os policiais possam identificar por exemplo se aquele indivíduo é associado a alguma organização criminosa. (FERREIRA, 2015, p.18)

Por fim o direito penal não seguiu o caminho da pesquisa feita por Lombroso, seu foco de estudo não é o indivíduo, mas sim, as normas jurídicas aplicadas ao direito penal, mas de diversas formas a teoria de Lombroso deixou um resquício do preconceito em nosso ordenamento jurídico como veremos adiante com as concepções do direito penal no inimigo.

Se passa a questionar então quem são os criminosos. Essa determinação se dá diante de conceitos políticos e sociais. Não existindo indivíduos dos quais possamos indicar como criminosos, sendo o “criminoso é um carimbo, uma etiqueta, ou um rótulo que se coloca em determinada pessoa ou grupos de pessoas, em determinado momento histórico e em determinado local” (SANTOS, 2012 p.10)

O criminoso é estigmatizado como o inimigo, aquele que precisa ser contido o quanto antes para o bem comum. A pena então visará conter os riscos que aquele indivíduo traz para a sociedade, a periculosidade que ele expõe a sociedade, sendo assim, as penas passam a atingir o indivíduo que será punido e não apenas o fato que foi exteriorizado. “Afim de tratar a periculosidade, os positivistas foram incansáveis nas classificações dos criminosos. Não se trata mais de ‘para cada crime, uma pena’ mas, para cada criminoso, uma medida.” (SANTOS, 2012, p.11)

Portanto, na escola positiva ficou caracterizado que os criminosos, os ditos inimigos, seriam pessoas de personalidade perigosa, autores de crimes

desumanos e que precisavam do controle do estado para que fosse garantido a defesa social. (SANTOS, 2012, p. 11)

O que busca-se com as normas jurídicas é que os indivíduos a respeitem e sigam-na com veemência. Isso existe para que haja uma segurança no convívio social. Mas as normas estão no plano do dever ser e muitas vezes não alcançam a todas as situações fáticas existentes no plano real e os atos de preparatórios no interior psíquico do autor, ou até mesmo, os próprios seres humanos que deveriam segui-la ignoram sua existência ou a desconhecem.

O autor Günther Jakobs (2007, p. 33-34) entende que as normas em um plano prático sem uma “segurança cognitiva” não passam de letra de lei vazia que nunca será seguida, ou seja, sem que a pessoa entenda porque deve seguir aquela norma, ter atenção que aquela conduta a colocará em risco ou lhe fará ser gravemente punida, as normas não passarão de “uma promessa vazia em que já não oferecem uma configuração social realmente suscetível a ser vivida”.

Mas no plano teórico as normas tratam de dever ser, ou seja, o que ela determina como conduta proibida de fato não deve acontecer, mesmo que aquilo que está determinado como ilícito leve o indivíduo a sobreviver em sociedade, aquela conduta necessária não deverá se legitimar diante o ordenamento. Para Jakobs ((2007, p. 33-34) o ser humano busca não só ter direitos, mas também buscam sobrevivência, mas seguir o dever ser só será possível quando não for de encontro os métodos necessários a sobrevivência.

O autor supramencionado faz exatamente essa ligação ao falar de personalidade do autor de um delito, trazendo à tona que quando alguém comete um ilícito não se pode avaliar apenas o teor de satisfação ou insatisfação em sua prática, mas também, avaliá-lo como pessoa e saber qual a sua noção sobre o lícito no mundo normativo e fático.(JAKOBS, 2007, p .34) Sendo assim, a norma para ser eficaz em um todo precisaria antever a necessidade de satisfação do autor no plano prático para que limite o comportamento e evite o cometimento de delitos. O homem que é considerado como pessoa terá seus direitos e garantias fundamentais asseguradas, mas os homens que não serão considerados como pessoas deverão ter seus atos preparatórios alcançados pelas normas, já que são inimigos do estado e devem ser contidos pela raiz.

Ocorre que muitas normas do direito penal se direcionam apenas em manter o indivíduo que cometeu um crime impossibilitado de reincidir. Fugindo assim, da ideia de tratamento do delinquente como pessoa. Já que o sujeito está impedido de exercer seu livre arbítrio por determinado tempo as angustias da sociedade foram apaziguadas. (JAKOBS, 2007, p .34)

Diante disso, Jakobs (2007, p.36) faz uma conexão do exposto acima com a teoria de Kant faz distinção entre o estado de natureza e o estado de cidadania:

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de "um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos. Brevemente: a reflexão do legislador é a seguinte: o outro «me lesiona por...[seu] estado [em ausência de legalidade] (status injusto), que me ameaça constantemente» (JAKOBS, 2007, p .36)

Sendo assim, quem nega o estado de cidadania é o inimigo do estado, sendo ele perigoso em manter sua extrema liberdade e não seguir a normatização imposta à sociedade com intuito de sanar suas insatisfações e medos.

O inimigo então serão os “criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas” (JAKOBS, 2007, p. 34-35). Que perdem seu caráter de pessoa, perdendo também os direitos que serão atribuídos a este com sujeito processual. E, diante disso, o inimigo seria tratado de forma diferente do cidadão comum que comete um delito, pois a este se aplica a punição após a exteriorização de sua conduta, já àquele o direito se antecipa a punir logo os atos preparatórios.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes (2005, p.3), ao explicar a teoria de Jakobs:

(a) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (b) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só é sua periculosidade); (c) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança (porém, não a destinada aos imputáveis, que tem caráter curativo, sim, medida de segurança detentiva para os imputáveis); (d) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (e) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (f) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional),

espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Então, se pode entender que o sujeito caracterizado como inimigo terá, claramente, um tratamento desigual em relação aos outros, além de que ele poderá ter direitos fundamentais constitucionais e processuais restringidos como o da presunção de inocência, legalidade, antecipação de punição sem determinação do bem jurídico violado. Assim, traz à tona um sistema de diferenciação dos seres humanos, que não trata o crime como uma consequência da genética como Lombroso, mas acaba por ser antigarantista e preconceituoso da mesma maneira, o que é extremamente descabido diante do sistema constitucional penal garantista.

O direito penal do inimigo traz a ideia de periculosidade do indivíduo, pois não se reprova a sua culpabilidade e sim a periculosidade que ele aparenta ter, não estando a proporcionalidade como princípio orientador das condutas dos julgadores e legisladores, mas sim o desproporcional que seria o ideal na intenção da proteção social.

A periculosidade é composta por um “conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade de alguém praticar ou tornar a praticar um crime.” (Yarochewsky, COELHO) Já para Debuyst o conceito de periculosidade envolve “personalidade criminosa, a situação perigosa e a importância sociocultural do ato cometido” sendo assim, se tem um conceito de periculosidade vinculado a personalidade criminosa, ideia de difícil desvinculação. (BALLONE GJ, 2017)

Seria a sustentação de que o homem atua sem escolhas, que seus atos são determinados, o que em nada ajudaria para quantificação de penas, já que se analisa a periculosidade e não a culpabilidade, será justificado pelo grau de determinação do homem para o delito. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2010, p. 104-105)

Os autores Zaffaroni e Pierangeli (2010 p. 104-105) acreditam que o indivíduo que não consegue fazer escolha mínimas de seus atos não poderá ser responsabilizado penalmente. E sendo assim, a pena não poderá ter como base apenas a periculosidade, podendo existir penas com objeto de prevenção especial, visando apenas que o delinquentes não volte a praticar delitos, mas sem também tirar sua autonomia moral.

Sendo assim, não se pode ter como único limite da pena a intenção de prevenção com intuito de resguardar segurança jurídica mas sim mantendo de alguma forma a retribuição do injusto ligada a culpabilidade. Não pode ser o sujeito privado de bens jurídicos por tem um comportamento voltado a práticas delitivas, sem levar em conta a gravidade dos atos e quais foram as situações que levaram a cometer tal ato. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2010, p. 104-105)

Diante o exposto, o autor Luiz Flávio Gomes traz uma crítica feita por Zaffaroni sobre o direito penal do inimigo e ao atual modelo punitivista:

Crítica de Zaffaroni: a busca de uma eficácia preventiva funcionalista do Direito penal (da pena), consoante Zaffaroni, retrata nos dias atuais mais uma forma de Direito penal antiliberal. Dois são os discursos dessa linha prevencionista: enquanto a mídia propaga a prevenção geral negativa (a política dissuasiva, intimidatória), o discurso de Jakobs funda-se na prevenção geral positiva (isto é, procura reforçar a confiança no sistema, no Estado, no Direito penal). Jakobs faz um discurso para o público em geral, conclamando-o a acreditar no prestígio, na imagem e na eficácia do Estado (do sistema penal); a mídia, por seu turno, procura atemorizar os potenciais criminosos. A mídia faz o público leigo acreditar na eficácia dissuasória do Direito penal; quanto mais repressão, portanto, mais confiança esse público nele deposita. A prevenção geral positiva nada mais é que a exploração da ignorância do homem comum, que acaba sendo “convencido” de que deve abrir mão de garantias, para contar com “maior” cota de segurança. (GOMES, 2005, p.10)

Posto isso, é muito difícil desmistificar a ideia do inimigo na cabeça das pessoas e como o conceito de periculosidade pode ser relacionado ao de personalidade, os estudos clínicos buscam demonstrar o grau de socialização dos indivíduos pelas estatísticas de crimes e os fatores que ensejam determinados comportamentos. ((BALLONE GJ, 2017)

Mas, o que se precisa ter em mente é que a personalidade não tem um conceito determinado, podendo variar em diversas teorias. A personalidade é um conjunto entre os gens e a forma como a vida daquele ser humano foi vivida, o que ele vivenciou e sentiu ao longo dos anos. Sendo as diferenças ambientais que diferenciam o homem e a sociedade. “Em outras palavras, Fenótipo = Genótipo + Ambiente. Essa é a fórmula universalmente aceita pela ciência.” (BALLONE GJ, 2017)

Para fugir da ideia de que apenas os gens determinavam a personalidade do homem, Jean Jaques *Rousseau* criou a teoria de que o homem nasce corrompido por natureza mas o que faz ele agir com comportamentos delituosos é a influência da sociedade corrupta. De outro lado, a ciência também atesta que os indivíduos compartilham 99,9% dos gens, sendo assim todos os

indivíduos teriam de certa forma um lado da personalidade criminosa e corrompida. (BALLONE GJ, 2017)

O biólogo *Richard Dawkins*, da Universidade de Oxford, autor de *O Gene Egoísta*, vai além. “*A genética do comportamento mudará muita coisa. Se partirmos do pressuposto de que nossa mente é regida por algo além dos conceitos éticos e morais aprendidos, como punir um assassino?*”, ele questiona. “*Quando um computador não funciona, em vez de puni-lo, nós o consertamos.*” Afirmação ousada e analogia duvidosa. (BALLONE GJ, 2017)

Diante do entendimento de Dawkins e das teorias e conceitos abordados nesse tópico percebe-se que o punitivismo utilizado como única forma de prevenção de crimes por si só não é efetivo. Como pode o homem que viveu em condições de miserabilidade extrema cometer atos delituosos em busca de manter a sua sobrevivência, ser punido e depois não mais voltar a cometer ilícitos novamente? Independe de sua personalidade. Sem uma nova visão de mundo, uma nova oportunidade de mudança, educação e trabalho esse indivíduo voltará a praticar atos que vão de encontro com nosso ordenamento jurídico.

4.7.2 A ausência de técnica do juiz na análise da personalidade

Diante todo o exposto na presente pesquisa, compreende-se que a análise da personalidade como circunstância judicial traz ao direito penal atual, características das escolas positivas criminológicas, por tratar de uma análise do criminoso e não do fato cometido. Este fato, foge da ideia garantista trazida pelo princípio da secularização.

A personalidade é um elemento que compõe a individualização das penas e que é utilizado para aumentar a pena base. Ela, como tratada no tópico anterior, determina as características próprias de cada indivíduo e existem diversas teorias sobre sua construção, se é adquirida geneticamente ou pela sua vivência em sociedade.

Diante disso, alguns questionamentos surgem, como por exemplo, se o julgador teria uma formação técnica para avaliar adequadamente esta circunstância judicial, se a motivação que é exposta na decisão tem embasamento teórico suficiente para agravar uma pena base, se poderia ser caracterizado arbitrário esse julgamento por ser eivado de carga pessoal do julgador.

Esses questionamentos surgem, pois, a personalidade não possui conceito determinado, além disso, os estudiosos que se dedicaram a escrever sobre o

instituto divergem em suas teses e a acabam por criar diversas teorias distintas sobre a mesma coisa. Umas com viés de determinação biológica, outras com viés social e alguns até mesclam as duas hipóteses. (Ballone GJ, 2016)

Outro ponto abordado pela doutrina é se ocorreria uma invasão por parte do Estado ao íntimo do acusado, esfera pessoal e privada do indivíduo. Portanto, nos leva à tona o que foi discutido anteriormente, não sobre a existência de condições, ou não, de avaliação da personalidade pelo juiz, mas sim, o fato de analisar o acusado pela culpabilidade do autor e não do fato. Já que em um sistema penal garantista, ninguém deve ser punido mais gravosamente pelo que é.

Diante das controvérsias encontradas para determinar o que seria a personalidade e como ela seria formada, o autor Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 528) traz conceito de personalidade de acordo com o seu entendimento:

O conceito de personalidade é objeto de enorme controvérsia em Psicologia ou Psiquiatrias modernas, por causa do seus limites imprecisos ou difusos. Não há consenso sobre as seguintes questões: a personalidade (a) seria delimitada pelo ego, como perceptivo-consciente responsável pelas decisões e as ações da vida diária? (B)abrangeria o superego como instância de controle ou censura pessoal? (c) enfim, incluiria as pulsões de id, como fonte inconsciente da energia psíquica regida pelo princípio do prazer?

Frente a isso, Salo de Carvalho (2015, p.370) apresenta dois problemas na análise dessa circunstância pelo juiz, que é a “ausência de precisão conceitual e a carência de uma metodologia de análise”, isso decorre pois no âmbito dos estudos da mente e do homem inexistente um conceito único de personalidade, como se pode observar em passagem do livro A natureza da teoria da personalidade (HALL, p.32): “Em um exame exaustivo da literatura, Allport (1937) extraiu quase cinquenta definições diferentes que classificou em algumas categorias amplas.”. Os autores da obra citada anteriormente também concluem que: “estamos convencidos de que nenhuma definição substantiva de personalidade pode ser generalizada. Com isso, queremos dizer que a maneira pela qual, determinadas pessoas definem a personalidade dependerá inteiramente de sua preferência teórica.”

A ausência de um padrão impossibilita até mesmo que psicólogos e psiquiatras diagnostiquem os seres humanos apenas por sua adaptação social, não podendo também esses profissionais atenderem os asseios do direito penal nesse quesito, já que os estudos sobre as implicações psicológicas mudam e evoluem diariamente. (BOSCHI, 2014, p. 174)

Essa dificuldade em conceituar a personalidade e achar uma metodologia a ser seguida vai implicar diretamente nos argumentos que os magistrados utilizam no momento da valoração negativa da personalidade. Isso se dá pois, em uma análise, do que, o sistema processual exige, observa-se que toda decisão tomada pelo magistrado deve ser com base nos autos do processo e nas provas colhidas, deverão ser motivados de forma clara, sob pena de nulidade ou improcedência no contestado pelas partes.

Esse entendimento é baseado no princípio da motivação das decisões que se faz presente na Constituição Federal em seu art. 93¹⁶, IX e no Código de Processo Penal em seu art. 381, III¹⁷. Mas tal fundamentação, sobre o íntimo de alguém, em tão pouco tempo não seria uma decisão arbitrária da parte julgadora?

É pela motivação que se deduz se o julgador tinha embasamento teórico para decidir daquela maneira, para que ela seja válida e discricionária, só assim a sociedade poderá exercer seu poder de fiscalização ao analisar se a decisão foi correta ou não. (CARVALHO, 2014, p. 32) Para que haja análise dessa fundamentação, precisamos determinar os seus requisitos. O primeiro deles é que deve conter em uma decisão, impreterivelmente, a condenação ou absolvição. A organização dos fatos e as normas que serão aplicadas, as consequências da aplicação e o nexos que liga os fatos aos enunciados jurídicos. O material probatório é garantia processual contra o arbítrio na decisão. (CARVALHO, 2014, p. 34)

O princípio, com intenção de assegurar que se alcance uma verdade real dos fatos acaba por ampliar a discricionariedade do juiz no momento de escolha da pena a ser aplicada. Em contraposição, maior deve ser a atenção e clareza na hora de fundamentar sua decisão. E sendo a garantia da motivação uma exigência constitucional, o controle para que ele se efetive deve ser feito por meio de recurso para STJ ou STF, visando assegurar a legalidade e constitucionalidade.

¹⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (EC no 19/98, EC no 20/98 e EC no 45/2004): IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf

¹⁷ Art. 381. A sentença conterá: III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

A falta de motivação é reconhecida quando o juiz não expõe o que o levou a decidir daquela forma, ou não declaração em sua decisão de fatos que poderiam modificá-la, resultando em causa de nulidade processual. Não é só a falta da motivação que gera nulidade, mas também quando ela é feita de forma inconclusiva e confusa. Com efeito, é o entendimento da jurisprudência pátria, *in verbis*:

PENAL. MOEDA FALSA. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE, DA AUTORIA E DO DOLO. 1. A necessidade de motivação das decisões judiciais surgiu como consectário lógico da adoção, pelo sistema processual penal, do sistema da livre apreciação das provas, permitindo que o juiz, no momento de proferir a sua decisão, tenha liberdade na seleção e valoração dos elementos de provas, ficando, contudo, obrigado a justificar as razões do seu convencimento. **2. A motivação das decisões judiciais tem tripla função. São elas: garantir a imparcialidade do juiz; propiciar o controle da legalidade da decisão, demonstrando se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; e assegurar às partes o direito à valoração das provas e teses trazidas à apreciação do magistrado, satisfazendo-se, assim, o princípio do contraditório.** 3. Diante dos termos da própria sentença impugnada, **verifica-se que esta não se baseou, única e exclusivamente, em provas produzidas na fase inquisitorial, uma vez que, ao analisar a autoria e o elemento subjetivo do tipo, fez menção, expressamente, ao interrogatório do réu e aos depoimentos prestados, em Juízo, pelos policiais e pela testemunha de defesa (fls. 56), afastando, por completo a nulidade aventada.** (TRF-2 - APR: 200850010075040, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 06/03/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 15/03/2012)

Portanto, observa-se que a aplicação incorreta do princípio da motivação leva a nulidades processuais, já que é direito do acusado ter uma pena fundamentada com clareza, para que seja garantido o seu contraditório e ampla defesa. E como no processo de aplicação da pena, analisa-se o maior grau de reprovabilidade da conduta, aplicando então a pena necessária e proporcional em face da culpabilidade e periculosidade do autor, para que ocorra uma individualização da pena mais eficaz foi dado ao juiz alto grau de discricionariedade. O que pode gerar certo temor no condenado, ao saber que seu crime teve uma alta comoção popular e que o juiz pode ser tendencioso ao calcular.

Portanto, quanto mais discricionária é a decisão do juiz, mais ela precisará de motivação, para que possamos ponderar a liberdade que lhe foi concedida, verificando se ele se utilizou bem dos argumentos e prova que as partes produziram. Só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador. (SCHECAIRA, *apud* CARVALHO, 2002, p. 33-34)

A doutrina que segue Salo de Carvalho entende que os julgadores não são completamente capacitados para essa tarefa, já que não são psicólogos ou psiquiatras, sendo assim o julgamento, quanto a circunstância da personalidade, seria pobre de fundamentação e uma argumentação leiga sobre um fato que é de imensa importância no destino processual do réu, poderia acabar não somente em arbitrariedade, como em nulidade processual. Nesse sentido esclarece José Pagnela Boschi (2014, p.171):

[...] definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo atributos próprios de sua personalidade. Por isso, contata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas d tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa”, ou “má” que, do ponto de vista técnico, nada dizem.

Então, para que o juiz consiga fundamentar bem sua decisão precisaria adentrar no ramo das ciências psicológicas, para analisar as teorias e doutrinas sobre o tema e decidir qual seguimento preferir para embasar sua tese. Contudo, nenhuma teoria deverá ser generalizada, por tratar de um conceito indeterminado. Sendo assim, para poder fundamentar o juízo sobre a personalidade do réu, deveria indicar qual conceito de personalidade em que se baseou para a tarefa, qual metodologia utilizada, quais foram os critérios e os passos seguidos e, em consequência, em qual momento processual foi-lhe possibilitada averiguação (CARVALHO,2002, p. 55).

Encontra-se então, inapropriado o magistrado decidir desfavoravelmente a essa circunstância sem demonstrar os métodos e conceitos utilizados, pois assim, feriria uma garantia constitucional, que visa assegurar ao réu, o contraditório e ampla defesa, que serão afetados por uma motivação vaga e imprecisa.

Nesse sentido, custa analisar a decisão do Habeas Corpus 97.400 julgado em 02/02/2010 em Minas Gerais, no qual o Ministro Cezar Peluso traz seu posicionamento sobre a análise da personalidade que foi decidida como desfavorável pelo juiz de instância inferior, observa-se:

Quando a personalidade do agente, aplica-se idêntico raciocínio. A circunstância reputada negativa, - “voltada para o crime” -, sem que, no entanto, se fizesse qualquer referência a elementos aptos a fundamentar tal conclusão.

(...)

No caso, a total ausência de base empírica para justificar o diagnóstico do juízo quanto à personalidade do paciente induz à conclusão de que, para tanto, foram considerados tão somente os inquéritos e ações penais pretéritos, ainda em curso, mas pendentes de trânsito em julgado. Dessa forma, pelas mesmas razões do item anterior, o reconhecimento dessa circunstância judicial e o conseqüente aumento de pena devem ser desconsiderados. (HC 97.400/ MG, 02/02/2010)

Destarte, diante do entendimento no ministro pode-se perceber que a decisão impetrada era de clara motivação inidônea. Além de se basear em inquéritos e ações penais em curso, o que causa divergência de entendimento pois alguns juízes entendem que após a Súmula 444¹⁸ do STJ não se poderia basear em inquéritos e julgamentos em curso para considerar como desfavorável os antecedentes, conduta social e personalidade.

Essa súmula foi editada com base em julgados que utilizavam inquéritos e julgamentos em curso como prova de antecedente para agravar a pena base do acusado, além de utilizar o mesmo meio de prova para motivar a valoração da personalidade e conduta social como negativas.

De fato, não obstante a edição da Súmula 444, ainda se observou juízes utilizarem argumentos de fatos praticados anteriormente para caracterizar como desfavorável a personalidade do agente, como motivo de aumento de pena base além do mínimo. Observa-se então, passagem retirada do Acórdão proferido pelo TRF da 1ª região, julgado em 19/02/2019, sobre Apelação Criminal que visou reformar pena-base aumentada acima do mínimo legal, com base em inquéritos penais em curso e foi considerado por esse motivo, que a personalidade do agente era “voltada para o crime”.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO A AGÊNCIA DA ECT. DOSIMETRIA AJUSTADA. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. REFERÊNCIA GENÉRICA. MOTIVAÇÃO INDEVIDA. CONSEQUÊNCIAS. RECUPERAÇÃO PARCIAL DO VALOR ROUBADO. PREJUÍZO EXCESSIVO NÃO DEMONSTRADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO. APELAÇÕES PROVIDAS. 1. Apelação que não discute o decreto condenatório no seu plano de fundo (autoria e materialidade), senão a dosimetria da condenação pelo crime de roubo qualificado pelas circunstâncias (art. 157, § 2º, I, II, CP), merecendo a sentença ajustes nas

¹⁸**Súmula 444** - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010). Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.) > Acesso em 09/05/2019.

condenações. 2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam ao incremento da pena-base, quer a título de maus antecedentes, quer a título de conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena." (Súmula 444 - STJ). 3. A mera alegação de que a personalidade do agente é "voltada para o crime" não constitui elemento idôneo para a exasperação da pena-base, que não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com fundamento em referências vagas, genéricas e em dados não explicitados, sem a motivação devida. 4. As consequências do crime podem ser consideradas desfavoráveis se o prejuízo causado for excessivo e ficar demonstrado nos autos. Hipótese em que os valores subtraídos foram parcialmente recuperados, não cabendo falar em prejuízo excessivo da ECT. 5. A concorrência, na individualização da pena do segundo apelante, entre a atenuante da confissão espontânea (art. 65, I - CP) e a agravante da reincidência (art. 63 - CP), permite a compensação de uma pela outra, já que ambas dizem respeito à personalidade do acusado e se revestem de causas preponderantes (art. 67 - CP). 6. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula 443/STJ). Os elementos dos autos justificam a exasperação da reprimenda em patamar superior a 1/3 (um terço). 7. Apelações providas. Redução das condenações.

Já em outra região, escolhida de forma aleatória para comparação das decisões, o TRF da 5ª região reforma sentença que foi apelada pelo réu, com a mesma intenção do julgado anterior, desconsiderar o aumento da pena base. Este Acórdão foi julgado em 30/04/2019, sobre PROCESSO Nº: 0809640-76.2016.4.05.8400. A decisão prolatada em primeiro grau determinava pena base além do mínimo motivada pela personalidade desfavorável por haver ações penais em curso e foi reformada com base na súmula 444 do STJ.

No cálculo da pena-base, em relação a todos os réus, foram consideradas desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade e as consequências do crime, fixando-se a pena inicialmente em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão. **Contudo, com relação à personalidade, levou-se em consideração a existência de condenações e ações penais em curso contra os acusados, a exemplo de outros delitos de roubo contra agências da EBCT, contrariando-se pacífica orientação expressa na Súmula nº 444 do STJ, segundo a qual é vedada a utilização ações penais em curso para agravar a pena-base, assim como a condenação ter sido posterior a prática do delito imputado na presente ação não pode ser considerada para o mesmo fim.** Por igual, nas consequências do crime, a subtração da quantia de R\$ 13.388,78 não é representativa de um resultado para além da tipificação do crime, não se encontrando dissociado das consequências normalmente esperadas com a prática dessa modalidade de crime. Consequentemente, com base em tais evidências, cabe a redução da pena-base aplicada aos réus para o patamar de 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão.

Ao considerar pesquisa feita por Luana Paschoal (2014, p.103), percebe-se outro julgado que também valora negativa a personalidade. Destarte, na

Apelação Criminal 0001399-04.2003.4.03.6123/SP, de relatoria do Desembargador Federal Johnson di Salvo, da 1ª. Turma, julgada em 15/06/2010, que trata de crime de moeda falsa e roubo, um dos réus, desvalorizada sua personalidade e conduta social por já ter cometido outro crime:

Primeiramente, esclareço que a reincidência constitui circunstância agravante, a ser considerada na segunda fase de aplicação da pena privativa de liberdade, e não no momento de fixação da pena-base. Ainda, constata-se à vista da folha de antecedentes carregada aos autos (fls. 202), que o crime de roubo – frise-se: a condenação foi por crime de furto (fls. 446) – perpetrado por A234. E considerado pelo magistrado a quo para fins de reincidência, foi perpetrado em 23 de agosto de 2003, portanto, posteriormente ao fato ocorrido nos presentes autos, o que impede sua consideração, até mesmo, como mau antecedente. Nesse sentido: STJ, HC 72.024/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 10.06.2008, DJe 30.06.2008. Todavia, não ostenta boa conduta social e apresenta personalidade perniciososa o agente ousado insolente que, 07 (sete) meses após ter sido preso em flagrante pela prática de crime de roubo e moeda falsa, investe novamente contra o patrimônio de outrem, razão pela qual mantenho a pena-base de A. em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Nesse sentido a autora entende que, trata-se de *bis in idem* a valoração dos fatos ocorridos anteriormente como motivo de valoração desfavorável da personalidade, já que houve aumento de pena base seja como antecedente, seja com reincidência, o que enseja dupla punição, claramente proibida pelo ordenamento jurídico.

Nessa esteira, Ney Moura Teles também verifica um caso de *bis in idem* em relação a culpabilidade, conduta social e personalidade, atribuindo a culpabilidade uma análise geral da conduta do indivíduo e junto a isso incluindo a personalidade. Observa-se:

Se, como se observou, o elemento que fundamenta e limita a pena é a culpabilidade, e se essa é a reprovabilidade do comportamento, de todo óbvio que qualquer conduta é determinada também pela personalidade do homem. Por exemplo: um homem agressivo, que reage ao primeiro impulso, e agride um bem jurídico, tendo plena consciência da proibição, e não se tendo contido, podendo plenamente fazê-lo, será culpado em grau elevado, pelo que realizou e não exatamente por ser dotado de personalidade desequilibrada, violenta. Inegável, entretanto, que, quando o juiz examina a culpabilidade, estará examinando implicitamente a personalidade do agente. Não poderá fazê-lo outra vez, isoladamente, o que seria um verdadeiro *bis in idem*. (TELES, 2006, p. 366)

A súmula 444 foi marco que impactou as decisões, causando divergência de entendimento e como podemos ver em comparação aos Acórdãos supracitados que ainda existem juízos de piso que não interpretam a súmula como extensiva a circunstância da personalidade.

Por fim, segue mais um Acórdão que foi julgado que foi julgado 26/02/2019 pelo TRF da primeira região, que reforma sentença de primeiro grau, na qual foi julgado negativa a personalidade do réu por ser considerado com “má índole” e personalidade voltada para o crime.

PENAL E PROCESSUAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE PARA DEFLAGRAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO. CP, ART. 334, CAPUT. REDAÇÃO ORIGINAL. CIGARROS NÃO AUTORIZADOS. IMPORTAÇÃO PROIBIDA. CIGARROS AUTORIZADOS. ILUSÃO NO PAGAMENTO DE TRIBUTO. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO.

(...)

O juiz criminal dispõe de discricionariedade para a dosimetria da pena, mediante os parâmetros legalmente fixados conforme o princípio da individualização da pena, a culpabilidade, os antecedentes criminais, a **conduta social**, a **personalidade**, os **motivos**, as circunstâncias e as consequências do **crime** (CP, art. 59). 10. O fato de o apelante ter trabalhado como motorista para a prática do contrabando não justifica, por si só, a imposição de uma culpabilidade maior, visto que a **conduta** praticada é praticamente inerente ao tipo penal. Por outro lado, tampouco há de se falar em participação de menor importância, como sustenta, pois sua participação foi relevante para a consumação do delito. 11. É indevido o agravamento da pena-base fundamentado na "**personalidade** voltada para o **crime**" ou "má índole" do réu, carecendo de amparo sólido, devendo esta circunstância ser afastada. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido rigorosa quanto à valoração negativa da **personalidade** e da **conduta social** do agente, recusando-a mesmo em situações mais extremas como ações penais em curso, transitadas em julgado e cometimento de atos infracionais (Rcl 24.123/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 3ª Seção, julgado em 22/06/2016, DJe 27/06/2016; HC 355.752/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017).

(...)

15. Parcial provimento da apelação para reduzir a pena-base para 2 anos de reclusão, fixada de forma definitiva à míngua de circunstâncias agravantes e atenuantes e de causas de aumento e diminuição da pena, a ser cumprida no regime aberto, e substituída por restritivas de direito conforme a sentença; para reduzir a pena substitutiva de prestação pecuniária para 5 salários-mínimos e para conceder a assistência judiciária gratuita.

Além disso, pode-se dizer que os argumentos para conceituar personalidade estão cada vez mais “esvaziados”, isso demonstra a dificuldade dos juízes em fundamentar as decisões. (PASCHOAL, 2014, p. 133) Nota-se em mais um Acórdão sobre Apelação Criminal Nº 15189, julgada pela primeira turma em 04/04/2019, referente ao processo 0004978-10.2013.4.05.8400, na qual o relator Desembargador Federal Leonardo Augusto Nunes reformou a decisão para demonstrar que o argumento utilizado para valorar a personalidade nada tinha a ver com o que se entende do instituto.

“Personalidade: circunstância desfavorável, pois voltada para a prática delitiva, uma vez que, nestes autos, restou evidente que o réu falsificou

documentos como forma de ocultar o desvio de recursos públicos quando da apresentação da prestação de contas;”

(...)

Entretanto, afastada possibilidade da prática do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93 (não se há de falar de crime de dispensa de licitação se não houve a instauração irregular de procedimento tendente a tanto), bem como considerando a utilização de documentos falsos como circunstância desfavorável (não tendo relação com o elemento personalidade), restam duas circunstâncias desfavoráveis, apresenta-se exasperada em demasia a pena-base fixada em de 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, pelo que deve ser reduzida para 04 (quatro) anos de reclusão. (ACR 15189, RN/Primeira turma)

Os juízes em considerações a personalidade, restringem a análise do acusado a seu temperamento, reincidência, conduta social, e não se aprofundam no estudo da sua história familiar, que é grande responsável pela formação do indivíduo. Ademais, não se fundam de conteúdo teórico voltado para o estudo da mente do indivíduo, se tornando vaga e sem base empírica a decisão.

Rogério Greco, entende que a análise da circunstância judicial em questão nega a possibilidade de uma avaliação correta da personalidade do agente, por não haver condições de aferição do histórico familiar e de vida do réu no meio do processo. E o autor, inclusive, coloca em questão a ideia de um profissional de saúde poder participar desta avaliação.

Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc.), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá leva-la em consideração no momento da fixação da pena-base. Merece ser frisado, ainda, que a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado direito penal do fato, pois que prioriza a análise das características penais do seu autor. (GRECO, 2019, p.709)

Nesse sentido, o autor Jose Antônio Pagnella Boschi (2014, p. 173), acredita ser superficial a investigação sobre o histórico pessoal e familiar do acusado, não se aprofundando o julgador em um ponto essencial para a pesquisa sobre a personalidade do acusado, já que a personalidade dos pais acaba por influenciar na formação da criança. Não é uma garantia que o sujeito tenha personalidade estática parecida com a dos pais, pois o dinamismo a vida o levará a ter várias influências ao longo de sua história, mas sabe-se que a formação inicial do ser humano tem grande influência da criação dos pais.

Assim, o autor faz mais uma crítica a avaliação dessa circunstância ao mencionar questionamento feito por Gilberto Ferreira, sobre a individualização da pena feita por outro juiz, no caso da relativização do princípio da identidade física do juiz. (BOSHCI, 2014, p.173) O que geraria mais injustiça ao condenado.

Ademais, as motivações escolhidas nas fundamentações das decisões são acarretadas de cargas humanas que possuem os julgadores, pois os mesmos, não são máquinas e sim seres humanos, que contém, cada um sua maneira de ver o mundo e como ele se faz em fatos e pessoas, uma percepção individual dos objetos e das coisas que o rodeiam.

O juiz ao adentrar em um caso, precisa administrar suas emoções pois como qualquer outro ser humano tem uma personalidade e conceitos formados e é vulnerável a sentimentos que podem afetar sua decisão. Seria inocência de quem pensa que o juiz poderia se desvincular de todas as suas crenças no momento de decidir, sendo assim, ele precisa ampliar sua visão e passar a analisar não só seus impulsos psicológicos, como também o das partes e dos advogados, para que melhor consiga chegar a uma solução do caso concreto. (Ambrósio, 2012, p. 493)

A autora Gisela Ambrósio, demonstra em sua pesquisa que o juiz poderá agir pela intuição, como por exemplo, nos casos que precisa verificar se houve mentira ou não do acusado, isso seria a utilização de um recurso emocional que deve ser administrado para melhor decidir, ou seja, sendo a intuição um elemento útil para justiça. (Ambrósio, 2012, p. 494)

As emoções do juiz também podem interferir no seu modo de julgar e chega até a criar mecanismos inconscientes de bloqueios psicológicos de defesa em casos que lhe causam sofrimento. Da mesma forma as experiências vividas chegam a influenciar pois causam afeição ou negação a determinados sujeitos. “Assim, o equilíbrio para o julgamento só é alcançado por meio do controle psicológico do juiz, que permite o reconhecimento e o direcionamento de tudo o que é captado pelos sentidos.” (Ambrósio, 2012, p. 497)

A lei seria então o resultado de uma boa ou má lógica do juiz e suas verdades. Uma análise da personalidade do acusado e uma análise de sua relação com o julgador. Sendo assim, todo o julgamento e sentimento que o homem possui,

influenciaria na aplicação da pena. O que poderia levar o julgador a aplicar apressadamente a lei, fazer uma análise do texto legal de forma equivocada.

Na verdade, quis-se com essa análise demonstrar que a atividade de julgar, humana por natureza, ressent-se, como não poderia deixar de ser, de todo tipo de falha, a final de contas, os julgamentos não são feitos por máquinas, computadores, onde se colocam os dados do caso, e com o apertado de um botão, se chega à pena. Não, trabalha-se com gente, e como tal, passível de erro. As divergentes formas de julgar verificadas nos julgados estudados apenas vêm referendar a impossibilidade da manutenção de critérios subjetivos, na fixação da pena-base, uma vez que até quanto aos critérios objetivos não há isonomia nos julgamentos, demonstrando-se a imperfeição do ser humano. Se com relação às circunstâncias objetivas, o subjetivismo ficou mais que constatado, no que diz respeito às circunstâncias subjetivas, a situação resta ainda mais frágil. (PASCHOAL, 2014, p.132-133)

Por fim, diante de todo o exposto, entende-se que é quase impossível o juiz ser preciso ou coerente no momento de desvalorar a personalidade do agente. E para que haja uma boa fundamentação da decisão, deverá o magistrado explicitar sua metodologia, o que não se verifica nas decisões atuais, e assim fica quase impossível conseguir uma decisão que encontre valoração desfavorável a personalidade de forma justa e coerente.

Assim, resta claro que não há coerência na análise dessa circunstância judicial, pois mesmo que houvesse técnica suficiente dos magistrados eles invadiriam esfera privada do indivíduo que o Estado não tem legitimidade para atuar. E diante de todas as dificuldades apresentadas, foge do bom senso, já que, frente ao direito penal garantista que é baseado no princípio da secularização, os juízes não possuiriam legitimidade para tanto. (BOSCHI, 2014, p. 176)

Percebe-se que, ao analisar a personalidade, o julgador, por não possuir conhecimentos de psiquiatria e psicologia, acaba exercendo um julgamento empobrecido de fundamentação no tratar das características pessoais do acusado, leva-se assim à determinada arbitrariedade tornando tal análise injusta para o acusado. Por isso, a legalidade da avaliação no processo penal dos elementos subjetivos, como a personalidade, é tão debatida pela doutrina, pois fere princípios constitucionais que são limitadores de abusos e se opõe ao direito garantista do ordenamento jurídico brasileiro.

O autor José Antônio Pagnella Boschi (2014, p. 176) declara ainda que mesmo estando dentro do padrão aceito pelos princípios e normas técnicas o magistrado deveria expressar quantum menor de valoração negativa, já pois, que o

indivíduo agiu tomado por instintos de personalidade perigosa. Verifica assim, o entendimento:

Dizendo, com outras palavras: a eventual “deformação da personalidade do réu oriunda de transtorno reconhecido longe de servir como exasperação da pena base precisaria, isto sim, propiciar o abrandamento da censura penal, porque o transtorno afeta a liberdade moral e a capacidade do indivíduo de bem formular juízos críticos e de atentar para o dever de viver em harmonia consigo e com os outros, como recomenda a ética e determinam as normas jurídicas. (BOSCHI, 2014, p. 176)

Nesta senda o autor recomenda que o juiz se declare impossibilitado de emitir juízo crítico sobre tal circunstância. Em contraposição, diante da impossibilidade de aferir a personalidade do sujeito no curso do processo e mediante a desnecessidade desta avaliação, seria necessário a exclusão de tal circunstância no presente Código Penal, pois, esta decorre de uma análise do ser do agente e não do fato cometido, como exaustivamente citado no trabalho, não faz jus ao modelo garantista que visa-se alcançar e demonstra o retrocesso existente nas leis do ordenamento jurídico vigente. O afastamento da aplicação da presente circunstância, coaduna com projeto de reforma do código penal, apresentada pelo Senador Pedro Taque substituindo o atual artigo 59, exclui a conduta social e a personalidade do dispositivo legal.

CONCLUSÃO

Acerca do esboço fático do presente trabalho, compreende-se que é essencial o debate sobre as questões de valoração subjetiva que ainda existem em nosso ordenamento jurídico, pois trata-se clara e unicamente de uma invasão estatal na esfera privada de cada indivíduo presente na sociedade. Uma esfera que os próprios aplicadores do direito não conseguem destrinchar claramente diante do emaranhado de teorias e métodos que se encontra ao adentrar o ramo da psicologia, psiquiatria e antropologia.

E para entender o porquê de ainda se analisar tais elementos no sistema penal, é necessário compreender que a pena desde a antiguidade traz consigo um aspecto de vingança e de retribuição dos males cometidos. O que justifica as teorias que autenticam o direito penal, ao analisar a necessidade do ser humano de proteção e na busca de reforçar a confiança das normas que são impostas pelo Estado.

Assim, com a intenção de coibir condutas consideradas contrárias ao que foi padronizado, as normas acabam por conter características fortes de coerção. E quando sua eficácia é frustrada a sociedade que vive assustada, anseia por normas mais duras, mais gravosas, a fim de aumentar o medo dos sujeitos que atuam contrários ao ordenamento que os limita.

Frente a uma história de gradativos Códigos Penais e leis que assegurassem mais a proteção da família e a chamada “defesa social”, resta clara a influência da Criminologia Positiva nas normas brasileiras, que internalizou conceitos de penas indeterminadas em análise a periculosidade do autor.

Assim, percebe que a sociedade passa a considerar algumas pessoas como perigosas, aqueles indivíduos que praticam ilícitos. O que paulatinamente aumenta a vontade popular para que esses sujeitos se afastem da convivência leve e pacífica, já que são uma ameaça para o bem comum. O que enseja a segregação e marginalização social. Diante disso, se verifica que no Direito Penal Moderno, ainda se mantém características arcaicas de um direito penal do autor, no qual, o indivíduo é punido por ser quem ele é e não pelas práticas delituosas que cometeu.

Em uma breve sinopse da história das penas conseguimos delinear essa busca social pela punição, mas ao mesmo tempo nota-se um necessário esforço dos juristas de criar normas que assegurem direitos, a fim de humanizar as sanções, ainda que se faça presente a crescente violência social.

Uma demonstração disso, foi a incorporação de princípios garantistas na legislação ao longo da história. Observamos a presença da legalidade, vedando a punição de condutas não tipificadas em lei. Outro ponto de essencial importância é o princípio da individualização das penas que possibilita o condenado a ter pena justa e pessoal, o que interfere até na qualidade de vida dos seus familiares, na tentativa de assegurar a justiça e conservar os laços afetivos do réu, que não deixa de ser um ser humano porque cometeu um delito.

A humanização das penas, surge para assegurar também essas garantias de direitos fundamentais, inerentes ao homem pelo simples fato de existir e ser um ser que deve viver em sociedade com condições mínimas existenciais. E tudo isso faz parte do nosso ordenamento jurídico, por influências dos ideais do princípio da secularização que separa o direito da moral com intuito de racionalizar o direito, afastando assim as análises do sujeito pelo que ele é.

Mesmo assim, são infrutíferas as tentativas de afastar o subjetivismo na ciência penal brasileira e ainda que a culpabilidade tenha roubado o foco como critério de aplicação de pena, esta culpabilidade, no caso da análise da personalidade, traz de forma camuflada um sentido de culpabilidade do autor.

No tocante ao artigo 59, o magistrado deve avaliar com cautela as circunstâncias do crime e as peculiaridades que o agente trouxe em suas ações a luz das garantias dos princípios que constitucionalizam o direito penal. E mesmo que o dever de fundamentar do juiz, abra grande espaço para sua discricionariedade, no intuito de assegurar a justiça material, ele deve utilizar deste dever de motivação para possibilitar o poder de fiscalização da sociedade, e que por fim, garanta o contraditório e a ampla defesa das partes.

Mas para que haja fundamentação consciente e baseada na culpabilidade do fato ocorrido, no qual se evita arbitrariedades no julgamento, o juiz deverá afastar da decisão a valoração desfavorável da personalidade. Já que, ele não possui

conhecimento técnico de psicologia, psiquiatria que o faça conseguir bem fundamentar uma valoração negativa.

Percebe-se que, ao analisar a personalidade, o julgador, por não possuir conhecimentos de psiquiatria e psicologia, acaba exercendo um julgamento empobrecido de fundamentação no tratar das características pessoais do acusado, leva-se assim à determinada arbitrariedade tornando tal análise injusta para o acusado. Por isso, a legalidade da avaliação no processo penal dos elementos subjetivos, como a personalidade, é tão debatida pela doutrina, pois fere princípios constitucionais que são limitadores de abusos e se opõe ao direito garantista do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, observa-se que nem mesmos os teóricos do ramo das ciências mentais e sociais conseguem definir com precisão o que é a personalidade, não podendo nem mesmo os profissionais da área acertarem um método rápido e eficaz que solucione esse problema no momento da dosimetria da pena, o que causa o engessamento das decisões, como foi demonstrado nos julgados analisados.

Ademais os magistrados são seres humanos, incapazes de se tornarem cem por cento neutros após adentrarem na carreira, restando clara que uma análise subjetiva de um criminoso seria acarretada de carga pessoal. O que é inaceitável diante das normas postas no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, é notória a incoerência na análise dessa circunstância judicial, que frente aos avanços na legislação nacional já deveria ter sido extinta, não só ela como todas as normas que carregam em si um viés da culpabilidade do autor, pois os homens não podem ser julgados pelo que são, muito menos, serem julgados por outros homens que também carregam em si uma formação familiar, cultural e psicológica.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; OLIVEIRA, Gustavo Justino; MANSO, Bruno Paes. **Número da violência no Brasil já equivalem aos de um país em guerra**. *Jornal USP*, São Paulo, 2018. Disponível em: < <https://jornal.usp.br/atualidades/numeros-da-violencia-no-brasil-ja-equivalem-aos-de-um-pais-em-guerra/> > Acesso em: 15/05/2019

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Conceito de Constitucionalidade**. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo> > Acesso em: 14/05/2019.

AMBRÓSIO, Gisela. **Psicologia do Juiz**. *Rev. de Direito Econômico .Socioambiental*, Curitiba, v.3, n.2, p. 491-503. jul./dez. 2012

ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. P. 143-148.

BALLONE GJ, *Personalidade – Geral*, in. *PsiqWeb*, Internet. 2016. Disponível em: < www.psiqweb.net >

BALLONE GJ – *Personalidade e Crime*. in. *PsiqWeb*, Internet. 2017. Disponível em: < <http://www.psiqweb.net> >

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de Barros. **Direito Penal**. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p 55.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delito e das Penas**. Edição eletrônica. Ed Ridendo Castigat Moraes, 1764, www.Jahr.org

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais**. Disponível em: < https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:oG_S-

[kwzBdEJ:https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1077/1010+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1077/1010+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br) > Acesso em:18/03/2019.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013.

_____. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal Primeira região. APELAÇÃO CRIMINAL.Processo nº: 2010.35.00.000345-0. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. Ed. Amp. Editora Lumem a Juris. 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no direito penal**. – 2. Ed.- São Paulo, Saraiva, 2015.

COELHO, Yuri Carneiro. Introdução do Direito Penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. P.80-83.

COSTA, Amanda do Santos. **Análise do direito penal do inimigo frente ao código penal e princípios constitucionais**. Monografia, Curso de Direito. Presidente Prudente, 2017. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/6782/6465>>

DOURADO, Alexandre. As fundamentações jurídico-teóricas acerca da finalidade da pena. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/39931/as-fundamentacoes-juridico-teoricas-acerca-da-finalidade-da-pena> > Acesso em: 18/03/2019

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão- Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Edição Revista dos Tribunais, 2002. P.29-33 e 683-684/208.

FERREIRA, Caroline Santana. **O Neolombrosionismo como Tendência da Neurociência do Direito Penal. – Direito Penal e as Descobertas Neurocientíficas**. Salvador: JusPodvim, 2015.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Revista do TRT da 15ª Região, N. 20. São Pualo, 2002.

Foucault, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987.

GIACOMOLLI. Nereu José. **Prisão, Liberdades e as Cautelares Alternativas ao Cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. Disponível em:

<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11344/2/Prisao_Liberdade_e_as_Cautelares_Alternativas_ao_Carcere.pdf > Acesso em: 18/03/2019

GOMES, Luiz Flávio. **“DIREITO PENAL” Do Inimigo e os Inimigos Do Direito Penal.** - Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ. 2da. Edición, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, volume 1.** 21ª ed. Niterói: Impetus, 2019. P. 143-155.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo.** JusBrasil. Disponível em <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>> Acesso em: 16/03/2019.

HALL, Calvin S. **Teorias da Personalidade- a natureza da personalidade.** 2007. Disponível em: <https://www.larpsi.com.br/media/mconnect_uploadfiles/c/a/cap_1.pdf > Instituto terra, trabalho e cidadania. Disponível em <<http://ittc.org.br/cidh-realiza-audiencia-publica-para-investigar-violacoes-de-direitos-nos-presidios-do-brasil/> >

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** 2.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos Do Direito Penal.** 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da aplicação da pena.** 5ª ed. Curitiba:Juruá, 2011.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais.** 2ªedição. Porto Alegre: Revista e Aumentada, 2003. P. 51-56.

MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena.** 3ª ed. São Paulo: WMF, Martins Fontes, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Martins, Ricardo Marcondes. *IN: Neoconstitucionalismo.* Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo> > Acesso em: 16/03/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 5ª ed. rev. amp. e atual.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 38-55).

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanização das penas e o alcance da penas cruéis**. 2014. Dissertação de Mestrado. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo- USP. São Paulo. Prof. Orientador: Helena Regina Lobo da Costa. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/pt-br.php> >

PASCHOAL, Luana. **A conduta social e a personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade De Direito Da Univesidade De São Paulo, 2014. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-08082016-144318/pt-br.php> >

PRADO, Luiz Reges. **Teorias do Fim da Pena: breves reflexões**. Revista dos Tribunais Online- Ciências Penais. 2004. Disponível em < <http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf> 1>

PRADO, Luiz Reges. **Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988**. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Princ%20ADpios%20da%20dignidade%20e%20humanidade%20das%20penas.pdf > Acesso em: 11/04/2019

PRADO, Rodrigo Murad do. **Entenda como funciona o regime disciplinar diferenciado**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/432801474/entenda-como-funciona-o-regime-disciplinar-diferenciado>>

RODRIGUES, Cristiano. **Temas Controvertidos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009. P. 63-67.

SALLA, Fernando. As prisões em São Paulo. São Paulo: ANNABLUME, 1999.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 81262. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+HC+81262&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3> . Acesso em: 18 mai. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal, parte geral. 7ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.p. 32 e p. 621-622.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **As ideias de defesa social do sistema penal brasileiro: entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**. 2010, TESE (Doutorado em História de Ciência)- Faculdade Pontífca Universidade Católica de São Paulo- PUC, São Paulo. Orientadora: Márcia Helena Mendes Ferraz. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/13235/1/Bartira%20Macedo%20de%20Miranda%20Santos.pdf> >

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. . **Lombroso no Direito Penal: o destino d'O Homem Delinquente' e os perigos de uma ciência sem consciência.** In: CONPEDI, 2012, Uberlândia-MG. Publicação Compedi - anais de Uberlândia, 2012. p. 7209-7229.

SANTOS, Luiza Rodrigues. **A Atuação Do Psicólogo Jurídico Na Execução De Medidas De Segurança Em Crimes Passionais Frente À Lei Da Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001).** 2019. Monografia. Salvador- Faculdade Baiana de Direito. Orientadora: Prof. Mônica Neves Aguiar. Disponível em: < <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Luiza%20Rodrigues%20dos%20Santos.pdf> >

SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória.** 11ª edição. Salvador: JusPodvim, 2017.

Supremo Tribunal Federal STF -HABEAS CORPU, 97400. MINAS GERAIS, Relator: Cezar Peluzo. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8453355/habeas-corpus-hc-97400-mg> >

STOCCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente da fixação da pena.** Dissertação de mestrado, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVESIDADE DE SÃO PAULO, 2013. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09082017-110945/pt-br.php> >

TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I. p. 366

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. **Apelação Criminal Nº 15189 RN. Processo De Número: 0004978-10.2013.4.05.8400.** Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/data/2019/04/ESPARTA/00049781020134058400_20190424_7439935.pdf >

ZAFFARONI, E Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** São Paulo, Editora Revan. 4ª ed. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral/ Eugênio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierrangeli.- 8ª. Ed. Rev.e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.**

