

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

CAMILA PSCHIEDT

**ASPECTOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NA PRIMEIRA FASE DA FIXAÇÃO
DA PENA: AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONDUTA SOCIAL E
PERSONALIDADE DO AGENTE**

**CURITIBA
2018**

CAMILA PSCHIEDT

**ASPECTOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NA PRIMEIRA FASE DA FIXAÇÃO
DA PENA: AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONDUTA SOCIAL E
PERSONALIDADE DO AGENTE**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. Dr. Guilherme Oliveira de
Andrade**

**CURITIBA
2018**

CAMILA PSCHIEDT

**ASPECTOS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NA PRIMEIRA FASE DA FIXAÇÃO
DA PENA: AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONDUTA SOCIAL E
PERSONALIDADE DO AGENTE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela banca examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Dr. Guilherme Oliveira de Andrade

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

À DAGMAR CREMASCO e ZENITA
PSCHEIDT amor na minha existência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais Paulo Sérgio Pscheidt e Andréa Pscheidt, por serem luz em meu caminhar.

A energia suprema de Deus, por sua infinita bondade que emana forças e vontade de lutar.

Ao meu irmão, Paulo Sérgio Pscheidt Filho, por sempre torcer pela minha felicidade, me incentivando todos os dias.

Ao meu namorado Murilo Cenovicz que percorreu ao meu lado toda essa trajetória, me dando apoio e carinho.

E por último e não menos importante, agradeço meu orientador professor Guilherme Oliveira de Andrade pelos conhecimentos e pela ajuda compartilhados durante a elaboração desta monografia.

*“Sua tarefa é descobrir o seu trabalho e, então, com
todo o coração, dedicar-se a ele”.*

(BUDA)

RESUMO

O presente trabalho é um estudo acerca da apreciação da conduta social e da personalidade do agente como critério para fixar a pena base em um Estado Democrático de Direito. A monografia examina se esta análise afronta princípios democráticos, bem como se respalda em resquícios da teoria do Direito Penal do autor. O trabalho apresenta o conceito de todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, ressaltando a personalidade e conduta social e, questionando, sua utilização frente aos princípios de um Estado Democrático.

Palavras-chave: conduta social, personalidade do agente, Direito Penal do autor, Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

RESUMO	6
1 INTRODUÇÃO	8
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
2.1 ANTIGO REGIME	10
2.2 ILUMINISMO	12
2.3 SECULARIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	14
2.4 CONTRATUALISMO.....	15
3 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO DO ESTADO	20
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	20
3.1.1 <i>Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia</i>	22
3.1.2 <i>Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Stricta</i>	23
3.1.3 <i>Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Scripta</i>	23
3.1.4 <i>Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Certa</i>	23
3.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	24
3.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	25
3.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	27
3.4.1 Princípio da Fragmentariedade	28
3.4.2 Princípio da Subsidiariedade.....	29
3.5 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA.....	30
3.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA.....	31
3.7 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE	32
4 APLICAÇÃO DA PENA	35
4.1 MÉTODOS DE APLICAÇÃO.....	35
4.2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	36
4.2.1 Fases da Individualização da Pena.....	38
4.2.2 Circunstâncias Judiciais	39
4.2.2.1 Culpabilidade	42
4.2.2.2 Antecedentes	44
4.2.2.3 Motivos	45
4.2.2.4 Circunstâncias do crime	47
4.2.2.5 Consequências do crime	49
4.2.2.6 Comportamento da vítima	51
5 ANÁLISE DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	53
5.1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	53
5.2 CONDUTA SOCIAL	55
5.3 PERSONALIDADE DO AGENTE.....	61
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O século XVI foi considerado um momento crítico para o poder punitivo, governado por poderes arbitrários do Monarca, este período ficou conhecido como Antigo Regime, no qual as punições eram desiguais, cruéis e desumanas. No entanto, a partir do século XVIII, a sociedade passa por mudanças ideológicas, com o advento de ideais humanitários, o direito punitivo transfere-se para um período racional, através do Iluminismo, contratualismo e secularização do Direito Penal, os quais trazem a razão para o pensamento humano.

Estes períodos sintetizam este poder, ao passo que os ideais teológicos, tornam-se antropológicos e liberais resultando por conseguinte, uma limitação do poder punitivo estatal, o que sugere uma menor intervenção na vida privada.

São corolários deste processo evolutivo, princípios que limitam a intervenção estatal na vida privada, aplicados através da Constituição Federal e Código Penal. Estes princípios norteiam a fixação da pena, garantindo ao réu sua dignidade, humanidade e liberdade: de consciência, expressão e moral. Na primeira fase da fixação da pena, disposta no artigo 59 do Código Penal, encontram-se as circunstâncias judiciais examinadas pelo magistrado, respeitando sempre os princípios acima mencionados.

Isto posto, a acuidade do trabalho está em enfatizar duas destas circunstâncias judiciais: a personalidade do agente e a conduta social, realizando uma análise crítica, questionando se ao considerar tais circunstâncias como critérios de valoração para fixação da pena, o Direito Penal torna-se incompatível com princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, apresentando conseqüentemente resquícios do Direito Penal do autor.

Este trabalho é estruturado em quatro capítulos, expondo no primeiro, o processo evolutivo histórico do Direito Penal, com as significativas influências iluministas, contratualistas e do processo secularizador. Já no segundo capítulo, são abordados os princípios norteadores da fixação da pena, a qual é apresentada e explicada no terceiro capítulo, conjuntamente com seus métodos de aplicação e fases, bem como as circunstâncias judiciais analisadas pelo magistrado no momento de fixação.

O quarto e último capítulo enfatiza a análise das circunstâncias: conduta social e personalidade do agente em um Estado Democrático de Direito, explicando os conceitos de cada circunstância e em seguida realizando uma análise crítica da mesma. Assim, questiona-se se a valoração destas fere princípios basilares da Constituição configurando um Direito Penal de autor, teoria esta que será explicada ao longo do trabalho.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 ANTIGO REGIME

Para que se promova o entendimento acerca do período iluminista e sua significativa influência no regime jurídico atual, se faz necessário o estudo do período precedente, conhecido como Antigo Regime. O Antigo Regime foi um período que vigorou do século XVI ao século XVIII, versando um regime de um Estado centralizado e absolutista, no qual o poder era concentrado unicamente nas mãos do monarca, tido como soberano.

O Monarca exercia o poder em nome e em vontade de Deus, acreditava-se neste período que a autoridade do rei era sagrada, a medida em que desobedecer esta ordem seria um pecado, caracterizando um período arbitrário. Desta arbitrariedade resulta desigualdade e desproporcionalidade, pois a sociedade era formada por uma hierarquia composta por classes sociais.

As classes eram divididas entre os privilegiados (clero e nobreza) os quais não recebiam punições severas e tratamentos desumanos, diferentemente do aplicado ao resto da sociedade, os menos favorecidos, cuja condição de pobreza os obrigava a sofrer penas cruéis como punições físicas e torturas. Como aclara Delboni “nos castigos, o condenado era levado em cima de uma carroça aberta ao céu, sem roupas e exposto ao vexame e acorrentados nos pés, pescoço e nas mãos, sendo vítimas de agressões e injúrias do povo.”¹

Acerca da desigualdade do Antigo Regime, Prado posiciona-se:

Tem-se um Direito gerador de desigualdades, cheio de privilégios, heterogêneo, caótico, construído sobre um conglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; arbitrário e excessivamente rigoroso.²

¹ DELBONI, Arthur Henrique de Assis. Direito penal e a origem das penas. **ORBIS Revista Científica**, v. 3, n. 3, p. 13-33, ISSN: 2178-4809 Latindex Folio 19391. Disponível em: <www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/107/107> Acesso em: 17 mar. 2018.

² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45.

Bruno descreve o Antigo Regime como um “período sombrio”³ para a história penal, pois o poder público era absoluto e a preocupação era em defender o príncipe e a religião, fazendo com que os interesses se confundissem. O árbitro que não tinha limites, ao definir os crimes e a pena, criava em cima da punição uma insegurança que justificava o terror. Caracterizando um período injusto e cruel, firmado por uma desigualdade de punição que era dada para os nobres e plebeus e por um sistema repressivo.⁴

A respeito do poder arbitrário do Antigo Regime, Dal Ri Júnior e Castro aduzem que:

A brutalidade das penas do direito penal do Antigo Regime era um dos componentes essenciais de sua escandalosa ineficácia; o objetivo da pena era fundamentalmente simbólico: buscava-se aterrorizar. A graça real, por meio da qual se afastava a aplicação da pena, era seu complemento necessário. Por meio dela, o soberano se legitimava perante o organismo social e, principalmente, perante o beneficiado. Todo o modo de operar do direito fundava-se, assim, no arbítrio e a renúncia à eficácia do direito penal, implícita nessa estrutura, tolhia a capacidade real de, por meio dele, interferir sobre o conjunto da sociedade.⁵

A Igreja detinha profunda influência nos pensamentos desta época, auxiliando o poder do rei e participando de suas decisões. A punição pelos crimes visava a preservar a Igreja Católica e a nobreza, pois eram eles que detinham o poder e dominavam as populações da época, sendo tudo justificado em nome de Deus. Essa influência da Igreja impedia a evolução da ciência e fortalecia a intolerância religiosa.

Como forma de reação a esse período desumano e desigual, surgem os iluministas, trazendo novas ideias ao homem, que não vive mais subordinado perante ao rei, ou a uma religião e crença. A razão move-se para o centro do pensamento humano, configurando-se um período antropológico e não mais teleológico como no Antigo Regime.

³ BRUNO, 1967 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

⁴ BRUNO, 1967 apud BITENCOURT, loc. cit.

⁵ DAL RI JÚNIOR, Arno; CASTRO, Alexandre de. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. **Revista Sequência**, n. 57, p. 279, dez. 2008. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818229.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2018.

2.2 ILUMINISMO

A sociedade no século XVIII passa a viver um momento de contraposição ao Antigo Regime através de um movimento intelectual, que vem antes da Revolução Francesa, chamado Iluminismo, o qual tem a razão como centro do pensamento humano.

A filosofia iluminista se prostrava otimisticamente, pois acreditava no progresso por meio do uso crítico e construtivo da razão, sendo o homem o detentor de seu próprio destino e formulador do racionalismo. Por esta perspectiva, contrariavam as imposições de caráter religioso, ao absolutismo e sua “razão” divina, além dos privilégios dados à nobreza e ao clero. O movimento atingiria o seu apogeu no século XVIII, o qual passaria a ser conhecido como o “Século das Luzes”. O Iluminismo encontrou maior força e recepção aos seus princípios na França – palco de problemas econômicos, religiosos, políticos e sociais –, onde influenciaria sobremaneira a Revolução Francesa através da: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” – lema basilar no processo revolucionário.⁶

A ascensão dos ideais que valorizam os pensamentos racionais incidem em limitações estatais, destituindo a ideia do indivíduo como servidor do Estado, pois é o Estado que existe para a proteção do indivíduo. Ao passo que a origem do Estado está no povo e não mais em Deus e os direitos do povo não advêm mais somente do rei.

Compreende Gomes que:

O iluminismo surgiu como reação contra o Direito e a Jurisprudência do “Ancièn Regime” vigentes até finais do século XVIII; contra um sistema cujas leis correspondiam à única ideia da prevenção geral ou intimidação e tomava o acusado como mero “exemplo” para os demais. Leis vagas e atrozes, que eram aplicadas sob a égide de um processo penal arbitrário, secreto, inquisitorial, baseado na confissão e no tormento. É lógico, por isso, que a história reservava aos ilustrados e reformistas uma missão essencial e valiosa: a crítica do “antigo regime” assim como o estabelecimento das bases filosóficas e políticas dos anos vindouros.⁷

⁶ MELLO, Vico Denis S.; DONATO, Manuella Riane A. O pensamento iluminista e o desencantamento do mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático. **Revista Crítica Histórica**, ano II, n. 4, p. 256, 4 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/118/O%20Pensamento%20Iluminista%20e%20o%20Desencantamento%20do%20Mundo.pdf>> Acesso em: 7 set. 2017.

⁷ GOMES, Luiz Flavio et. al. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v.1. p. 76.

No Antigo Regime, o monarca tinha a arbitrariedade em suas mãos, limitando o povo a submissão de suas vontades. Em contrapartida, no Iluminismo, o homem passa a agir como um ser pensante, capaz de raciocinar sua própria liberdade e crença. A sociedade, por sua vez, vê o Estado como um ente que promove segurança e liberdade, não necessitando mais de dogmas divinos para o seu progresso.

Na obra Iluminismo e Direito Penal, os autores esclarecem que:

[...] é no seio do Iluminismo que a visão do direito enquanto instrumento de organização e direcionamento social será fortalecida e elaborada de maneira sistemática. E, por evidente, as teorias iluministas que faziam da legislação um instrumento de racionalização social através do qual se poderia moldar e aperfeiçoar a sociedade teriam um cenário extremamente favorável na identificação do Iluminismo com governos centralizados que utilizavam a legislação para impor determinados caminhos ao conjunto social.⁸

Para Caldeira:

Inicia-se o período humanitário da pena e surge a Escola Clássica do Direito Penal que, com base na ideia de livre-arbítrio do ser humano, abandona o caráter cruel e irracional das penas para se aproximar da ideia racional e humanitária da pena, com base na proporcionalidade entre o crime e a respectiva sanção.⁹

Faz-se necessário compreender que o avanço do antropocentrismo e o amadurecimento do pensamento racional, que sustentaram o pensamento do homem daquela época e influenciaram os movimentos iluministas, foram fruto de duas ideias chaves – a secularização do direito e a teoria do contratualismo social.

⁸ DAL RI JÚNIOR, Arno; PAULO, Alexandre Ribas de; CASTRO, Alexander; SONTAG, Ricardo. **Iluminismo e Direito Penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/29962-30055-1-PB.pdf> Acesso em: 17 mar. 2018. p.23.

⁹ CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf> Acesso em: 24 mar. 2018.

2.3 SECULARIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Originado na Idade Média, o processo de secularização designa a transferência de bens da propriedade da Igreja para o Estado. A partir deste processo, o poder de punição é secularizado, ou seja, ele passa das mãos da Igreja e começa a pertencer ao Estado.

A secularização do Direito Penal define-se em um momento de “cisão entre a cultura eclesial e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da ciência.”¹⁰ Com a autonomia do uso da razão, garante-se maior liberdade individual, a medida que inicia um processo de imposição de limite para o poder punitivo.

O Direito Penal existe para proteger bens jurídicos lesionados e não para proteção de religiões, dogmas, posições políticas ou morais. Isto relaciona-se a ideia de um Estado laico, que ao produzir leis não se influencia por tendências de caráter religioso, moral ou ideológico.

Entende-se que “a amplitude do alcance desse princípio”¹¹ representa uma verdadeira “pedra angular da democracia e ferramenta pródiga de legitimação/deslegitimação de toda atividade do poder estatal”.¹²

Carvalho posiciona-se a respeito do alcance do princípio secularizador:

[...] o processo de secularização, em realidade operou, de imediato, uma minimização na intervenção do direito penal. Se nos modelos pré (ou anti) seculares há possibilidade de o direito penal criminalizar e penalizar a esfera da consciência (o ser do sujeito), na estrutura proposta pelos pensadores iluministas tal ingerência é ilegítima. De plano, percebe-se que a laicização do direito implica em balizar uma política criminal de intervenção mínima, ou seja, somente serão passíveis de criminalização aqueles atos que empreenderem efetiva lesão de bens jurídicos de terceiros.¹³

Desta maneira, compreende-se que por meio da secularização, a intervenção do direito penal minimiza-se, podendo apenas criminalizar atos que possuam a

¹⁰ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem, Juris, 2004. p. 5.

¹¹ Ibid., p. 17.

¹² CARVALHO; CARVALHO, loc. cit.

¹³ Ibid., p. 9.

concreta lesão a bens jurídicos e não mais a criminalização moral, baseada na esfera da consciência. A partir deste princípio solidifica-se uma política criminal de intervenção mínima.

2.4 CONTRATUALISMO

O homem como defensor de um ideal de Estado provedor de segurança e liberdade, provém da teoria do contrato social, conhecida também como contratualismo. É de suma importância para o entendimento desta teoria o estudo de três pensadores que tiveram grande destaque: Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Segundo Abreu, em sua obra *Elementos de Teoria Geral do Estado*, esses três pensadores:

[...] influenciados pela ideia de um Direito Natural, mas procurando o fundamento desse direito, assim como da organização social do poder político, na própria natureza humana e na vida social, como verdadeiros precursores da antropologia cultural aplicada ao estudo do Estado.¹⁴

Para Sgubbi:

O contrato substitui a matriz divina do Estado e da sociedade por uma matriz meramente terrena, na qual o direito subjetivo surge como eixo central, capaz de sustentar e promover princípios de liberdade e igualdade, para além de outros princípios estruturantes da visão de mundo liberal, de modo a propiciar as condições fundamentais da vida em sociedade.¹⁵

Preliminarmente, pressupõe-se que os homens saem do estado de natureza em que vivem para um estado civil e essa troca acontece através de um contrato

¹⁴ DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. Disponível em: <https://estudeidireito.files.wordpress.com/2016/03/dalmo-de-abreu-dallari-elementos-da-teoria-geral-do-estado.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2018. p. 5.

¹⁵ SGUBBI, 1975 apud D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

social, estabelecido entre os indivíduos que vivem em sociedade e que abdicam de direitos e liberdades ao Estado em prol de segurança.

O pacto é um instrumento de deveres e direitos mútuos entre Estado e indivíduo. O soberano deve governar a sociedade através de leis, e como troca do poder que a ele foi atribuído, este deve garantir a “segurança dos bens”.¹⁶ Porém, ao cidadão também são impostos deveres, o de “obediência às leis”¹⁷, podendo assim, exigir as garantias que foram compactuadas. Torna-se importante ressaltar que não são todas as liberdades pactuadas, pois a liberdade de consciência e de locomoção não estão disponíveis para o ser humano pactuar.¹⁸

Hobbes entendia que “o homem vive inicialmente em estado de natureza.”¹⁹ Para Hobbes, nesse estado os homens “são egoístas, luxuriosos, inclinados a agredir os outros e insaciáveis, condenando-se, por isso mesmo, a uma vida solitária, pobre, repulsiva, animalésca e breve”²⁰ e o único objetivo era preservar a vida desta guerra, sendo a vida o direito natural em que acreditava. Para preservá-la, a única opção era entregar sua soberania ao Estado por meio do contrato social. Nessa teoria, o homem renuncia aos seus direitos em troca de segurança, portanto o contrato é “mútua transferência de direitos.”²¹

Contudo, vale ressaltar que nesse período a sociedade vivia a época do Absolutismo. Na visão de Hobbes, esse poder concedido estava concentrado nas mãos do Rei. Hobbes “entende que os indivíduos ao celebrarem o pacto delegam todos os seus direitos ao soberano absoluto, o qual passa a ter plenitude de suas liberdades (delineamento do Estado Absolutista).”²²

John Locke foi adverso ao Absolutismo Monárquico e defensor do liberalismo político e dos limites da intervenção estatal. Locke compreendia que o estado de natureza do homem é de paz, em que os homens racionais possuem direitos como vida, liberdade e propriedade.

John Locke acreditava que o Estado não tinha o poder absoluto defendido por Hobbes, pois o Estado deve ser mínimo. Posiciona-se negando o “absolutismo e a

¹⁶ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 11.

¹⁷ CARVALHO; CARVALHO, loc. cit.

¹⁸ CARVALHO; CARVALHO, loc. cit.

¹⁹ DALARI, 1998, p. 9

²⁰ DALARI, loc. cit.

²¹ DALARI, loc. cit.

²² CARVALHO; CARVALHO, op. cit., p. 9.

centralização burocrática e imuniza da interferência estatal direitos sobre os quais é ilícito ao Estado proibir, julgar e punir”.²³

Nas palavras de Abreu “Esta é a linha de orientação do chamado Estado-liberal, cuja inspiração se atribui a John Locke, por suas obras de crítica ao absolutismo inglês, tendo essa diretriz política exercido grande influência prática.”²⁴ A criação do Estado através do contrato social advinha de um acordo consensual. Na sua visão, o pacto tinha como dever resolver os conflitos do Estado de natureza do homem de maneira imparcial, pois ao fazer isto, o Estado garante os direitos naturais. Ou seja, a atuação do Estado na vida da sociedade e com intuito de preservar seus direitos.

Jean Jacques Rousseau, em contrapartida, defendia a ideia de um contrato social livre, em que os homens abdicavam de sua liberdade individual em razão da vontade geral. Para Rousseau, a soberania do povo era o estado civil, poder este que era indivisível. Portanto, o Estado era limitado a concordar com a vontade geral. Para Abreu:

[...] povo como soberano, no reconhecimento da igualdade como um dos objetivos fundamentais da sociedade, bem como na consciência de que existem interesses coletivos distintos dos interesses de cada membro da coletividade.²⁵

Neste sentido, novamente Abreu elucida que:

Tendo partido da afirmação da existência de uma liberdade natural, que a sociedade visa proteger, não aniquilar, ROUSSEAU se refere também à igualdade natural, dizendo que, longe de destruí-la, o pacto fundamental procede a uma correção, suprimindo as deficiências resultantes de desigualdade física e fazendo com que os homens, podendo ser desiguais em força ou engenho, se tomem iguais por convenção e de direito. Por isso tudo ele próprio formula a conclusão de que, se indagarmos em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser o fim de toda legislação, encontraremos dois objetos principais: liberdade e igualdade.²⁶

²³ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 9.

²⁴ DALARI, 1998, p. 40.

²⁵ Ibid., p. 10.

²⁶ Ibid., p. 11.

A partir da influência destes filósofos jusnaturalistas, o absolutismo é hostilizado, dando espaço ao surgimento de ideais de um Estado Democrático moderno que “nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana.”²⁷

Destarte, os ideais contratualistas e o princípio de secularização, resultam em reformas na maneira de pensar do ser humano, direcionado para a razão, tais ideais passam a influenciar o campo penal, refletindo em uma maior humanização e questionamentos acerca do campo de atuação do Estado na vida em sociedade. “Ao negar o pensamento teísta do direito penal pelo contratualismo, opera-se uma lesão na espinha dorsal na estrutura repressiva”.²⁸

Da linha de “argumentos do penalismo contratualista”²⁹, Cesar Bonessana Maquês de Beccaria marca o “início definitivo do Direito Penal moderno.”³⁰

Zaffaroni a respeito de Beccaria, aduz que:

[...] foi um seguidor de Rousseau quanto as ideias contratualistas, e disto derivava, como consequência necessária, o princípio da legalidade do delito e da pena. Considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado. Rejeitava duramente a crueldade inusitada das pena de sua época e a tortura, que era o meio de prova mais usual. Sustentava que se devia abolir a pena de morte, salvo nos delitos que colocavam em perigo a vida da nação.³¹

Beccaria, a partir da ideia do contratualismo, afirma que o propósito em aplicar a pena é impedir que o criminoso cause novos males e conseqüentemente os outros indivíduos o imitem e, quaisquer outras punições que não tenham esse sentido e não sejam extremamente necessárias são tirânicas. Defendia o uso de leis claras e precisas, não concedendo ao juiz a arbitrariedade, pois acreditava que não cabia ao juiz interpretar as leis.³²

Desta forma, entende-se que Beccaria foi um grande humanitário e reformista, que através do uso da razão do homem se contrapôs ao regime penal medieval e

²⁷ DALARI, 1998, p. 54.

²⁸ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 9.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. p. 239.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral - volume 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

³¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 240.

³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições do direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 40.

almejava moldar um novo estilo de governo, libertando-se de dogmas e costumes autoritários. Sintetizou um Estado de Direito Garantista, no qual os processos se tornam públicos, os crimes se tornam legais e as penas proporcionais, respeitando um devido processo legal.

Origina-se, a partir da secularização do Direito Penal e do contratualismo, um período humanitarista contrário ao período precedente do Antigo Regime, com ideias liberais que fortalecem um ideal Garantista com uma menor intervenção estatal na esfera individual e íntima, respeitando a esfera moral. A partir desse período, o Direito Penal moderno se molda baseado em princípios que respeitam os direitos individuais e limitam o poder de punição estatal.

3 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está previsto no artigo 5º XXXIX da Constituição Federal, o qual assegura que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”³³ É o princípio base do Direito Penal democrático, o qual garante que uma conduta só será penalizada, se houver uma lei que a estipule como crime.

Este princípio atua como uma forma de segurança jurídica garantida ao réu, pois limita o poder de punição do Estado, o qual só pode atuar em conformidade a lei.

Batista elucida a função deste princípio:

Sem dúvida, a principal função do princípio da legalidade é a função constitutiva, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas exclui as penas ilegais (função de garantia), porém ao mesmo tempo constitui a pena legal (função constitutiva).³⁴

Bitencourt, a respeito do princípio da legalidade aponta que:

[...] a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.³⁵

Embora Beccaria já tenha se manifestado acerca da ideia de limitação do poder de punição por parte do Estado, respeitando o indivíduo e a legalidade da pena, é a

³³ Art. 5º XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mar. 2018).

³⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan Ltda, 2007. p. 68.

³⁵ BITENCOURT, 2010, p. 41.

partir do filósofo Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach que através da sua “fórmula latina”³⁶ *nullum crimen, nulla poena sine lege* consolida a ideia de legalidade, a qual se expande aos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Fragoso elucida os princípios assentados por Feuerbach em sua fórmula:

O princípio da legalidade dos delitos e das penas surge como exigência de natureza política. A fórmula latina, no entanto, resultou dos princípios assentados por Feuerbach, como consequência de sua teoria da coação psicológica. Toda inflição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Somente a ameaça de um mal através da lei fundamentada a noção e a possibilidade jurídica da pena. A inflição pena está condicionada à existência da ação ameaçada (*nulla poena sine crimine*). Através da lei a pena ameaçada se liga ao fato como o pressuposto jurídico necessário. O fato legalmente ameaçado (o pressuposto legal) é condicionado através da pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Através da lei o mal liga-se a determinada violação do direito como necessária consequência jurídica. Formulava, assim, Feuerbach, os princípios básicos do Direito Penal, que em caso algum admitiam exceção. Em nenhum caso pode haver crime ou pena sem previa ameaça.³⁷

A partir do princípio da legalidade que atua como uma forma de restrição da atuação do Estado na esfera individual, permitindo-o agir apenas em conformidade a lei, observa-se quatro sub-princípios interpretados através das expressões: *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Busato, a respeito dos requisitos que derivam do princípio da legalidade aclara que:

[...] é preciso deixar claro que derivam do princípio de legalidade certos requisitos que devem ser tidos em conta na formulação jurídica, a saber: (a) a *existência de uma lei* que estabeleça os delitos e as penas (*lex scripta*): disso se deduz que a lei é a única fonte formal e direta das normas penais e deve estabelecer-se mediante um procedimento regular preestabelecido, o que evita o filtro do Direito consuetudinário como fonte de Direito direta; (b) as leis devem ser *prévias* às condutas que constituem delito, que estabelecem suas consequências, que estabelecem o procedimento a seguir e a forma em que devem cumprir-se as penas (*lex praevia*), pelo que resta proibida a retroatividade da lei penal incriminadora; (c) as leis devem ser estabelecidas de forma *clara e precisa* (*lex certa e stricta*), o que Silva Sánchez prefere denominar *mandado (ou comando) de determinação*,⁶⁹ em

³⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições do direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.92-93.

³⁷ FRAGOSO, loc. cit.

concordância com a doutrina alemã. Daí se deduz a proibição da analogia em matéria penal e, ao mesmo tempo, exige-se precisão na descrição dos tipos.³⁸

Batista, neste sentido, aclara que “Pode o princípio da legalidade, visto pelo prisma de garantia individual, ser decomposto em quatro funções.”³⁹ Para o autor, a primeira decomposição é a proibição da retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), entende a partir disto a função histórica do princípio da legalidade, a qual reage contra as leis “*ex post facto*”.⁴⁰

Em seguida, Batista elucida que a segunda decomposição é a proibição de crimes apenas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). Entende-se que, apenas a lei promulgada de acordo com a Constituição pode criar penas e crimes.⁴¹

Desta forma, a terceira decomposição é a proibição do emprego de analogias para criação de crimes, aumentando ou agravando penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).⁴² Por último, Batista aclara que a quarta decomposição diz respeito a proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).⁴³

3.1.1 *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia*

O princípio da anterioridade da lei penal, “significa que uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para a qual se destina”⁴⁴, ou seja, garante que a lei deve ser anterior ao fato.

A doutrina penal entende que a lei não pode retroagir baseada em fatos anteriores a sua vigência, considerando a irretroatividade da lei penal, porém tal

³⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral - v. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 35.

³⁹ BATISTA, 2007, p. 68-69.

⁴⁰ BATISTA, loc. cit.

⁴¹ Ibid., p. 70.

⁴² Ibid., p. 74.

⁴³ Ibid., p. 77.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral - arts. 1º ao 120 do Código Penal - v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 70.

irretroatividade conta com uma exceção. Para benefício do réu (*lex mitior*), a lei penal autoriza a retroatividade, pois a norma penal tem como dever a garantia do direito do réu perante o poder do Estado.

3.1.2 *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Stricta*

Tal face do princípio da legalidade, pressupõe que só é passível de punição o que é expresso no texto da lei, ou seja, punir uma conduta exata que está prevista em lei, não permitindo a punição por analogia.⁴⁵ Porém a vedação é para a “analogia *in malam partem*”⁴⁶, ou seja, a que prejudica o acusado, sendo permitido o uso de “analogia *in bonam partem*”⁴⁷ que atua em favor da ampliação de direitos do indivíduo.⁴⁸

3.1.3 *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Scripta*

Não existe crime e nem pena sem uma lei que os defina, os costumes não podem estipular crimes e penas, apenas a lei. Os costumes podem ser utilizados apenas como uma forma de interpretação dos elementos normativos do tipo, como uma fonte formal, nunca para a criação de leis penais no ordenamento jurídico.⁴⁹

3.1.4 *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Certa*

Reporta ao princípio da taxatividade da lei, o qual assegura que a lei penal deve ser específica, clara, exata, etc. Na elaboração da lei, deve o legislador ser preciso,

⁴⁵ BUSATO, 2017, p. 51.

⁴⁶ BUSATO, loc. cit.

⁴⁷ BUSATO, loc. cit.

⁴⁸ BUSATO, loc. cit.

⁴⁹ Ibid., p. 35.

proibindo incriminações vagas e incertas, não deixando dúvidas, indicando taxativamente o que é lícito e ilícito, fazendo com que o texto da lei seja acessível para toda a sociedade.

“A incriminação vaga e indeterminada”⁵⁰ deixa incerta a esfera da licitude e compromete a segurança jurídica do cidadão, pois permite uma maior arbitrariedade ao Judiciário no momento de julgar.⁵¹

3.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade é classificado como um princípio de Direito Penal mínimo, pois serve como limitação da pena, que só poderá ser aplicada se a responsabilidade criminal decorrer da presença de um elemento subjetivo sendo este o dolo ou a culpa. Exige-se portanto, a previsibilidade de que o resultado possa ocorrer.

Faz-se necessário compreender que o princípio da culpabilidade é como um “repúdio a qualquer espécie”⁵² de responsabilidade objetiva.⁵³ Pois exige a existência de uma responsabilidade subjetiva, seja ela o dolo ou a culpa. O princípio da culpabilidade faz menção a responsabilidade pelo fato, o qual exige que “a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.”⁵⁴

Bitencourt elenca as consequências materiais do princípio da culpabilidade:

[...] resumindo, pelo princípio da culpabilidade em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.⁵⁵

⁵⁰ FRAGOSO, 1991, p. 95.

⁵¹ FRAGOSO, loc. cit.

⁵² BATISTA, 2007, p. 103.

⁵³ BATISTA, loc. cit.

⁵⁴ BATISTA, loc. cit.

⁵⁵ BITENCOURT, 2010, p. 47.

Para a responsabilidade penal estar configurada, exige-se a subjetividade advinda do dolo ou culpa. Nas palavras de Prado, “a responsabilidade subjetiva quer dizer que havendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação.”⁵⁶

Jesus, ao explicar o princípio da culpabilidade, elenca que:

Nullum crimen sine culpa. A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de fundamento e medida da pena, repudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade).⁵⁷

Sendo assim, entende-se a partir do princípio da culpabilidade que não é dado ao Estado o direito de punição apenas pelos elementos causais que levam a conduta a ser criminosa, excluindo os elementos subjetivos, pois ninguém poderá ser punido penalmente sem antes ter sido constatado o dolo ou a culpa por trás da prática da conduta.

3.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade é corolário do período iluminista, o qual trouxe ao Direito Penal limites ao poder punitivo, resultando no fim da fase de penas corporais e torturas, resultas de um abuso de poder advindo do Estado. Este princípio veda as penas cruéis, infames e degradantes e está assegurado no artigo 5º XLVII da Constituição Federal.⁵⁸

Boschi elucida a respeito do princípio da humanidade como uma garantia constitucional:

⁵⁶ PRADO, 2006, p. 82.

⁵⁷ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral - v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

⁵⁸ XLVII - 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 (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Em nosso meio, a Constituição Federal de 1988, em vários dispositivos, consagrou o princípio da humanidade das penas, como se pode extrair dos incisos XLIX e L do art. 5, assegurando respeito à integridade física e moral dos presos e garantindo as mulheres condenadas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação. É, entretanto, no inciso XLVII do citado artigo que se visualiza, com maior ênfase, o supramencionado princípio, com a proibição das penas cruéis, de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento.⁵⁹

Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, explica a ineficácia da tortura:

Qual é, portanto, o direito, senão o da força, que autoriza um juiz a punir um cidadão, enquanto ainda há dúvidas se ele é culpado ou inocente? Se culpado, ele deveria sofrer a pena imposta pela lei, e assim, a tortura se torna inútil, pois sua confissão é desnecessária; se ele não é culpado, um inocente foi torturado, pois aos olhos da lei todo homem é inocente se o crime não for provado.⁶⁰

No entendimento de Saldarriaga citado por Bitencourt “esse princípio sustenta 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.”⁶¹ Daí tem-se a ideia dos limites no momento de aplicação da pena, respeitando sempre a dignidade da pessoa humana.

Zaffaroni, a respeito deste princípio aduz que:

O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação castração ou esterilização, intervenção neurológica etc), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito.⁶²

Entende-se que um Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição que estabelece como fundamento a dignidade da pessoa humana e que dispõe ainda “que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

⁵⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 48.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana Marques de. **Dos delitos e das penas**. Tradução Neury Carvalho Lima. 1. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 47.

⁶¹ SALDARRIAGA, 1991 apud BITENCOURT, 2010, p. 47.

⁶² ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 157.

fundamentais”⁶³, possui portanto, o dever de ao impor limites no poder punitivo, impedir penas cruéis que transgridam a dignidade da pessoa.

Destarte, o indivíduo ao ser privado de sua liberdade por ter cometido um ato criminoso, não perde sua condição de cidadão e sua dignidade, que está assegurada constitucionalmente, pois a pena priva a liberdade em razão do fato cometido, mas a dignidade deverá sempre ser honrada e mantida.

3.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima garante ao Estado utilizar-se do Direito Penal apenas quando os demais mecanismos não forem suficientes, pois ao privar a liberdade de um indivíduo, o Estado está interferindo em sua esfera individual, ou seja, o último e mais severo mecanismo de intervenção na individualidade do homem.

Para Greco, o Direito Penal deve interferir o quanto menos possível na vida da sociedade, devendo apenas ser solicitado quando os outros ramos do Direito, não forem capazes de proteger aqueles bens que são considerados da maior importância.⁶⁴

Entende neste sentido Boschi que:

[...] o princípio propõe a necessidade de revisão dos tipos penais com base nos bens protegidos, pois, evidentemente, carece de sentido o sancionamento criminal de condutas de mínima lesividade, que podem ser objeto de sancionamento administrativo ou civil.⁶⁵

Bitencourt, a partir deste princípio conclui que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização da conduta só é legítima se construir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outra forma de sanção ou outros

⁶³ PRADO, 2006, p. 85.

⁶⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** – v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 49.

⁶⁵ BOSCHI, 2013, p. 51.

meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não é recomendável.⁶⁶

Entende-se portanto, que o Direito Penal só poderá criminalizar condutas que lesam bens jurídicos e que os outros ramos do direito sejam insuficientes e incompetentes, pois ao se tratar da liberdade do indivíduo o Estado só deverá interferir quando necessário.

Nucci explica o significado do princípio da intervenção mínima:

O princípio quer dizer que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores consequências.⁶⁷

A partir do princípio da intervenção mínima, derivam-se dois subprincípios, sendo estes a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal. A fragmentariedade remete a ideia de “que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal”⁶⁸, por sua vez a partir do conceito de subsidiariedade entende-se que “o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do direito.”⁶⁹

3.4.1 Princípio da Fragmentariedade

Diante deste princípio, interpreta-se que é impossível o Direito Penal proibir todas as condutas que lesem bens jurídicos na sociedade complexa atual, cabendo ao direito punitivo proibir as condutas mais gravosas. Como bem aponta Busato “e

⁶⁶ BITENCOURT, 2010, p. 43.

⁶⁷ NUCCI, 2017, p. 81.

⁶⁸ Ibid., p. 83.

⁶⁹ Ibid., p. 82.

essa seleção de bens jurídicos e de níveis de gravidade de ataque, feita pelo Direito Penal, é a denominada ‘fragmentariedade’.”⁷⁰

Bitencourt resume o significado do caráter fragmentário:

Resumindo, “o caráter fragmentário” do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.⁷¹

O Direito Penal deve, portanto, proteger bens jurídicos que resultam de agressões socialmente intoleráveis, ou seja, ações ou omissões mais graves.⁷² Pressupõe desta maneira que, a utilização do direito punitivo deverá ocorrer em situações extremas, consideradas de *ultima ratio*.

3.4.2 Princípio da Subsidiariedade

O Direito Penal é subsidiário, ou seja, quando os outros ramos não proíbem certas condutas, ele é chamado para impor uma pena privativa de liberdade. Logo, o direito punitivo é utilizado apenas quando necessário. A subsidiariedade, segundo Roxin citado por Batista, deriva da consideração do Direito Penal como um “remédio sancionador extremo.”⁷³

Prado aclara o princípio da subsidiariedade:

Já pelo postulado da fragmentariedade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O que faz com que só devem eles ser defendidos penalmente frente a certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização.⁷⁴

⁷⁰ BUSATO, 2017, p. 56.

⁷¹ BITENCOURT, 2010, p. 45.

⁷² PRADO, 2006, p. 84.

⁷³ ROXIN, 1981 apud BATISTA, 2007, p. 87.

⁷⁴ PRADO, op. cit., p. 84.

Vale ressaltar que o princípio da intervenção mínima nada tem a ver com o grau de importância de um determinado bem jurídico. Este princípio refere-se ao Direito Penal que em regra só é utilizado quando não houver outros modos de solução dos conflitos, pois cumpre a este direito tratar de situações em que o indivíduo, ao realizar a conduta, age culposa ou dolosamente. E segundo Busato, o Direito Penal é “um mecanismo de controle social que deve ser reconhecido como instrumento mais gravoso de que dispõe o Estado.”⁷⁵

3.5 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA

A Constituição Federal em seu artigo 5º XLV sustenta o princípio da pessoalidade da pena, o qual assegura que “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 aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”⁷⁶ Ressalte-se que a pena não ultrapassa a pessoa do réu, ou seja, ela não pode afetar terceiros que não estão envolvidos com o fato.

Aduz Zaffaroni, a respeito deste princípio que:

[...] nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre condenado.⁷⁷

Boschi explica que o princípio da pessoalidade “propõe compreender, então, que a responsabilidade não pode ser transferida a terceiro, isto é, a qualquer pessoa

⁷⁵ BUSATO, 2017, p. 58.

⁷⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLV - 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 aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

⁷⁷ ZAFFARONI, 1996 apud GRECO, 2008, p. 79.

não vinculada culposamente ao fato delituoso ou ao seu autor principal.”⁷⁸ Greco compreende que somente o condenado deve submeter-se a sanção aplicada pelo Estado, pois nos tempos de hoje somente o autor do fato responde pelo delito e não as pessoas que são ligadas ao seu grupo familiar ou social.⁷⁹

3.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

Em um Estado Democrático de Direito, é indispensável o princípio da proporcionalidade da pena. Como uma proteção ao réu, este princípio garante que ao cometer um crime, o indivíduo deverá ser punido proporcionalmente ao ato cometido, vedando penas maiores do que o estabelecido por lei e proibindo a utilização de prevenções, como uma forma de precaver posteriores crimes aumentando a pena do indivíduo.

Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, elucida a importância da proporção entre os crimes e as penas no sentido de reduzir a prática de crimes pelo mal que estes causam à sociedade.⁸⁰

Para Reale Junior, o sentido da proporcionalidade é:

A intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena. O legislador, mormente no âmbito penal, não é nem pode ser onipotente, pois as incriminações que cria e as penas que comina devem guardar relação obrigatória com a defesa de interesses relevantes. Os fatos incriminados devem, pois, efetivamente ameaçar, colocar em risco ou lesar esses interesses relevantes.⁸¹

Jesus denomina como o “princípio da proibição de excesso”⁸², aduz também, que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato.

⁷⁸ BOSCHI, 2013, p. 49.

⁷⁹ GRECO, 2008, p. 79.

⁸⁰ BECCARIA, 2012, p. 22.

⁸¹ REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense 2012. p. 29.

⁸² JESUS, 2014, p. 53.

Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor.⁸³

Já nas palavras de Nucci, a proporcionalidade “significa que as penas devem ser harmônicas em face da gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores.”⁸⁴

A proporcionalidade conceituada pelos autores supracitados, refere-se a harmonização entre os atos cometidos pelo indivíduo e a futura sanção imposta pelo poder estatal. A intervenção punitiva deve sempre respeitar os limites elencados pela legislação no momento de aplicação da pena privativa de liberdade ou das medidas alternativas.

Prado posiciona-se a respeito do princípio supracitado:

[...] princípio da proporcionalidade (poena debet commensurari delicto) - deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz)- entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.⁸⁵

Depreende-se da proporcionalidade a relação entre a conduta a qual lesiona o bem jurídico e a pena imposta. O Estado, ao impor penas desproporcionais a conduta criminosa, estaria atingindo direitos fundamentais do cidadão, sendo estes direitos indisponíveis e intocáveis, que devem ser garantidos e respeitados pelo Estado.⁸⁶

3.7 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

O Estado não é competente para punir, se não houver a concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado, ou seja, só existe crime, se houver uma ofensa a um bem jurídico. Preliminarmente é essencial para o entendimento deste princípio analisar o conceito de bem jurídico exposto por Roxin:

⁸³ JESUS, 2014, p. 53.

⁸⁴ NUCCI, 2017, p. 108.

⁸⁵ PRADO, 2006, p. 85.

⁸⁶ BITENCOURT, 2010, p. 58.

[...] podem-se definir bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.⁸⁷

Birnbaum, como bem explica D'Avila, foi o inventor da expressão bem jurídico, e que, para uma conduta ser criminosa, deve ter como resultado a concreta lesão a um bem jurídico. Nas palavras de D'Avila:

A teoria da proteção de bens jurídicos (Lehre vom Rechtsguterschutz) tem seu primeiro desenvolvimento em um conhecido escrito de Birnbaum (1834), no qual o autor afirmava que o conteúdo do crime deveria ser buscado, não na violação de direitos subjetivos, mas na ofensa a valores assim reconhecidos pela sociedade, isto é, na ofensa a bens protegidos pela norma.⁸⁸

A partir do conceito de bem jurídico de Birbaum, coloca-se em evidência as então incipientes dimensões fundamentais da teoria do crime como ofensa a bem jurídicos.⁸⁹

Havendo a lesão concreta a um bem jurídico, cujo conceito foi elencado acima, a conduta configura-se criminosa, devendo o Direito Penal intervir através das medidas cabíveis, respeitando sempre o contraditório e a dignidade da pessoa humana. A partir do exposto, o princípio da lesividade é constatado, entende-se desta maneira, que a intervenção estatal depende da lesão ao bem jurídico.

Bitencourt esclarece a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico como elemento indispensável para tipificação do crime em sentido material:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.⁹⁰

⁸⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-19.

⁸⁸ BIRNBAUM, 1834 apud D'Avila, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p 64.

⁸⁹ D'AVILA, 2009, p. 66.

⁹⁰ BITENCOURT, 2010, p. 52.

Ao entender que o crime se caracteriza a partir da lesão ao bem jurídico, Bitencourt explica qual o momento que o poder punitivo está legitimado para intervir na liberdade individual. A partir desta ideia, o princípio da lesividade é configurado, impondo limites na intervenção estatal, no sentido de que apenas lesões concretas, reais e danosas a um bem penalmente protegido devem ser consideradas crimes.

Batista destaca a importância da legitimação deste princípio para um Direito Penal objetivo e imoral:

Este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade a alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral- e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo, o direito 'coloca face a –face, pelo menos, dois sujeitos.' No direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime).⁹¹

De fato, este princípio permite ao Estado o dever de punir apenas condutas que lesem o bem jurídico alheio, não cabendo a punição por mera questão de moralidade. Ao aplicar este princípio, se faz muito necessária a distinção do direito e da moral, visto que ao Direito Penal não compete criminalizar condutas meramente imorais que não lesem bens jurídicos, pois ao fazê-lo estaria afrontando o princípio da lesividade.

Ao utilizar-se de seu poder para punir questões morais, o Estado deixaria de respeitar as liberdades individuais e estaria julgando a partir do direito subjetivo já discutido por Beccaria, o qual bem coloca que os crimes só deverão ser medidos pelo grau de prejuízo que causam a sociedade e não pela intenção de quem comete, senão seria necessário um código específico para cada cidadão.⁹²

Como exposto acima, o princípio da lesividade ao ter como principal objetivo a lesão de bens jurídicos para caracterização de crime, remete uma ideia de exteriorização e materialidade de condutas, legitimando conseqüentemente a ideia de Direito Penal do fato, ou seja, o fato exteriorizado, que lese concretamente um bem jurídico poderá ser considerado um fato criminoso.

⁹¹ BATISTA, 2007, p. 91.

⁹² BECCARIA, 2012, p. 26.

4 APLICAÇÃO DA PENA

4.1 MÉTODOS DE APLICAÇÃO

O Código Penal de 1940 adotava em seu ordenamento, o método bifásico de aplicação de pena, conhecido como modelo Roberto Lyra. Neste modelo de aplicação, o juiz avaliava as circunstâncias judiciais juntamente com as atenuantes e agravantes e, a partir disto, determinava a pena base. Após este primeiro momento, o juiz aplicava as causas de diminuição e aumento, fixando a pena base de maneira definitiva. No método bifásico, o juiz analisava conjuntamente as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes.

Nucci aclara o método bifásico de aplicação de pena:

LYRA, por sua vez, ensina merecerem as circunstâncias atenuantes e agravantes ser analisadas em conjunto com as circunstâncias do art. 59 para a fixação da pena-base. Somente após, aplicará o juiz as causas de diminuição e de aumento. A fundamentação para este posicionamento consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las.⁹³

Boschi explica o sistema bifásico de Lyra:

Com essa lição, o eminente penalista, recomendava que, na determinação da pena-base, o juiz, em uma primeira fase, valorasse em globo as circunstâncias judiciais (atualmente relacionadas no artigo 59) e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes (atualmente listadas e disciplinadas nos artigos 61 e 67). Sobre essa pena, ele faria incidir, em um segundo e derradeiro movimento, os aumentos ou as diminuições correspondentes às eventuais majorantes ou minorantes, que, como prevê o nosso Código, podem ser encontradas tanto na Parte Geral, quando na Parte Especial.⁹⁴

⁹³ NUCCI, Guilherme. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-6772-7/>>. Acesso em: 25 out. 2017. s.p.

⁹⁴ BOSCHI, 2013, p. 151.

Desta forma, a partir deste método de aplicação, nota-se a presente discricionariedade concentrada nas mãos do juiz, pois o magistrado analisava características subjetivas juntamente com as objetivas para determinar a pena-base e apenas depois disso analisava as causas de aumento e diminuição para fixar a pena.

A Lei nº 7.209/1984 acarretou a reforma no Código Penal Brasileiro, a qual ocasionou a alteração do modelo bifásico para o modelo trifásico de aplicação da pena. Este modelo trifásico, preconizado por Nelson Hungria, é o utilizado hoje no momento da dosimetria da pena e consiste em três fases: a fixação da pena-base, tomando como base as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em seguida o juiz aplica as agravantes e atenuantes para então opor as causas de aumento e diminuição da pena.⁹⁵

Nucci elenca as qualidades ao aplicar o modelo trifásico:

A despeito disso, como já ressaltado, prevaleceu o critério proposto por HUNGRIA, aliás, o mais detalhado para as partes conhecerem exatamente o pensamento do juiz no momento de aplicar a pena. Havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, torna-se mais clara a fixação da sanção penal.⁹⁶

Com o advento do modelo trifásico, a decisão do magistrado é fundamentada e dividida em três momentos. Nota-se, a partir disto, a maior garantia de ampla defesa exercida pelo réu e a menor discricionariedade do magistrado no momento de aplicar a pena.

4.2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena é uma garantia constitucional assegurada no artigo 5º inciso XLVI da Constituição Federal, “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico.”⁹⁷ Como estudado no presente trabalho, o crime é a violação do bem jurídico e para cada tipo

⁹⁵ NUCCI, 2015, s.p.

⁹⁶ NUCCI, loc. cit.

⁹⁷ NUCCI, loc. cit.

de crime haverá uma pena justa e exclusiva, por isso surge a individualização da pena, ou seja, a pena individual para cada indivíduo conforme o ato praticado.⁹⁸

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.⁹⁹

Pressupõe-se que em um Estado Democrático que atue com dignidade, a pena deve corresponder ao autor do crime e deverá ser individualizada, através de características objetivas e subjetivas a pena é fixada, abrindo a possibilidade de resposta como consequência da prática delitiva. Portanto, a individualidade do ser humano deve ser reconhecida e garantida nos direitos fundamentais de um Estado Democrático.¹⁰⁰

Para Nucci, a individualização significa:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.¹⁰¹

Com o decorrer dos tempos chegou-se à conclusão que a individualização feita apenas pelo legislador era injusta por não ser proporcional e a ampla liberdade

⁹⁸ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49.

⁹⁹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

¹⁰⁰ BUSATO, 2017, p. 833.

¹⁰¹ NUCCI, 2015, s.p.

concedida ao magistrado, resultaria em abusos. A partir disto, depreende-se que o legislador deve estabelecer o máximo e o mínimo abstratamente e o juiz deve fixar dentro disto a pena cabível.¹⁰²

4.2.1 Fases da Individualização da Pena

A individualização é realizada em três etapas distintas: legislativa; judiciária e executória. Primeiramente, o legislador ao elaborar o tipo penal, elenca a pena mínima e máxima para a reprovação de um crime. Quando ocorre a prática do crime, o juiz elege o montante concreto ao condenado, após esse momento, cabe ao magistrado responsável pela execução determinar o cumprimento e a individualização da sanção aplicada.¹⁰³

Na fase legislativa, determina-se o máximo e o mínimo da pena “estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena.”¹⁰⁴ Nas palavras de Ferreira, “quando o legislador estabelece os limites máximo e mínimo da pena e fixa outras regras às quais o juiz deve obedecer.”¹⁰⁵

Em seguida, a fase judicial consiste na atividade realizada pelo juiz, o qual irá fixar a pena em concreto. Para Bitencourt, esta fase “elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais.”¹⁰⁶ Vale ressaltar que o juiz nesta fase “não exerce o poder arbitrário, pois deve guiar-se fundamentalmente (art. 93, IX da CF).”¹⁰⁷

Por fim, a individualização executória, realizada pelo juiz da execução penal, o qual cumpre a individualização. Considerada por Bitencourt o “momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.”¹⁰⁸ Nesta fase, adentra-se ao artigo 5º da Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, a qual prevê a necessidade de classificar os condenados à pena privativa de liberdade, levando em

¹⁰² FERREIRA, 2000, p. 49.

¹⁰³ MOLINABLÁZQUEZ, 2002 apud NUCCI, 2015, s.p.

¹⁰⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** – v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 662.

¹⁰⁵ FERREIRA, op. cit., p. 49.

¹⁰⁶ BITTENCOURT, op. cit., p. 662.

¹⁰⁷ BOSCHI, 2013, p. 150.

¹⁰⁸ BITTENCOURT, op. cit., p. 662.

conta seus antecedentes criminais, o exame de sua personalidade e ainda aspectos como a análise familiar e social.¹⁰⁹

A individualização da pena utilizada pelo Código Penal Brasileiro, é alvo de críticas pertinentes a discricionariedade por parte do magistrado no momento da aplicação, Nucci critica a individualização judicial elencando que:

[...] o método e a larga margem discricionária do juiz ao escolher o *quantum* a aplicar ao condenado, dentre os limites previamente estabelecidos pelo legislador no tipo penal, além de eleger o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, quando for o caso, bem como decidir a respeito das propostas de substituição de penas por outras mais brandas ou aplicar um período de suspensão.¹¹⁰

Ao aplicar a sanção e individualizar a pena, o método de aplicação da pena no Código Penal brasileiro, avalia aspectos subjetivos do indivíduo que não deveriam ser analisados, pois o poder punitivo deve apenas examinar o fato criminoso para atribuição da responsabilidade penal. Ocorre que, no método de individualização vigente, é concedido ao magistrado o poder de analisar e julgar aspectos pessoais a respeito da personalidade do agente, desvirtuando o sentido objetivo de imputação do crime.

Desta forma, ao conceder ao magistrado a análise de aspectos subjetivos no momento da individualização, remete-se ao Direito Penal de autor, o qual fere em diversos aspectos a liberdade individual e moral do indivíduo, pois entende-se que ao considerar esses aspectos, a pena é baseada em características do modo de pensar do agente e não do fato por ele cometido.

4.2.2 Circunstâncias Judiciais

Compreende-se preliminarmente a partir do exposto acima, que o sistema de dosimetria da pena adotado pelo Código Penal brasileiro é o modelo trifásico. Este

¹⁰⁹ PRADO, Rodrigo Murad de. Da individualização da pena e da classificação do condenado. **Canal de Ciências Criminais**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/individualizacao-pena-condenado/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹¹⁰ NUCCI, 2015, s.p.

modelo constitui primeiramente a fixação da pena base, a qual parte do mínimo possível de possibilidade de pena. A primeira fase analisa as circunstâncias judiciais, sendo estas objetivas e subjetivas. “O termo circunstância provém de *circum* (círculo) e de *stare* (estar) e indica tudo o que está em torno, que está ao redor de algo. É gênero, cujas espécies são as circunstâncias judiciais listadas no art. 59.”¹¹¹

Prado elucida que as “circunstâncias judiciais são fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal.”¹¹²

Segundo Ferreira as circunstâncias judiciais:

As circunstâncias judiciais são assim chamadas porque o seu reconhecimento depende do arbítrio do juiz, diferentemente das circunstâncias legais, que são obrigatórias. Na verdade, o reconhecimento das circunstâncias judiciais não é assim tão facultativo como se tem apregoado na doutrina. Se elas existem, o juiz tem de reconhecê-las em obediência ao princípio constitucional da individualização. As circunstâncias judiciais têm papel importante na aplicação da pena: servem de critérios para fixação da pena-base e para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena.¹¹³

O artigo 68 do Código Penal¹¹⁴ estabelece que a aplicação da pena será realizada em três fases, primeiramente fixando a pena-base, após analisa-se as circunstâncias agravantes e atenuantes e a terceira fase compõe-se das causas especiais de aumento e diminuição de pena. Primeiramente, o juiz determina a pena base, baseado nas circunstâncias judiciais, para depois prosseguir na dosimetria da pena, ressaltando que o magistrado não pode ultrapassar o mínimo e máximo tipificado para cada crime.

Nas palavras de Nucci:

¹¹¹ BOSCHI, 2013, p. 160.

¹¹⁰ PRADO, 2006, p. 455.

¹¹³ FERREIRA, 2000, p. 70.

¹¹⁴ 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 (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017).

[...] são as circunstâncias que envolvem o crime, nos aspectos objetivo e subjetivo, extraídas da livre apreciação do juiz, desde que respeitados os parâmetros fixados pelo legislador no art. 59 do Código Penal, constituindo efeito *residual* das circunstâncias legais.¹¹⁵

O artigo 59 do Código Penal determina as circunstâncias judiciais:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.¹¹⁶

Carvalho Neto elenca os critérios que devem ser seguidos pelo juiz para fixar a pena-base, a partir do descrito do artigo 59 do Código Penal:

Assim para fixação da pena-base, tem o Magistrado que atender os seguintes critérios: culpabilidade do agente, seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima e necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.¹¹⁷

Essencialmente as circunstâncias judiciais consistem na análise de critérios objetivos pertencentes ao fato criminoso, sendo estas as consequências e circunstâncias do crime e também de critérios subjetivos, os quais dizem respeito ao autor do fato: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade.¹¹⁸

Ao analisar as circunstâncias: personalidade do agente e conduta social o magistrado adentra em uma parte subjetiva da análise. Valorando o fato criminoso, a

¹¹⁵ NUCCI, 2017, p. 736.

¹¹⁶ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, Código Penal, 1940).

¹¹⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32.

¹¹⁸ FERREIRA, 2000, p. 71.

partir de valores morais e subjetivos do agente, os quais não vinculam com o fato, configurando portanto, um Direito Penal do autor.

4.2.2.1 Culpabilidade

A culpabilidade como elemento que constitui o crime, é a denominada: culpabilidade em sentido estrito. Porém, o analisado no artigo 59 do Código Penal é a graduação da culpabilidade, “a culpabilidade em sentido lato”¹¹⁹, ou seja, o quão reprovável é a conduta do agente. Nas palavras de Nucci “reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.”¹²⁰

Existem três teorias que aclaram a culpabilidade são elas: a teoria psicológica, normativa e a normativa pura.¹²¹ A teoria psicológica é um elo que liga todo psicológico, unindo o agente e o fato praticado, ou seja, para que a pena possa ser aplicada, segundo esta teoria, basta apenas a existência do dolo ou da culpa, sendo consideradas espécies do gênero culpabilidade.¹²²

Por outro lado, a teoria normativa deixa de analisar a culpabilidade a partir do dolo e da culpa em si, pois eles se tornam elementos integrantes dela, entende-se então que a culpabilidade não é só psicológica, ela também é normativa em razão do juízo de valor que se deve fazer baseado na reprovabilidade ou não da conduta.¹²³

Ferreira aduz que a “teoria da culpabilidade poderia dar-se por encerrada aí”¹²⁴, porém Mezger observou que essa teoria não resolve o problema dos criminosos considerados habituais ou por tendência, aqueles que são acostumados com a prática de crimes, não tem o discernimento ético exigido por todas as pessoas. Mesmo entendendo que as condutas são proibidas perante a lei, a moral dessas pessoas não permite considerar essas condutas ilícitas.¹²⁵

Partindo do entendimento de Hans Welzel de que a em sentido estrito o dolo e a culpa não faziam parte do juízo da culpabilidade e sim da própria ação humana, a

¹¹⁹ NUCCI, 2015, s.p.

¹²⁰ NUCCI, loc. cit.

¹²¹ FERREIRA, op. cit., p. 72.

¹²² Ibid., p. 73.

¹²³ Ibid., p. 74.

¹²⁴ Ibid., p. 75.

¹²⁵ FERREIRA, loc. cit.

estrutura da culpabilidade sofre algumas alterações.¹²⁶ Passando a ter a “imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de uma conduta conforme o dever”¹²⁷ como elementos da culpabilidade.¹²⁸

Contudo, a culpabilidade mencionada no momento da fixação da pena é a culpabilidade normativa, pois importa tanto a reprovabilidade do ato quanto a do seu autor.¹²⁹ Assim sendo, a partir das teorias da culpabilidade, conclui-se que esta é uma “reprovação que recai sobre o agente”¹³⁰ a partir do momento em que ele pratica com consciência um fato considerado ilícito, que poderia ter evitado.¹³¹

A culpabilidade veio substituir as antigas expressões “intensidade do dolo”¹³² e “graus de culpa”¹³³, ou seja, o magistrado para compor o fato típico analisa se houve dolo ou culpa e não a intensidade e gravidade destes. Portanto, o elemento subjetivo não deve servir para guiar o magistrado no momento de fixação da pena, pois o importante é a reprovabilidade que o fato delituoso gera.¹³⁴

Nucci entende a culpabilidade analisada no artigo 59 do Código Penal como:

Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.¹³⁵

Para Busato a análise da culpabilidade como circunstância judicial:

A primeira circunstância judicial a ser aferida pelo juiz é a culpabilidade, que aqui é o grau da reprovabilidade da conduta do agente. É um juízo de intensidade da reprovação e não diz respeito a aspectos da culpabilidade como elemento do crime, afinal, o sujeito já está condenado.¹³⁶

¹²⁶ FERREIRA, 2000, p. 76.

¹²⁷ FERREIRA, loc. cit.

¹²⁸ FERREIRA, loc. cit.

¹²⁹ REALE, 2012, p. 406.

¹³⁰ FERREIRA, op. cit., p. 77.

¹³¹ FERREIRA, loc. cit.

¹³² NUCCI, 2017, p. 742.

¹³³ NUCCI, loc. cit.

¹³⁴ NUCCI, loc. cit.

¹³⁵ Ibid., p. 743.

¹³⁶ BUSATO, 2017, p. 840.

Depreende-se da culpabilidade como circunstância judicial um juízo de graduação, ou seja, o quão reprovável é a conduta do agente que possuindo total consciência da ilicitude comete um fato.

4.2.2.2 Antecedentes

O autor do tipo penal é protegido pelo princípio da inocência resguardado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal o qual assegura que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”¹³⁷

Desta forma, somente as condenações que transitaram em julgado, não consideradas para efeito de reincidência, poderão ser apreciadas como uma circunstância judicial de maus antecedentes valorando negativamente o réu. Rogério Greco bem afirma que “os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos reincidência.”¹³⁸

A Súmula 444 do Supremo Tribunal de Justiça cujo enunciado aduz que: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”¹³⁹ vem para solidificar o entendimento de que o agente somente poderá ser desfavorecido pelos maus antecedentes na fixação da pena-base caso tenha sentença condenatória transitado em julgado, não sendo levados em consideração inquéritos policiais e ações penais em curso.

Nucci, a respeito da análise do magistrado perante os maus antecedentes:

Quanto aos antecedentes, a sua aplicação depende do critério do julgador, sendo de consideração facultativa. Ademais, os maus antecedentes devem ser avaliados pelo magistrado no caso concreto, justamente para que demonstrem alguma conexão com o crime cometido pelo agente.¹⁴⁰

¹³⁷ Art. 5º, LVII da CF/88.

¹³⁸ GRECO, 2008, p. 562.

¹³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>> Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁴⁰ NUCCI, 2017, p. 747.

É de suma importância elucidar que o fundamento da decisão do juiz no momento de valorar negativamente essa circunstância judicial é essencial, pois o mesmo não poderá genericamente alegar que o réu é portador de maus antecedentes sem apontar concretamente quais são os fatos mencionados no processo que o caracterizam como portador destes.¹⁴¹

Boschi explica a existência de resistências doutrinárias relacionadas ao papel dos antecedentes como circunstância judicial:

Salo de Carvalho disse que eles destoam do postulado iluminista da secularização, que, ao recomendar a punição pelo fato, proíbe a reprovação baseada em 'elementos essencialmente morais, desprovidos de significado, sem averiguabilidade probatória e, conseqüentemente, isentos de possibilidade de refutação empírica.'¹⁴²

Conclui-se que, com o advento das ideais iluministas, a razão torna-se o centro do pensamento antropológico e com isso, a evolução transcende para o poder punitivo onde cessam-se as punições e torturas em prol de valores divinos e morais.

4.2.2.3 Motivos

Ao cometer um crime, o agente é movido por um motivo. A doutrina majoritária penal entende os motivos como os precedentes, razões que levam o agente a cometer a ação criminosa. Boschi ressalta que “não há conduta humana destituída de propósitos.”¹⁴³ Ainda alega Boschi, que não há como existirem ações ou omissões humanas conscientes desprovidas de uma finalidade.¹⁴⁴ Para Ferreira “motivo é o fator último que desencadeia a ação criminosa.”¹⁴⁵

Nucci explica que:

¹⁴¹ FERREIRA, 2000, p. 85.

¹⁴² CARVALHO, 2001 apud BOSCHI, 2013, p. 168.

¹⁴³ BOSCHI, 2013, p. 176.

¹⁴⁴ Ibid., p. 177.

¹⁴⁵ FERREIRA, op. cit., p. 90.

Todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante. A avaliação disso faz com que o juiz exaspere ou diminua a pena-base. Lembremos, ainda, que o motivo pode ser consciente (vingança) ou inconsciente (sadismo), além do que pode figurar como causa ou razão de ser da conduta (agir por paga para matar alguém) ou como objetivo da conduta (atuar por promessa de recompensa para matar alguém), indiferentemente.¹⁴⁶

Busato ressalta os motivos que não devem ser avaliados no momento da fixação da pena base:

Os Motivos devem ser avaliados em caráter subsidiário, somente quando não constituem elementos do delito (dolo ou elementos subjetivos especiais); ou qualificadoras (por exemplo, o motivo fútil, no homicídio); agravantes ou atenuantes genéricas (por exemplo, o motivo fútil para os crimes em geral e a provocação da vítima); ou ainda causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena (por exemplo, o motivo de relevante valor social ou moral no homicídio).¹⁴⁷

Desta forma, faz-se importante discutir a possibilidade da ocorrência de *bis in idem* a partir dos motivos do crime, como bem aponta Greco aclarando que se os motivos que levaram o agente a prática delituosa já estão alterando a pena base prevista para o tipo penal, não pode o julgador considerá-los negativamente mais uma vez em prejuízo ao agente, pois estaria assim o magistrado configurando *bis in idem*.¹⁴⁸

Costa Junior também ressalva que:

Se o motivo integrar uma qualificadora (ou uma privilegiadora) contemplada na Parte Especial, não será apreciado entre os fatores determinantes elencados pelo art. 59, mas num momento ulterior. A mesma atenuante (ou agravante) não poderia ser considerada duas vezes, para não ser ferido o princípio do *ne bis in idem*.¹⁴⁹

Portanto, entende-se que, valorar negativamente os mesmos motivos já considerados elementos do delito, qualificadoras, agravantes ou atenuantes

¹⁴⁶ NUCCI, 2017, p. 759.

¹⁴⁷ BUSATO, 2017, p. 846.

¹⁴⁸ GRECO, 2008, p. 565.

¹⁴⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal: parte geral** - v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 166.

genéricas e causas de aumento e diminuição da pena fere o princípio *ne bis in idem*. Restando ao julgador analisar os motivos em “caráter subsidiário”¹⁵⁰ das possibilidades supracitadas.

Consequentemente, se ao magistrado não cabe avaliar os motivos citados acima, “dificilmente remanescerá algum motivo relevante penalmente que não seja passível de enquadramento em nenhuma das hipóteses aventadas.”¹⁵¹ Por isso, os motivos analisados “dizem respeito aos antecedentes causais psicológicos que norteiam o comportamento do sujeito.”¹⁵²

A partir disto, entende-se dos conceitos e definições das doutrinas que foram expostas acima, que esta circunstância dificilmente será analisada sobre um aspecto objetivo, pois regularmente incide sobre um aspecto subjetivo do agente, como por exemplo a sua moral. Costa Junior, ressalta a importância da imparcialidade no momento de avaliação dos motivos do crime como circunstância judicial alegando que “a valoração dos motivos não pode ser feita segundo as ideias morais do juiz.”¹⁵³

4.2.2.4 Circunstâncias do crime

Preliminarmente se faz importante salientar que as circunstâncias aqui mencionadas não dizem respeito às circunstâncias agravantes e atenuantes, pois estas são avaliadas somente nos artigos 61 e 65 do Código Penal e são consideradas circunstâncias legais. Devendo o julgador também estar alerta para não configurar *bis in idem* ao valorar em prejuízo ao réu.

As circunstâncias do crime, avaliadas no artigo 59 do Código Penal, são consideradas judiciais e possuem “natureza objetiva, porque dizem respeito aos aspectos que são laterais, periféricos que circundam o fato propriamente dito”¹⁵⁴ para, a partir disso, o juiz graduar mais ou menos intensamente a reprovação pela conduta.¹⁵⁵

¹⁵⁰ BUSATO, 2017, p. 846.

¹⁵¹ BUSATO, loc. cit.

¹⁵² BUSATO, loc. cit.

¹⁵³ COSTA JUNIOR, op. cit., p. 165.

¹⁵⁴ BOSCHI, 2013, p. 178.

¹⁵⁵ BOSCHI, loc. cit.

Para Costa Junior, as circunstâncias do crime são aqueles “elementos meramente acessórios que não integram o crime, mas influem sobre sua gravidade, deixando inalterada sua essência.”¹⁵⁶ Já para Prado, são “fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais.”¹⁵⁷

Na elucidação de Franco:

[...] circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agrava-la ou abrandá-la. As circunstâncias apontadas em lei são circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) que estão enumeradas nos arts. 61,62 e 62 da PG/84 e são de cogente incidência. As circunstâncias inominadas são circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 da PG/84 e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com uma avaliação discricionária do juiz, acarretar um aumento ou uma diminuição de pena. Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso, etc.¹⁵⁸

Nucci explica que as circunstâncias do crime:

[...] são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito [...] Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de judiciais.¹⁵⁹

Para Hungria:

A expressão ‘circunstâncias do crime’ tem sentido estrito, como espécies das circunstâncias criminais, apontando-se como exemplos dos instrumentos do crime, seu tempo e lugar a atitude ou estado de ânimo do réu, antes durante ou após o crime.¹⁶⁰

Boschi, exemplifica situações que ao cometer certos crimes, o agente tem as circunstâncias negativas:

¹⁵⁶ COSTA JUNIOR, 1995, p. 166.

¹⁵⁷ PRADO, 2006, p. 456.

¹⁵⁸ FRANCO, 1997 apud GRECO, 2008, p. 566.

¹⁵⁹ NUCCI, 2017, p. 760.

¹⁶⁰ HUNGRIA, 1958 apud CARVALHO NETO, 2003, p. 62.

O indivíduo que pratica um crime violento, disparando repetidas vezes uma arma potente em meio à multidão, gerando perigo para muitas pessoas; o infrator que realiza um furto durante o repouso noturno, aproveitando-se da nula vigilância da vítima e da precária vigilância do Estado, ou ainda, aquele que usa de equipamentos altamente sofisticados para prática, em estilo profissional, de um assalto à agência bancária, apavorando clientes, destruindo bens públicos, ferindo funcionário, atirando na polícia durante perseguição, etc., cometem crimes cujas circunstâncias são altamente negativas, com obrigatórias repercussões no âmbito da pena-base.¹⁶¹

Mirabete bem explica que as circunstâncias do crime podem ser vistas como um caráter geral tanto objetivo quanto subjetivo, porém não fazem parte de dispositivos específicos. As circunstâncias demonstram a determinação do criminoso, o local do crime, podem indicar também a periculosidade do agente.¹⁶²

A partir disto, deve o magistrado avaliar a forma como ocorreu a ação criminosa, o local, o modo e a maneira em que se concretizou a execução desta ação. Isto é, são circunstâncias utilizadas como critérios de análise para o juiz no momento de fixação da pena-base. Ressaltando que o juiz ao valorar negativamente esta circunstância, aumentando a pena-base, deverá fundamentar sua decisão.

4.2.2.5 Consequências do crime

As consequências do crime analisam o grau da lesão gerada no bem jurídico, ou seja, como estudado no presente trabalho, o crime configura-se em uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, portanto, as consequências desta lesão resultam na análise desta circunstância judicial.

Essa circunstância judicial avalia o efeito que gerou a prática deste crime, tanto para a vítima, quanto para as pessoas envolvidas no momento da prática delituosa, também se leva em consideração as consequências geradas no local do ato. Nas palavras de Greco “as consequências do crime são um dado importante a ser observado[...] devem merecer a consideração do julgador no momento em que for encontrar a pena-base.”¹⁶³

¹⁶¹ BOSCHI, 2013, p. 179.

¹⁶² MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993. v. 1. p.278-279.

¹⁶³ GRECO, 2008, p. 566-567.

Se faz importante evidenciar, que as consequências do crime avaliadas para a individualização da pena base são aquelas que vão “além da tipicidade”.¹⁶⁴ Para Prado “as consequências do crime são os desdobramentos advindos da conduta do agente”.¹⁶⁵

Nas palavras de Boschi:

Em síntese: as consequências do crime suscetíveis de serem apreciadas na fase da individualização da pena-base são apenas aquelas situadas para além da tipicidade e que não tenham ligação ou se confundam com as circunstâncias legais agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes, sendo bons exemplos a constatação pelo juiz de numerosa prole deixada sem assistência pela vítima do assassinato, ou elevados custos patrimoniais suportados pela vítima com tratamento médico especializado para superar traumas físicos ou psicológico de crime violento.¹⁶⁶

Busato aduz a respeito das consequências do crime:

As consequências do crime são também outras que não coincidam com as etapas subsequentes e que não sejam aquelas que são próprias de cada delito, como a perda da vida, no homicídio, o prejuízo para a saúde da população no tráfico ilícito de entorpecentes etc.[...] As consequências de todo e qualquer crime são, por isso, graduáveis, e quando causadoras de grandes prejuízos aos homens ou à sociedade, importarão em reprimenda maior ao condenado.¹⁶⁷

Carvalho Neto, aclara a importância de distinguir as consequências do crime dos efeitos necessários:

Não se pode confundir jamais as consequências do crime com seus efeitos necessários. Assim, v.g., a morte da vítima, no crime de homicídio consumado, não pode ser levada em conta como consequência do crime, para efeitos de fixação da pena, já que se trata de elemento essencial do crime, sem o qual ele não existiria (ou, pelo menos, não seria o mesmo crime).¹⁶⁸

¹⁶⁴ BOSCHI, 2013, p. 180.

¹⁶⁵ PRADO, 2006, p. 456.

¹⁶⁶ BOSCHI, op. cit., p. 180.

¹⁶⁷ BUSATO, 2017, p. 848.

¹⁶⁸ CARVALHO NETO, 2003, p. 66.

Isto posto, nas palavras de Jesus “as consequências do crime referem-se à maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada pela infração penal à vítima ou a terceiros.”¹⁶⁹ Ou seja, existem consequências previsíveis ao praticar certos tipos penais, como por exemplo a morte no caso do crime de homicídio, pois o bem jurídico é a vida. As consequências referidas como circunstância judicial dizem respeito a intensidade que gera a lesão a um bem jurídico, por exemplo, seja na vida tanto da vítima quanto do autor do delito e também, para a família de ambos, ou o local do fato. Isto é, a consequência gerada a partir da prática delituosa.

4.2.2.6 Comportamento da vítima

Para o entendimento acerca desta circunstância judicial, o estudo do conceito da palavra vítima e seu significado para o Direito Penal é pertinente, como bem explica Ferreira ao aduzir que:

A palavra vítima deriva de *vincere*, vencer, triunfar, superar ou de *vincire*, sacrifício de animais aos deuses e significa, portanto, o vencido, o dominado, o superado. Para o Direito Penal, a vítima é o nome que se dá ao sujeito passivo da relação que tem no pólo ativo o autor da ação. Vítima é a pessoa que sofre a lesão ou a ameaça de lesão.¹⁷⁰

Com base neste conceito, ao começar o estudo desta circunstância judicial, entende-se que o comportamento, é o “modo de agir da vítima”¹⁷¹ a qual segundo Bitencourt pode, de certa forma, através de determinado comportamento, contribuir para prática delituosa:

Estudos de vitimologia demonstram que, muitas vezes, as vítimas contribuem decisivamente na consecução do crime. Esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos, que, embora não justifiquem o crime, nem isentem o réu de pena, podem minorar a censurabilidade do comportamento delituoso.¹⁷²

¹⁶⁹ JESUS, 2014, p. 605.

¹⁷⁰ FERREIRA, 2000, p. 97.

¹⁷¹ NUCCI, 2017, p. 771.

¹⁷² BITENCOURT, 2011, p. 792.

Jesus completa aludindo que:

[...] em alguns crimes, como os de natureza patrimonial e sexual, a conduta do sujeito passivo pode provocar ou facilitar a prática delituosa, circunstância a ser considerada pelo juiz na dosagem concreta da pena.¹⁷³

Reale Junior citando Mergen, a respeito do comportamento da vítima:

O comportamento da vítima constitui inovação com vistas a atender aos estudos de vitimologia, pois, algumas vezes, o ofendido, sem incorrer em injusta provocação, nem por isso deixa de acirrar ânimos; outras vezes, estimula a prática do delito, devendo-se atentar, como ressalta a Exposição de Motivos, para o comportamento da vítima nos crimes contra os costumes e, em especial, a exploração do lenocínio, em que há por vezes uma interação e dependência da mulher para com aquele que a explora.¹⁷⁴

Desta forma, a partir das doutrinas acima elencadas, conclui-se que esta circunstância judicial deve beneficiar o réu quando ao entender que de certa forma, a vítima contribui para a prática delituosa, desde que comprovado concretamente. Estes comportamentos “embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando abrandamento da pena.”¹⁷⁵ Ou seja, se de certa forma houver essa contribuição por parte da vítima, isso poderá acarretar beneficentemente para o réu na diminuição da pena.

¹⁷³ JESUS, 2014, p. 605

¹⁷⁴ MERGEN, 1969 apud REALE JUNIOR, 2012, p. 408.

¹⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal - volume 1**: parte geral arts. 1º ao 120 do CP. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 284

5 A ANÁLISE DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

5.1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como abordado no primeiro capítulo do presente trabalho, com o advento do período iluminista no século XVIII, o homem se desvencilha do poder da Igreja e passa a trazer a razão para o centro do seu pensamento, promovendo uma evolução antropológica. Essa evolução atinge o Direito Penal, que através do processo de secularização, também versado no primeiro capítulo, diminui a interferência estatal na vida em sociedade.

Ferrajoli em sua obra disserta que:

[...] o princípio normativo da separação (entre direito e moral) impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é.¹⁷⁶

A partir deste momento humanitário, inicia-se a formação de um Estado Democrático, com princípios que impõem limites ao poder de punir por parte do Estado. A Constituição Federal de 1988, estrutura um Direito Penal a partir de uma concepção democrática, regida por princípios e garantias reconhecidos na Carta Magna. Desta forma, o poder punitivo atua em prol dos interesses da sociedade, protege bens jurídicos fundamentais, para alcançar uma justiça igualitária.¹⁷⁷

O segundo capítulo discorre a respeito dos princípios que limitam o poder punitivo do Estado, e a partir deles entende-se que o Direito Penal regido por um

¹⁷⁶ FERRAJOLI, 2006 apud STRECK, Lenio Luiz. **Como se mede a “régua” para aplicar a lei: quem a fixa?** 24 out. 2013. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2013-out-24/senso-incomum-mede-regua-aplicar-lei-quem-fixa>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

¹⁷⁷ BITENCOURT, 2011, p. 44.

Estado Democrático tem a função de proteger bens jurídicos lesionados, garantindo dentre os vários princípios a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Ferrajoli:

[...] o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros. Pode-se pretender que uma ação não seja proibida se em nenhum modo é considerada reprovável, mas, ao contrário, não se pode admitir que o seja somente porque tida como imoral ou, de qualquer modo, reprovável. Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente bens jurídicos alheios, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos, nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros.¹⁷⁸

Da mesma forma, entende Streck que:

Ao Direito não importam as inclinações do magistrado, porque temos uma Constituição e Códigos para responderem as questões jurídicas. É isso o que se chama de Direito democraticamente construído: um Direito que dispensa opiniões e convicções pessoais. Se a democracia depender de opiniões pessoais, teremos que rezar para que termos “homens bons” conduzindo o Direito. E, como diz o psicanalista Agostinho Ramalho Marques Neto, “Deus me livre da bondade dos bons.”¹⁷⁹

Destarte, o poder punitivo é legitimado para agir quando houver uma concreta lesão a bens jurídicos tipificados por lei, ou seja, é incabível a punição por questões morais do indivíduo. Batista esclarece que um “Estado Democrático de Direito que tem por pressuposto o respeito às diferenças e à pluralidade moral e religiosa, que só podem ser garantidos por um Estado amoral e laico.”¹⁸⁰

Ao compreender os princípios de um Estado Democrático de Direito, reconhece-se que existe uma relatividade de todo conceito moral, o qual por pressuposto tem o respeito as diferenças e a diversidade moral e religiosa.¹⁸¹ Assim,

¹⁷⁸ FERRAJOLI, 2006 apud VIANNA; MATTOS, 2008, p. 308.

¹⁷⁹ STRECK, 2013, s.p.

¹⁸⁰ VIANNA; MATTOS, 2008, p. 309.

¹⁸¹ VIANNA; MATTOS, loc. cit.

é inconciliável com a Constituição a proteção de valores morais, os quais, por consequência, adotam um Direito Penal de autor, ao punir a pessoa pelo que ela é, e não por seus atos.

5.2 CONDUCTA SOCIAL

A circunstância judicial: conduta social, analisa a conduta do réu na sociedade, seu comportamento, seja nas relações familiares, profissionais, religiosas, sociais como um todo, isto é, os papéis que exerce perante a comunidade.¹⁸² Essa análise é feita com oitiva de pessoas que detenham conhecimento da vida social e condutas do réu, “normalmente trazidas pelos moradores próximos ou pelos colegas de trabalho.”¹⁸³

A conduta social pode favorecer o réu se for considerada adequada ao convívio e meio social, ou seja, se desempenha um bom papel como cidadão, provado através de testemunhas. Em contrapartida, poderá ser desfavorável se demonstrar uma conduta negativa, com comportamentos nocivos ao meio social em que vive. Pode também ser neutra, se o magistrado não tiver provas o suficiente para análise.¹⁸⁴

Nas palavras de Costa Junior, a conduta social:

Por conduta social deverá entender-se o papel que o acusado teve, em sua vida pregressa, na comunidade em que se houver integrado. Se foi um homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, ou se ao revés transcorreu os seus dias ociosamente, ou exercendo atividades parasitárias ou anti-sociais. Será igualmente considerado o comportamento do agente no seio da família, o modo pelo qual desempenhou-se como pai e como marido ou companheiro. Será igualmente considerada sua conduta no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Se se mostrava o agente sociável, cordial, educado, prestativo, ou introvertido, ríspido egocêntrico, egoísta, agressivo para com seus colegas de trabalho, ou de escola, ou para com seus companheiros de clube.¹⁸⁵

¹⁸² MIRABETE; FABBRINI, 2009, p. 283.

¹⁸³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do direito penal**. 7. ed. São Paulo: Premier, 2008. p. 160.

¹⁸⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 99.

¹⁸⁵ COSTA JUNIOR, 1996, apud CARVALHO NETO, 2003, p. 51.

Nucci ressalta a importância do conhecimento das testemunhas acerca da vida do réu:

Seria preciso maior sensibilidade das partes para eleger testemunhas que efetivamente tenham noção de quem é o réu, em especial antes do fato criminoso praticado, para que possam relatar ao magistrado situações relevantes, contribuindo para a escolha da pena-base.¹⁸⁶

Costa Junior, aduz a respeito do desmembramento da conduta social como uma circunstância judicial analisada de forma separada, pois, antes da Reforma Penal de 1984, analisava-se conjuntamente com os antecedentes criminais.¹⁸⁷

Neste sentido, Bitencourt explica que:

Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. No entanto, nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu; nessa hipótese, a presunção milita em seu favor.¹⁸⁸

Desta forma, entende-se que mesmo com uma conduta social ilibada e sem antecedentes criminais, com os elementos que o magistrado dispõe na análise dos autos para fixação pena, a avaliação desta circunstância judicial torna-se escassa.

Boschi aclara que:

O indivíduo com larga folha corrida, por exemplo, seguramente não será considerado *bem inserido* na sociedade pela imensa maioria das pessoas honestas e trabalhadoras, que vivem dentro e não à margem da lei, nem será qualificado como alguém de personalidade bem estruturada, com um superego capaz de controlar os impulsos do *ego*, segundo o *padrão social* da normalidade.¹⁸⁹

Em virtude desta elucidação de Boschi, faz-se importante mencionar a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, a qual diz que “É vedada a utilização de inquéritos

¹⁸⁶ NUCCI, 2017, p. 748.

¹⁸⁷ COSTA JUNIOR, 1996 apud CARVALHO NETO, 2003, p. 51.

¹⁸⁸ BITENCOURT, 2011, p. 791.

¹⁸⁹ BOSCHI, 2013, p. 169.

policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”¹⁹⁰ Ao examinar esta Súmula, percebe-se que sua redação deixa lacunas, pois ela não “restringe a abordagem somente à análise dos antecedentes, estendendo também a impossibilidade de transferir tais apontamentos para conduta social e personalidade do agente.”¹⁹¹ Ou seja ela pode remeter a aplicações deturpadas ao incluir também essas duas circunstâncias judiciais, pela falta de clareza na redação. O uso genérico dessa súmula pode trazer o aumento da pena base em virtude da valoração negativa do conduta social e personalidade do agente. Neste seguimento, Viana entende que acusações só podem ser utilizadas para majorar a pena caso se tornem sentenças transitadas em julgados, não podendo servir como majorante, seja como maus antecedentes, conduta social ou personalidade.¹⁹²

Boschi ainda elucida que:

A valoração da conduta social deverá ser procedida ‘em relação à sociedade na qual o acusado estiver integrado, e não em relação à ‘sociedade formal’ dos homens tidos como ‘de bem’. Sem dúvida, um indivíduo que, por exemplo, habite em uma favela em paz e amizade com os vizinhos não pode receber uma valoração negativa, só porque o juiz, influenciado por variáveis ideológicas, tem o entendimento de que, na cidade existem ambientes ‘mais sadios para o desenvolvimento das relações sociais’. Uma visão assim seria arbitrária e manifestamente equivocada sob o ponto de vista político social, para dizermos o menos.¹⁹³

Assim, compreende-se que a conduta social faz uma análise em todos os ramos da vida do agente. Observa como este se comporta com seus filhos(as), esposos(as), no ambiente de lazer, de trabalho, se o tiver, ou seja, se demonstra ser um bom cidadão pautado nas concepções de sociedade baseada por um padrão analisado pelo magistrado. Portanto, como bem explica Teles, a conduta considerada socialmente aceitável para análise desta circunstância será baseada no meio em que o magistrado vive, a qual na maioria das vezes é incompatível com o meio social em que o agente vive.

Para Teles:

¹⁹⁰ BRASIL, Súmula 444.

¹⁹¹ PASCHOAL, Luana. **Aplicação da pena**: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 103.

¹⁹² VIANNA; MATTOS, 2008, p. 312.

¹⁹³ BOSCHI, 2013, p. 170.

O juiz deve verificar a integração do condenado no meio social em que ele vive, e não no meio social que o juiz considera adequado. Deve verificar se seu comportamento é compatível com o aceito no ambiente de seu estrato social, por exemplo, na favela, com todas as suas características. Se, em seu meio, o condenado cumpre seus deveres, suas obrigações sócias, respeita os valores ali cultivados, convive harmonicamente com seus pares, tal circunstância lhe será favorável, militará em seu favor, beneficiando-o com pena-base próxima do mínimo. Se, todavia, o condenado não se ajusta às regras da comunidade- é por ela considerado um revoltado-, se a ela se opõe, se não a respeita, se é rejeitado, por suas atitudes, por seus concidadãos, então terá um comportamento social desajustado a seu meio, o que importará considerar a circunstância desfavorável, tendente a autorizar o afastamento da pena do grau mínimo? Essa é uma circunstância que nada tem a ver com o fato criminoso praticado pelo agente e que diz respeito exclusivamente a seu passado anterior ao crime e à sentença. Tanto quanto os antecedentes, essa circunstância colide com o princípio da culpabilidade, e só pode ser examinado do ponto de vista positivo. Se o condenado tiver a conduta social harmônica, ajustada a seu meio, será beneficiado por isso, mas, do contrário, a circunstância não deve ser levada em consideração no momento da fixação da pena, pois representa o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez.¹⁹⁴

Neste contexto, Nucci explica que o magistrado ao analisar esta circunstância, deverá levar em consideração a situação em que vive o agente, o desenvolvimento emocional e a integridade mental relacionadas ao meio social em que vive, bem como se a este foram proporcionadas condições dignas de vida para o desenvolvimento do discernimento a respeito das regras e condutas sociais.

Para Nucci:

Outro fator ponderável, sem dúvida, é a situação social do infrator, não se devendo esquecer de que educação e boas condições de vida proporcionam maior equilíbrio emocional e acurada formação da integridade física e mental, preservando o ser humano do descumprimento das regras sociais que o levariam ao crime.¹⁹⁵

Segundo Viana:

Não raras vezes o juiz aumenta a pena pelo simples fato de testemunhas terem afirmado em seus depoimentos que o réu tinha comportamento anti-social, como se houvesse um tipo penal que previsse pena para todo aquele que "deixar de ser bom pai de família", "deixar de ser bom vizinho" ou "deixar de ser bom trabalhador". Tais tipificações hipotéticas não existem, nem

¹⁹⁴ TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006. p. 365.

¹⁹⁵ NUCCI, 2017, p. 748.

poderiam existir, pois jamais teriam a taxatividade necessária exigida pelo princípio da legalidade.¹⁹⁶

Ainda, Viana considera que:

No que diz respeito à análise da "conduta social" do agente como circunstância judicial a ser levada em conta na fixação da pena, certo é que se trata da análise de condutas humanas, muitas das quais podem, inclusive, lesar bens jurídicos. Mas não basta que uma conduta lese um bem jurídico para que seja fundamento de imposição ou majoração de uma pena. É preciso que haja uma lei prévia e taxativa definindo os limites da proibição e a quantidade máxima de pena a que o condenado estará sujeito.¹⁹⁷

Consequentemente, entende-se que não é possível chegar a uma conclusão de uma conduta ideal, pois isso fere o princípio da legalidade, a partir do momento em que não existem tipificações concretas sobre o conceito conduta. "Vê-se, pois, que toda e qualquer conduta que o magistrado considere ser anti-social mas não se encontra tipificada por lei não pode ser usada para impor ou majorar a pena do condenado, por vedação expressa da Constituição da República."¹⁹⁸

Analisar a conduta social de uma pessoa é, segundo Viana:

[...] uma visível afronta, não somente ao direito penal de ato, mas também ao princípio da lesividade e à separação entre moral e direito, à medida que se incrimina condutas (pois é o que se faz quando as considera para aumentar a pena do agente) por serem desaprovadas pela coletividade, ainda que não lesem qualquer bem jurídico alheio, e que só possam ser objeto de apreciação moral. Esta técnica nada mais é do que uma eliminação dos direitos à diferença, impondo a todos o dever de orientar-se pela ordem social dominante, sob pena de terem sua sanção aumentada se porventura praticarem algum delito.¹⁹⁹

Carvalho explica que:

[...] a valoração da história de vida do acusado, da forma com que se estabeleceu no ordenamento jurídico pátrio, cria um mecanismo incontável do árbitro judicial, pois tende a (pré) determinar juízos de condenação.²⁰⁰

¹⁹⁶ VIANNA; MATTOS, 2008, p. 310.

¹⁹⁷ Ibid., p. 309-310.

¹⁹⁸ Ibid., p. 310.

¹⁹⁹ VIANNA; MATTOS, loc. cit.

²⁰⁰ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 51.

Cria-se a partir desta circunstância, um padrão social arbitrariamente imposto aos indivíduos, que de maneira discricionária é analisada pelo magistrado e desvalorada, caso esta esteja fora dos padrões estipulados. Compreende uma nítida invasão a esfera íntima do indivíduo, que tem seu pensamento, moral, estilo de vida, valorados negativamente na aplicação da pena.

Paschoal posiciona-se contrariamente à análise da conduta social:

O indivíduo só pode responder por aquilo que fez, e não pelo que é, por onde vive, ou com quem anda. O Direito Penal deve estar estritamente vinculado ao fato, reprimindo condutas lesivas a bens jurídicos concretos; se abstendo de penalizar pensamentos e comportamentos sociais, que em nada concorrem para a prática do crime.²⁰¹

Como bem explicam Zaffaroni e Pierangeli “o direito não é uma teoria moral, e sim jurídica.”²⁰² O Direito Penal tem como missão punir ações, omissões (quando o agente se omite e deixa de fazer algo obrigado por lei) e fatos concretos praticados pelo agente. Ou seja, ele é legítimo para agir a partir do momento em que o ato é exteriorizado pelo agente passando da esfera do pensamento para a ação concreta.

Depreende-se a partir do estudo do presente trabalho, que o Direito Penal ao longo da história conquistou princípios que garantem a maior liberdade individual e autonomia do indivíduo perante o poder punitivo. A relação entre o bem jurídico e a pena imposta, passa a criar um vínculo de causalidade e proporcionalidade da pena, originando o princípio da culpabilidade.

Esse vínculo remete a teoria do Direito Penal de ato, o qual pune o ato cometido pelo agente. Porém ao analisar a conduta social, distancia-se o exame do caso concreto e passa a apreciar critérios subjetivos da vida do autor do crime, isso acarreta em uma discricionariedade do magistrado, que ao julgar, projeta toda sua bagagem histórica, cultural e ética no acusado, o qual na maioria das vezes traz uma história de vida muito diferente. A análise de critério subjetivos denomina-se Direito Penal do autor.

Por Direito Penal do autor pode-se entender que:

²⁰¹ PASCHOAL, 2014, p. 81.

²⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 609-610.

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não se proíbe matar, mas ser homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da má vida ou estado perigoso, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc.²⁰³

Zaffaroni e Pierangeli entendem que o Direito Penal do autor corrompe o Direito Penal, pois não proíbem o ato e sim a “forma de ser”²⁰⁴ do autor, pois entende-se como perigoso a conduta do autor e não o ato. Esta teoria é fundada em uma concepção “determinista e biológica” do homem.²⁰⁵

Conclui-se que na análise da conduta social, ocorre a sobreposição do Direito Penal do autor em relação ao Direito Penal do ato. Pois são valoradas circunstâncias do mundo interior do indivíduo, as quais fazem parte da esfera da consciência, não sendo passíveis de punição.

5.3 PERSONALIDADE DO AGENTE

Esta circunstância judicial analisa se a personalidade do agente é voltada a atos contrários ao direito. Como será exposto ao longo do capítulo, é de grande dificuldade chegar a um conceito concreto do que é a personalidade de um ser humano, por exigir conhecimentos psicológicos, científicos, como também por fazer parte de um critério subjetivo do homem.

²⁰³ BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do Direito Penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 609-610.

²⁰⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, loc. cit.

Para Bitencourt a personalidade do agente é um resumo de todas as qualidades morais e sociais do indivíduo, verifica-se se há uma boa ou má índole, uma sensibilidade social a ponto de concluir se o crime possa ter sido um fato acidental na vida do réu.²⁰⁶

Jesus conceitua que “a expressão personalidade é empregada pelo CP como conjunto de qualidades morais do agente. É o retrato psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade.”²⁰⁷ Já para Bruno, a personalidade “é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano.”²⁰⁸

Nas palavras de Costa Junior:

A personalidade está intimamente ligada à conduta. Em função dela, poderá o juiz exacerbar ou atenuar a pena. Se revelar personalidade de acentuada indiferença afetiva, de analgesia moral, haverá exacerbação da reprimenda imposta. Se não revelar traços de agressividade, mostrando tratar-se de meliante que visa ao lucro sem ostentar a brutalidade, ser-lhe á concedido um tratamento mais benigno.²⁰⁹

Neste sentido, Stefam entende que:

Trata-se de seu perfil psicológico (ex: personalidade voltada para o crime, bom ou mau caráter etc.). Cabe aqui a mesma ressalva feita no item acima, isto é, devem-se analisar com cautela os dados indicativos da personalidade do agente, para que não balize a pena com base, exclusivamente, na pessoa do réu. Este deve ser punido pela gravidade do ato que cometeu e não pela boa ou má pessoa que seja.²¹⁰

Logo, entende-se que esses dois autores compreendem a análise desta circunstância como uma característica pessoal do réu, que levará o magistrado a uma análise subjetiva do agente, afastando os critérios da sua conduta.

Ferreira bem explica que:

²⁰⁶ BITENCOURT, 2011, p. 790

²⁰⁷ JESUS, 2014, p. 605.

²⁰⁸ BRUNO, 1984 apud BITENCOURT, op. cit., p. 790.

²⁰⁹ COSTA JUNIOR, 1995, p. 165.

²¹⁰ PASCHOAL, 2014, p. 97.

Mas, avaliar a personalidade não é obra fácil. Exige noções de psicologia e psiquiatria, além de um processo muito bem instruído, que contenha todos os dados e elementos necessários a essa avaliação, sem falar nos inúmeros contatos pessoais que devem manter avaliador e avaliado.²¹¹

Boschi, compartilha do mesmo entendimento ao aduzir que:

[...] 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 do tipo 'personalidade ajustada', 'desajustada', 'agressiva', 'impulsiva', 'boa' ou 'má', que, do ponto de vista técnico nada dizem.²¹²

Percebe-se que o conceito de personalidade requer um conhecimento psicológico, fisiológico, científico, antropológico, ou seja, uma complexidade exigida do magistrado no momento de aplicação. Além de toda essa instrução exigida, percebe-se que para poder emitir um entendimento referente a personalidade do réu, o juiz deverá manter um íntimo contato pessoal com a vida particular do agente. Consequentemente, sua análise como critério de fixação de pena é limitada ao exigir conhecimentos que excedem a ciência jurídica.

Neste sentido, Teles posiciona-se:

A personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências- da psicologia, psiquiatria, antropologia- e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito". 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 levá-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 prioriza a análise das características penais do seu autor.²¹³

²¹¹ FERREIRA, 2000, p. 87.

²¹² BOSCHI, 2013 apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 54.

²¹³ TELES, 2006, p. 300.

Ao concluir que o conceito de personalidade exige conhecimentos diversos da área jurídica, além de fazer parte de características intrínsecas do homem, depreende-se que qualquer decisão a respeito desta circunstância “padece de profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico.”²¹⁴ Carvalho entende que as decisões do magistrado nesta análise ferem o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade.²¹⁵

Para estipular o que seria uma personalidade ideal, o poder punitivo exerce uma visão maniqueísta e padronizada a respeito da moral. Essa visão desrespeita a subjetividade humana, ao entender que o homem deve seguir padrões de comportamentos.

Nessa lógica Mill aduz que:

A natureza humana não é uma máquina a ser construída segundo modelo, e destinada a realizar exatamente a tarefa a ela prescrita, e sim uma árvore que necessita crescer e desenvolver-se de todos os lados, na conformidade da tendência das forças internas que a tornam uma coisa viva.²¹⁶

Destarte, entende que o agente será valorado de acordo com sua personalidade e essa valoração será negativa caso não se enquadre no padrão da “moral ditada pela maioria.”²¹⁷ Isto cria um bloqueio ao respeito as diferenças, pois exige que todos sigam a ordem tida como dominante e correta.

Segundo Viana:

É imprescindível que num Estado Democrático de Direito se respeite a autonomia do indivíduo, que tem direito a liberdade de expressão, opinião, pensamento etc, não tendo que seguir quaisquer regras de comportamento ditadas como corretas, desde que, obviamente, não pratique condutas consideradas ilícitas por lesarem bens jurídicos alheios.²¹⁸

²¹⁴ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 57.

²¹⁵ CARVALHO; CARVALHO, loc. cit.

²¹⁶ MILL, 1991 apud PASCHOAL, 2014, p. 183.

²¹⁷ VIANNA; MATTOS, 2008, p. 314.

²¹⁸ Ibid., p. 319.

Para Viana, isto caracteriza uma afronta ao Direito Penal de ato, ao princípio da lesividade, uma vez que analisa a personalidade do agente e não o ato por ele cometido.²¹⁹

Viana interpreta que a valoração da personalidade no momento da aplicação da pena, configura-se em um Direito Penal de autor, além de ferir princípios constitucionais da laicidade e amoralidade do Estado, como também o princípio da lesividade, pois trata-se da análise da conduta humana e não da lesão a bens jurídicos.²²⁰

Paschoal compartilha do mesmo entendimento ao entender que:

Então, seja por acreditar na completa impossibilidade de aferir esta circunstancia judicial, do ponto de vista técnico, seja por entender que não há interesse de sua real avaliação, na pratica, seja, por fim, por verificar que sua manutenção no artigo 59 do Código Penal acarreta julgamento moral do agente, penalizando seu 'ser', mais que seu agir, é que julgamos pelo necessário o afastamento desta circunstancia judicial do ordenamento jurídico.²²¹

É incompatível com a Constituição Brasileira, regida por um Estado Democrático, com princípios laicos e a amorais, o uso da personalidade do agente na fixação da pena, pois ao analisar essa circunstância se considera “o ser humano pela sua condição existencial.”²²² Ao aceitar a análise dessa circunstância, entra-se em uma posição dualista e contraditória pois, adota-se a culpabilidade de ato e de autor, legitimando um “Direito Penal de autor com roupagem democrática e vistosa de um direito penal de ato.”²²³

Novamente elucida Paschoal que mesmo com a existência da Súmula 444 do STJ com a finalidade de diminuir a subjetividade no momento de aplicação da pena, ao analisar as circunstâncias judiciais: personalidade do agente e conduta social, continua a permitir um Direito Penal de autor nos Tribunais.²²⁴

²¹⁹ VIANNA; MATTOS, 2008, p. 314.

²²⁰ Ibid., p. 309.

²²¹ PASCHOAL, 2014, p. 101.

²²² VIANNA; MATTOS, op. cit., p. 314.

²²³ Ibid., p. 317.

²²⁴ PASCHOAL, op. cit., p. 153.

Isto posto, fica evidente que a análise da personalidade do agente, configura-se um Direito Penal de autor ao apreciar características subjetivas qualificando o modo de “ser” (característica intrínseca do homem) e não o fato cometido.

Compreende-se também, que o julgador não possui capacidade técnica para analisar esta circunstância, uma vez que esta exige conhecimentos diversos da área jurídica, como psicologia, antropologia e psiquiatria por exemplo. Da mesma maneira que exige um acompanhamento pessoal do magistrado na vida do agente, uma vez que este irá apreciar e fundamentar a personalidade do mesmo.

Por fim, torna-se incompatível a valoração desta circunstância judicial com um Estado Democrático de Direito, uma vez que este seja construído baseado em princípios que garantam uma intervenção mínima do Estado, autonomia humana e a liberdade individual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho propôs analisar a valoração das circunstâncias judiciais: conduta social e personalidade do agente em um Estado Democrático de Direito, questionando se há nesta análise uma afronta aos princípios do referido Estado, bem como indagar a possibilidade da existência de resquícios de um Direito Penal de autor na primeira fase da aplicação da pena.

Para chegar a conclusão de que existe a afronta aos princípios mencionados, foram explicados todos os princípios conquistados pelo poder punitivo ao longo da história, os quais norteiam a fixação da pena. Compreendeu-se a partir deles, que o indivíduo em um Estado Democrático adquiriu segurança jurídica, respondendo apenas pelos fatos tipificados por lei, garantidos pelo princípio da legalidade, devendo estes fatos, apresentar nítida lesão a um bem jurídico, garantidos a partir do princípio da lesividade. Entende-se também, que o indivíduo é resguardado pelo princípio da humanidade, pessoalidade, proporcionalidade e intervenção mínima, os quais asseguram sua dignidade, liberdade e integridade frente ao Estado.

A partir do exposto, entende-se que o Direito Penal serve apenas para a proteção de bens jurídicos e não mais para a proteção de questões morais, religiosas e dogmáticas.

Para obter o objetivo desejado, o presente trabalho realizou um estudo histórico da evolução do Direito Penal, desde seu período significativamente arbitrário até o momento de conquistas ideológicas e principiológicas humanistas, as quais resultaram na formação de um Estado Democrático Garantista.

Percebeu-se que o uso destas circunstâncias judiciais no momento de fixação da pena base, configura-se um evidente retrocesso ao período evolutivo do poder punitivo, ao valorar características intrínsecas do homem, como sua conduta diária, ou seu comportamento familiar e profissional.

Entendeu-se também, que ao analisar a conduta social e a personalidade de um ser humano, o julgador adentra em sua vida particular, na sua esfera íntima de consciência e moral. Ocorre que, a Constituição é clara ao estipular princípios de liberdade de consciência, religiosa e moral. Percebe-se então, a nítida ofensa a princípios basilares constitucionais de um Estado Democrático, ao valorar características íntimas as quais atuam no mundo do ser.

Como explanado no último capítulo, a existência dessas circunstâncias no artigo 59 do Código Penal promove discussões e críticas doutrinárias. A doutrina pesquisada, entende que são analisados critérios muito subjetivos, os quais exigem do magistrado conhecimentos que exorbitam a ciência jurídica, descaracterizando a objetividade do Direito Penal, o qual é legítimo para punições de condutas que lesionam bens jurídicos tutelados.

Depreendeu-se também, ser inviável o uso destas circunstâncias como critério de fixação da pena base devido a inexistência de um conceito assíduo a respeito da conduta social e personalidade de um ser humano, pois ao tentar conceituá-las, é exercido um poder discricionário e maniqueísta, ao passo que, estipulam-se padrões sociais a serem seguidos, padronizando a moral e a subjetividade humana.

Desta maneira, conclui-se que a análise destas circunstâncias implicam na teoria do Direito Penal do autor, tendo em vista que ao examiná-las, o magistrado avalia o modo de ser e não o bem jurídico lesionado por este agente, resultando, por conseguinte, a sobreposição desta teoria em virtude do Direito Penal de ato. Como também, conclui-se que a análise destas circunstâncias, afrontam princípios de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan Ltda, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marques de. **Dos delitos e das penas**. Tradução Neury Carvalho Lima. 1. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral - volume 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral – v. 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017

_____, Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>> Acesso em: 10 set. 2017.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do Direito Penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BUSATO, Paulo Cesár. **Direito penal: parte geral - v. 1**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf> Acesso em: 24 mar. 2018.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem, Juris, 2004.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**: parte geral - v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. Disponível em: <https://estudeidireito.files.wordpress.com/2016/03/dalmo-de-abreu-dallari-elementos-da-teoria-geral-do-estado.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2018.

DAL RI JÚNIOR, Arno; CASTRO, Alexandre de. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. **Revista Sequência**, n. 57, p. 261-284, dez. 2008. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818229.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2018.

DAL RI JÚNIOR, Arno; PAULO, Alexandre Ribas de; CASTRO, Alexander; SONTAG, Ricardo. **Iluminismo e Direito Penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/29962-30055-1-PB.pdf> Acesso em: 17 mar. 2018.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DELBONI, Arthur Henrique de Assis. Direito penal e a origem das penas. **ORBIS Revista Científica**, v. 3, n. 3, p. 13-33, ISSN: 2178-4809 Latindex Folio 19391. Disponível em: <www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/107/107> Acesso em: 17 mar. 2018.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições do direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Luiz Flavio et. al. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v.1.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral – v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral - v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do direito penal**. 7. ed. São Paulo: Premier, 2008.

MELLO, Vico Denis S.; DONATO, Manuella Riane A. O pensamento iluminista e o desencantamento do mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático. **Revista Crítica Histórica**, ano II, n. 4, p. 248-264, 4 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/118/O%20Pensamento%20Iluminista%20e%20o%20Desencantamento%20do%20Mundo.pdf>> Acesso em: 7 set. 2017.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993. v.1.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal - volume 1: parte geral arts. 1º ao 120 do CP**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral - arts. 1º ao 120 do Código Penal - v.1**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6772-7/>>. Acesso em: 25 out. 2017. s.p.

PASCHOAL, Luana. **Aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Rodrigo Murad de. Da individualização da pena e da classificação do condenado. **Canal de Ciências Criminais**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/individualizacao-pena-condenado/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Como se mede a “régua” para aplicar a lei: quem a fixa?** 24 out. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-24/senso-incomum-mede-regua-aplicar-lei-quem-fixa>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, p. 305-323, 2008. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/a-inconstitucionalidade-da-conduta-social-e-personalidade-do-agente-como-criterios-de-fixacao-de-pena-tc3balio-l-vianna.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.