



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**MARIA AUGUSTA NEVES MACHADO**

**A PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA  
JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA**

Brasília  
2010

**MARIA AUGUSTA NEVES MACHADO**

**A PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA  
JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal

Orientador: Prof. Dr. Luís Wanderley Gazoto

Brasília  
2010

**MARIA AUGUSTA NEVES MACHADO**

**A PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA  
JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal

Orientador: Prof. Dr. Luís Wanderley  
Gazoto

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

---

Prof. Me. Tiago Ivo Odon

**À minha mãe Odete, ao meu marido Roberto, e aos meus filhos, Camila, André e Gabriel, pelo apoio e incentivo constantes.**

## AGRADECIMENTO(S)

Gostaria de agradecer ao meu orientador, Professor Gazoto. Entre seus muitos méritos se destacaram sua competência, seriedade e profissionalismo. Obrigada pelo respeito que sempre demonstrou pelas minhas idéias, mesmo quando não compartilhávamos da mesma opinião, atitude própria daqueles que alcançaram a maturidade intelectual sem perder o espírito acadêmico.

Agradeço também ao meu marido Roberto, que mesmo não sendo da área jurídica, auxiliou na revisão do trabalho, apesar de se encontrar, durante o período de elaboração desta monografia, a serviço em outro continente. Suas dúvidas e seu empenho tornaram este trabalho melhor. Como sempre, seu amor faz a diferença em minha vida.

Meu muito obrigada à Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal, na pessoa de sua Secretária, Dra. Janeth Aparecida Dias de Melo, pela eficiência e cordialidade no atendimento, marca registrada daquela equipe.

Agradeço também aos inestimáveis préstimos da equipe da Biblioteca do Superior Tribunal de Justiça, por sua dedicação e comprometimento. Cabe aqui um agradecimento especial à Priscila e Carlos Félix, pela paciência e auxílio além do dever.

A todos vocês, meu muito abrigada!

*Toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano em punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos. Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, pois não se pode esperar nenhuma vantagem durável da política moral, se ela não se fundamentar nos sentimentos indeléveis do homem. Toda lei que se afaste deles encontrará sempre resistência contrária, que acabará vencendo, da mesma forma que uma força, embora mínima, aplicada, porém, continuamente, vencerá qualquer movimento aplicado com violência a um corpo. Cesare Beccaria (1764)*

## RESUMO

Este trabalho analisa alguns dos aspectos relacionados com a utilização da personalidade do agente como circunstância judicial na fixação da pena, passando pela conceituação do termo “personalidade”, seu papel no processo de individualização da pena, a finalidade visada pelo Estado com sua criminalização, sua utilização como circunstância à luz do princípio da secularização e as tendências jurisprudenciais sobre o tema no âmbito dos tribunais superiores. É um convite ao estudo e ao debate de seu discurso justificativo e constitucionalidade de sua aplicação. Foi utilizada a técnica bibliográfica e a análise jurisprudencial é do tipo documental. Esperamos fomentar um maior debate sobre o tema, e incentivar uma postura crítica acerca das limitações do poder estatal de punir, e da responsabilidade do juiz enquanto agente político capaz de fazer uma releitura da lei e sua aplicabilidade. É questionável a ideia de permitir que o direito penal regule a esfera íntima do indivíduo, punindo-o não só pelo fato e suas circunstâncias, mas também por sua maneira de ser. O homem não determina ou escolhe sua personalidade, ela é influenciada por fatores hereditários e experiências de vida totalmente alheias ao seu controle. Aquilo que escapa à autodeterminação do agente não pode ser censurado como culpa. A avaliação da personalidade como circunstância judicial cria uma verdadeira ficção: a de que o agente pode optar livremente por conformar, ou não, uma personalidade apta à observância dos valores jurídicos. O processo de avaliação e conhecimento do fato criminoso deve abster-se de versar sobre a personalidade do réu, incidindo apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados. A penalização da esfera da consciência, pelo Estado, é incompatível com o sistema de garantias oferecidos pela Constituição. A eficácia dos princípios constitucionais não pode ficar subordinada a normas de hierarquia inferior, pois tal entendimento retiraria toda lógica do sistema jurídico.

**Palavras-chave:** Direito penal. Personalidade. Circunstância Judicial. Individualização. Pena

## ABSTRACT

This paper examines some aspects related to the use of the personality of the agent as judicial circumstance in determining the penalty, through the definition of the term personality, his role in the process of individualization of punishment, the purpose the state with its criminality, its use as circumstance in light of the principle of secularism and trends on the jurisprudential issue in the courts. It is an invitation to the study and discussion of his speech justification and constitutionality of its application. Technique was used in literature and analysis of justice is of the non-documentary. We hope to encourage further debate on the issue, and encourage a critical stance regarding the limitations of state power to punish, and the responsibility of the court as a political agent able to reconsider the law and its applicability.

**Key words:** Criminal Law. Personality. Fact Judicial. Individualization. Penalty

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1 A PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL</b>	12
<b>1.1 Conceituando Personalidade</b>	12
1.1.1 Personalidade e Psicologia	13
1.1.2 O conceito de personalidade para o Direito Penal	15
<b>1.2 A análise da personalidade como critério da atividade judicial de individualização da pena</b>	17
1.2.1 Circunstâncias judiciais x circunstâncias legais	18
1.2.2 O processo de individualização	19
1.2.3 A avaliação da personalidade e o direito penal do fato	22
<b>2 A INTERVENÇÃO PENAL NA ANÁLISE DA PERSONALIDADE E SUA MOTIVAÇÃO</b>	25
<b>2.1 O Direito Penal moderno e o conceito de pena necessária</b>	26
<b>2.2 A Teoria da Coação Psicológica de Feuerbach e a análise da personalidade como circunstância judicial</b>	27
<b>2.3 A finalidade da pena na análise da personalidade</b>	28
<b>3 O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO E A ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE NA COMPOSIÇÃO DA PENA</b>	33
<b>3.1 Aspectos conceituais</b>	33
3.1.1 O controle social do Estado	33
3.1.2 Precedentes históricos	35
<b>3.2 Reflexos do princípio da secularização no Direito Penal</b>	36
<b>3.3 A personalidade do agente e sua relevância para o Direito Penal à luz do princípio da secularização</b>	37
3.3.1 Os limites do pacto social	37
3.3.2 A análise da personalidade do agente	38
3.3.3 A teoria do delito natural de Garófalo e a análise da personalidade do agente	41
<b>4 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO RÉU NA APLICAÇÃO DA PENA – TENDÊNCIAS ATUAIS</b>	43

<b>4.1 Acórdãos do Supremo Tribunal Federal</b>	<b>43</b>
<b>4.2 Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça</b>	<b>45</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>54</b>
<b>ANEXO A Resolução que veda participação de psicólogos em exames criminológicos gera polêmica</b>	<b>57</b>
<b>ANEXO B VEP faz novos esclarecimentos sobre a primeira prisão de Adimar Jesus da Silva</b>	<b>58</b>

## INTRODUÇÃO

A pena criminal é uma sanção imposta coercitivamente pelo Estado ao autor da infração. Ao cometer o ilícito, este sofre perda ou restrição de bens jurídicos relevantes que, no direito brasileiro, materializam-se sob a forma de penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias.

O presente estudo se propõe a compreender o alcance do conceito de “personalidade” no âmbito do direito pátrio e questionar sua pertinência enquanto circunstância judicial, tendo em vista os limites de atuação do direito penal e os interesses que ele deve proteger.

O conceito de “personalidade” divide os expertos da psicologia, psiquiatria e sociologia. É difícil para o julgador, que não tem formação específica, classificar a personalidade do indivíduo de maneira técnica. Esse é um ponto delicado e importante, pois a valoração dessa circunstância deve ser feita pelo magistrado de modo a permitir que o réu possa contra-arrazoar, exercendo seu direito de defesa em plenitude. O subjetivismo da fundamentação pode levar à arbitrariedade.

Há ainda uma importante questão a ser avaliada. Ao criminalizar a “personalidade desviada” o Estado não estaria interferindo na esfera íntima do indivíduo, punindo-o por suas idéias, pensamentos, opções de vida? Devemos aceitar que o Estado, responsável pela defesa da sociedade, além de punir a conduta delituosa que turbou a paz social, exerça controle sobre a própria essência do indivíduo? É lícito ao Estado fazê-lo?

Para alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a técnica bibliográfica com leitura crítica dos textos colacionados. As incursões a nível jurisprudencial são do tipo documental, ou seja, não foi feito estudo de caso, e sim, uma análise eminentemente bibliográfica.

Esperamos demonstrar com este estudo a relevância da questão proposta, que tem encontrado eco e amadurecido em um ambiente de crescente respeito e proteção aos direitos humanos fundamentais. O trabalho visa a contribuir para uma maior reflexão acerca do tema, sem pretender esgotar o assunto ou

oferecer soluções definitivas. Almeja convidar o leitor ao debate sobre a pertinência da análise da personalidade do agente como circunstância judicial e ao estudo de seu discurso justificativo. O assunto é atual e merece ser sopesado à luz do Estado Democrático de Direito.

Em síntese, esta monografia propõe-se a fomentar um pensamento crítico-questionador dos limites do direito penal e do papel do juiz na análise desta circunstância judicial. É preciso avançar, fortalecendo o sistema de garantias do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, excluindo ou reduzindo sua intervenção na esfera da liberdade individual. Trata-se de tarefa acadêmica, de grande significado democrático para a sociedade contemporânea, tanto inadiável quanto necessária.

O presente trabalho foi então estruturado em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, apresentamos o conceito de personalidade sob o enfoque da Psicologia, seu alcance no âmbito do direito penal moderno e sua utilização como circunstância judicial no processo de individualização da pena; o segundo capítulo proporciona uma análise sobre os motivos que poderiam justificar a intervenção penal na avaliação da personalidade e sua inserção como circunstância judicial; no terceiro capítulo, apresentamos o conceito de secularização e seus reflexos na inclusão da personalidade do agente como fator da composição da pena; no quarto e último capítulo é apresentada a tendência jurisprudencial atual sobre o tema.

## 1 A PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Ao praticar o fato típico, o autor da infração será submetido a uma sanção penal, imposta pelo Estado, no exercício de seu *ius puniendi*. Como bem observou Rogério Greco (2007), para chegar à quantidade de pena que seja adequada e suficiente, o exercício mental do juiz não é meramente intuitivo: o código penal vincula e dirige o raciocínio do julgador, e os princípios constitucionais estabelecem seus limites de atuação.

As penas privativas de liberdade são fixadas de acordo com o sistema trifásico, em obediência ao comando expresso do artigo 68 do Código Penal Brasileiro. Esse sistema prevê que, na primeira fase, sejam consideradas as circunstâncias judiciais, na segunda, as agravantes e atenuantes, e, por fim, as causas especiais ou gerais de aumento ou diminuição de pena. Na lição de Rogério Greco (2008), é esse o caminho a ser percorrido pelo julgador.

Na primeira fase, devem ser observadas as disposições do artigo 59 do Código Penal, o qual estabelece oito circunstâncias judiciais que serão obrigatoriamente avaliadas pelo julgador: a personalidade do agente é uma delas.

### 1.1 Conceituando Personalidade

A discussão sobre o conceito de personalidade está presente nas mais variadas esferas do conhecimento humano: a filosofia, a psicologia, a sociologia, a antropologia e a medicina já tentaram compreender e explicar seus mecanismos.

Entender o que vem a ser personalidade, por não ser conceito jurídico, exige o auxílio das ciências correlatas. Para efeitos deste estudo, vamos priorizar a abordagem psicológica da personalidade, e o significado da expressão para o Direito Penal moderno.

### 1.1.1 Personalidade e Psicologia

Segundo Miguel Alexandre P. Costa (2008), apesar do conceito de personalidade possuir uma multiplicidade de definições, pode ser compreendido como uma construção pessoal contínua; é fruto de uma história de vida, da forma como entendemos e assimilamos nossas experiências.

O autor coloca que a expressão tem origem na palavra “persona”, que no teatro grego designava a máscara utilizada pelos atores para representar a emoção vivida pelo personagem. A Psicologia lança mão deste conceito para exprimir a organização psicodinâmica do indivíduo, responsável pelos padrões de pensamento e comportamento característicos de uma determinada pessoa.

Para Costa (2008), são três os fatores que influenciam a personalidade humana: influências hereditárias, o meio social onde o indivíduo está inserido e as experiências pessoais a que é submetido. Esses componentes sempre estarão presentes, mas a proporção na qual cada um deles contribuirá para a formação da personalidade parece variar de indivíduo para indivíduo, e guardar relação com a fase da vida em que se encontra.

Costa, citando Carl Jung, esclarece que “uma personalidade é um todo vivo e individual, único e autômato, que vai se construindo a partir do nascimento, por uma integração dinâmica de fatores orgânicos, intelectuais, éticos, afectivos e sociais”. (COSTA, 2008, p.3)

Se a personalidade é algo individual, único, como analisá-la qualitativamente? Como saber se é saudável ou doentia, já que isso implicaria em compará-la a algum modelo pré-estabelecido?

O autor coloca que a psicologia analítica de Jung resolve o dilema com uma única palavra-chave: equilíbrio. A personalidade saudável seria aquela que “consegue o equilíbrio entre o consciente e o inconsciente, entre a vida interior e exterior”, em um contínuo exercício de coerência. (COSTA, 2008, p. 3)

Sob este prisma, a nossa personalidade nos supre com o material que utilizaremos para entender e reagir ao que nos acontece, uma vez após a outra, revelando um padrão de reação individualizado.

O distúrbio da personalidade se apresenta quando há perda de coerência: rompe-se o equilíbrio entre o consciente e o inconsciente, o indivíduo quebra o seu padrão reativo habitual e passa a reagir de maneira diversa em face da mesma situação; os traços característicos da sua personalidade habitual tornam-se “incoerentes, inflexíveis e desadaptados”, prejudicando sua vida pessoal e sua inserção social. (COSTA, 2008, p.3)

Interessante observar que alguns dos traços da personalidade que são considerados pela psicologia como neuróticos (ansiedade, angústia, pessimismo, hostilidade, rigidez, intolerância, inflexibilidade, insociabilidade) são facilmente identificáveis em várias pessoas do nosso convívio social (como disse Caetano Veloso, “de perto ninguém é normal”).

G. J. Ballone (2008) destaca a existência de três concepções dominantes acerca da personalidade.

Para a primeira, que parte do pressuposto de que todos os seres humanos foram criados com idêntico potencial de desenvolvimento, as diferenças observáveis entre os indivíduos se devem a fatores exclusivamente ambientais. Esta corrente tem como referencial teórico as idéias de Rousseau, para quem a sociedade corrompe o homem. Buscam-se, fora da pessoa, os fatores responsáveis pela construção da sua personalidade.

A segunda corrente acredita que a personalidade é fruto de fatores hereditários, da constituição biotipológica do indivíduo. A genética determinaria não apenas a cor dos olhos, da pele, do cabelo, enfermidades metabólicas e físicas, como também a personalidade, o temperamento, a afetividade.

Já a terceira corrente vê a personalidade como um fator complexo, sujeito tanto a interferências ambientais, quanto genéticas, mescladas em uma singular combinação que produz um ser único. Sob este prisma, o homem é um ser biopsicossocial e a personalidade sua expressão e afirmação perante o mundo.

Nesse sentido, o autor, utilizando-se da definição de Sigmund Freud, assim explica o conceito de personalidade:

É a organização dinâmica dos traços no interior do eu, formados a partir dos genes particulares que herdamos, das existências singulares que experimentamos e das percepções individuais que temos do mundo, capazes de tornar cada indivíduo único em sua maneira de ser, de sentir e de desempenhar o seu papel social. (BALLONE, 2008, p. 1)

Ballone (2008) destaca que uma personalidade saudável é fruto de uma relação equilibrada entre o que carregamos como tendências naturais do ser humano, nossas potencialidades enquanto pessoas, e as exigências do ambiente. Um ambiente hostil e a pressão das circunstâncias trabalham contra a “domesticação” e o processo de aculturação de nossas tendências naturais, fazendo com que o indivíduo se deixe conduzir por seus impulsos e suas paixões mais primitivas.

A esta altura, gostaríamos de ressaltar que, seja qual for a corrente por nós adotada, ambiental, biológica ou biopsicossocial, a personalidade se afigura como algo que escapa ao controle do indivíduo, na medida em que sua maneira de lidar com a vida, com o mundo e com suas próprias emoções são profundas e ancestrais, não sendo fruto de uma escolha consciente ou de uma livre manifestação de vontade.

### 1.1.2 O conceito de personalidade para o Direito Penal

A doutrina dominante conceitua como personalidade o que a Psicologia define como traços da personalidade: as características predominantes na maneira de ser de cada um. Exemplificando, são os traços da personalidade que permitem classificar determinada pessoa como explosiva, obsessiva, fria, insensível, agressiva.

Os traços da personalidade, explica Ballone (2008), são comuns a toda a espécie humana e existem em cada um de nós, em proporções variadas. A combinação desses traços é feita de forma única, individual, personalizada. É essa combinação que caracteriza a nossa personalidade. O autor entende os traços como certa inclinação inata submetida à influência atenuante ou agravante do meio,

inclinação esta responsável pela maneira como a pessoa se apresentará ao mundo ou ao convívio gregário.

Na vida em sociedade, desempenhamos os mais variados papéis sociais, expressos em sentimentos, atitudes e comportamentos que o grupo espera do ocupante de determinada posição na estrutura social (o que o Direito Penal classifica como conduta social). Ballone (2008, p. 8), citando Jung, chama de persona (como dito anteriormente, palavra de origem grega que significa máscara) esta representação social, sendo que “no palco da vida, cada um de nós ostenta sua máscara”; pois as pessoas tendem a ser aquilo que delas se espera.

É interessante notar que, enquanto para a Psicologia a personalidade ajustada é aquela resultante do equilíbrio de nossas tendências naturais, para o Direito Penal é aquela onde há perfeita coincidência entre a máscara utilizada e o papel social representado pelo agente. Há, porém, uma distância considerável entre o papel do indivíduo e aquilo que ele realmente é.

As sentenças judiciais têm reiteradamente rotulado os que cometem o fato típico como portadores de uma personalidade perigosa, anti-social, voltada para o crime, para o mal, etc. Neste sentido, a personalidade negativamente valorada tem sido entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.

Juarez Cirino dos Santos (2005) ressalta que a jurisprudência tem atribuído um significado não científico ao conceito de personalidade, reduzindo-o a um conjunto de sentimentos ou emoções pessoais (como a agressividade, exemplificativamente).

Segundo o autor, na jurisprudência e legislação alemãs, para fins de aferição da personalidade, é dado destaque à atitude concreta do autor do crime, buscando-se elementos que possam demonstrar rudeza, brutalidade, má-fé, perfídia, crueldade (o que, como defendido anteriormente, são apenas traços da personalidade). Essa metodologia é bastante semelhante à adotada por grande parte da doutrina nacional.

Juarez Cirino (2005, p. 114) critica esta posição, por entender que a análise de traços da personalidade revela-se insuficiente para aferir a personalidade

do sujeito, que se encontra em “processo constante de formação, transformação e deformação”, constituindo uma visão demasiadamente simplista do conceito.

Contrapondo-se a este entendimento, Mirabete (2006) entende que na análise da personalidade devem ser observadas as qualidades morais do agente, sua boa ou má índole, seu grau de agressividade. Esses fatores seriam suficientes para revelar o antagonismo para com a ordem social intrínsecos a seu temperamento.

Na mesma esteira de entendimento, Cezar Roberto Bitencourt (2002) considera como fatores relevantes para a análise da personalidade a boa ou má índole do agente, sua sensibilidade ético-social e a presença de eventuais desvios de caráter, sendo necessário verificar se o indivíduo é um criminoso habitual ou se o crime constitui um episódio acidental em sua vida.

A definição de personalidade de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2000) tem forte influência da Psicologia. O autor entende que a personalidade resulta de uma conjugação de fatores internos e externos ao réu, alguns herdados, outros adquiridos, responsáveis pela forma como reagirá às mais variadas questões do cotidiano.

Nesse sentido, nos ensina Paganella Boschi, citado por Salo de Carvalho (2004, p. 54):

Definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo, especialmente ao juiz, muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de personalidade. Por isso constata-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.

## **1.2 A análise da personalidade como critério da atividade judicial de individualização da pena**

Segundo Rogério Greco (2007), a individualização da pena acontece em momentos distintos. O primeiro deles ocorre ainda na fase legislativa, quando o legislador descreve a conduta criminosa e estabelece a sanção cabível, estabelecendo um valor mínimo e máximo para a pena a ser cominada, controlando assim, a atividade do juiz e dos órgãos de execução penal.

O segundo momento tem lugar após o cometimento da infração penal. Nesta fase, o juiz, obedecendo aos limites impostos pelo legislador na fase anterior, aplicará a sanção que julgar necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conceito que já traz em si a idéia de proporcionalidade. Ao juiz são dados poderes discricionários para determinar a quantidade concreta de pena que será aplicada, individualizando assim o comando abstrato da norma.

### 1.2.1 Circunstâncias judiciais x circunstâncias legais

Como já mencionado anteriormente, para fixar o quantum de pena a ser cominado, o juiz deverá lançar mão do sistema trifásico. Deve identificar o tipo penal ao qual o comportamento do autor se amolda, para em seguida passar à fixação da pena. Na primeira fase o juiz determinará a pena-base sobre a qual incidirão, posteriormente, os acréscimos legais. Para isso, levando em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal brasileiro, decidirá dentre a pena mínima e máxima.

Ao prever valoração das circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, o Código Penal individualiza a pena a ser aplicada ao autor do fato.

Marilise Ana Deon (2003) esclarece a diferença entre as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais. As circunstâncias judiciais seriam aquelas sujeitas à discricionariedade do juiz, sendo livre sua valoração. Já as circunstâncias

legais estão vinculadas, como por exemplo, as atenuantes e agravantes, cujo quantum está previamente fixado em lei.

A autora, fazendo referência a Paganella, distingue as circunstâncias judiciais subjetivas das objetivas. As subjetivas seriam aquelas relativas ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos). As objetivas estão relacionadas ao fato (circunstâncias e consequências do crime) e à vítima (comportamento da vítima).

### 1.2.2 O processo de individualização

Analisar a personalidade é tarefa de alta complexidade que requer conhecimentos técnicos. Entretanto, na prática, o magistrado brasileiro, ao arbitrar a pena-base, não se baseia em parecer técnico-científico algum que o respalde em seu julgamento. Como bem lembra Juarez Cirino dos Santos (2005), o juiz fica desprovido de elementos científicos, atuando com a mais ampla discricionariedade na avaliação desta circunstância.

Poderia o juiz contar com um laudo técnico que o auxiliasse nesta análise? A legislação não prevê a realização de exame da personalidade ou criminológico durante a instrução criminal, e muitos, como Zaffaroni e Pierangelli (1998), entendem que tal previsão ofenderia o princípio da presunção de inocência. Esta é, a propósito, a justificativa existente na exposição de motivos da Lei de Execuções Penais; entendimento vencedor, se considerarmos, como apontado por Neilza Alves Barreto (2006), que a realização do exame durante a instrução, tal qual idealizado por José Frederico Marques na elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Penal, não logrou ser aprovado.

Entretanto, é forçoso considerar que avaliar a personalidade sem respaldo técnico põe em questão outros princípios, como, por exemplo, os da proporcionalidade, da individualização e da humanização da pena.

Nesse sentido, é pertinente a colocação de Cunha Luna (1985, p.17):

[...] a legislação acertou ao não permitir exame criminológico na pessoa do simplesmente denunciado e ainda não condenado, e desacertou ao privar nosso processo penal de um exame de natureza científica que é, na essência, processual e que prestaria inegáveis esclarecimentos para a aplicação mais justa da pena [...].

Zaffaroni e Pierangelli (1998) entendem que a melhor solução para o impasse seria a adoção do sistema bifásico, semelhante ao que acontece, algumas vezes, nos Estados Unidos. Na primeira fase, seria identificada a autoria e se procederia a uma classificação legal do fato. Na segunda etapa, seria feita a individualização da pena. Desta feita, o exame não seria feito sem a existência da formação da culpa.

Cabem aqui algumas considerações de ordem prática. Conforme reportagem do Correio Braziliense, datada de 27/07/2010 (anexo A), em julho de 2010 o Conselho Regional de Psicologia editou Resolução que veda a participação de psicólogos em exames criminológicos, por discordar da forma como os exames são elaborados. Defende que o acompanhamento psicológico do preso deve ser contínuo e não apenas por ocasião da progressão de regime.

Entretanto, a Resolução do Conselho não parece estar divorciada da realidade vivida pelos profissionais da área. O ponto nevrálgico do problema diz respeito à própria estrutura do quadro de psicólogos e psiquiatras que muitas vezes, como é o caso de Brasília, conta com número de profissionais muito aquém do necessário. Reportagem do Correio Braziliense datada de 13/04/2010 (Anexo B), revela a enorme desproporção: o GDF conta com 10 profissionais para atender uma população carcerária de 8.500 presos.

Se o quadro de funcionários é claramente insuficiente para atender à demanda da fase de execução da pena, assoberbá-los com a produção de laudos durante a fase de instrução é impensável.

Há doutrinadores com pensamento de vanguarda sobre a questão. Rogério Greco (2007, p. 565) leciona que a personalidade não é um conceito jurídico. O juiz não estaria apto a aferir a personalidade de ninguém, já que não possui nem técnica e nem tempo para tal; e sentencia: “o juiz não deverá levá-la em consideração no momento da fixação da pena-base”.

E se o quadro fosse diverso? Se contássemos com profissionais da área em número suficiente para dar ao juiz condições mínimas de formular um juízo técnico sobre o tema? Esta avaliação seria legítima, sob a ótica de um direito penal de garantias?

É o que ressalta Paulo Queiroz (2009) em sua obra, ao observar que a análise da personalidade é ilegítima no contexto de direito penal do fato, pois, ao invadir o foro íntimo do autor, desvirtua o princípio da culpabilidade pelo fato.

A questão, entretanto, não está pacificada. Guilherme de Souza Nucci (2005) entende que a análise da personalidade é perfeitamente compatível com o princípio da culpabilidade pelo fato, sempre que estiver presente nexos de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente.

O magistrado deverá, afirma o autor, ao longo da instrução, amearhar provas que forneçam elementos de apoio para seu veredicto. As partes poderiam ajudar neste processo, solicitando a produção de avaliação psicológica do acusado, ou arrolando, como testemunha, profissional especializado para fornecer ao juiz maiores detalhes.

O autor ressalta ainda o papel de destaque da análise da personalidade no momento da individualização da pena. Citando Aníbal Bruno (2005, p. 3), pontua que “não se deve esquecer que o crime nasce do encontro de determinada personalidade com determinada circunstância”. Para o autor, sempre que determinada característica negativa da personalidade do réu for o “móvel propulsor” do crime, deverá ser sopesada na fixação da pena.

Nucci (2005) refuta a tese do despreparo do magistrado para opinar sobre a personalidade do autor. Ressalta que esta análise não necessita ser técnica, já que não servirá para prescrever ao réu nenhum tratamento. Trata-se apenas de um exercício de aplicação da pena por um crime reconhecidamente cometido. Tudo que o magistrado precisa é lançar mão, no momento da avaliação da personalidade do autor, do mesmo bom senso que utilizou para aferir a culpa do réu.

O autor destaca que cercear a avaliação da personalidade equivaleria a fragilizar o princípio da individualização da pena, pois ao deixar de analisar os elementos subjetivos do caso concreto, aproximamo-nos perigosamente de penas padronizadas.

Nesse sentido, Nucci conclui (2005, p.3) que “invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, (...) torna a pena mais justa e sensata no seu quantum e no seu propósito”.

Chama-nos a atenção alguns pontos levantados pelo autor. Como estabelecer nexos de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente preservando o princípio da culpabilidade pelo fato? Sob a ótica deste princípio, a culpabilidade é uma reprovação do ato, e não da personalidade do sujeito.

A solicitação pela parte processual, e concessão pelo magistrado, da produção de avaliação psicológica do acusado, não feriria o princípio da culpabilidade pelo fato?

A valoração da personalidade do agente, feita sem técnica, e com base apenas no bom senso do magistrado, não viola o princípio da individualização da pena e do devido processo legal, na medida em que o juiz deve reconhecer as circunstâncias e analisá-las fundamentadamente, viabilizando ao réu o exercício do contraditório?

### 1.2.3 A avaliação da personalidade e o direito penal do fato

Como ensina Assis Toledo (1994), o crime nada mais é do que um fato típico causado por um ser humano. Deste conceito, extraímos dois elementos principais: o fato e seu autor.

O sistema punitivo pode tomar por base qualquer um desses fatores. O sistema que toma por base exclusivamente o fato é um puro direito penal do fato. Se ao contrário, optar por voltar-se totalmente para o autor, será um puro direito penal do autor. Entretanto, a pureza não parece ser a marca registrada dos sistemas punitivos; e observamos que os mesmos não se colocam nos extremos, mas em posições intermediárias, alguns mais voltados para um lado, ou para outro.

Segundo Assis Toledo (1994, p. 251), o direito penal moderno se situa em uma posição intermediária nesta escala, mais próxima do direito penal do fato do que do autor. Poder-se-ia dizer que é um “moderado direito penal do fato”. Essa é a posição de países como Alemanha, Itália e Brasil.

Para comprovar sua tese, o doutrinador (1994, p.251) aponta que nossos códigos e leis, de maneira geral, “tipificam fatos (modelos de condutas humanas) e não perfis psicológicos de autores”. Entretanto, ao valorar a personalidade como circunstância judicial, sinalizam que não estão distantes do agente. A análise do fato vem em primeiro plano, mas a avaliação do agente continua influenciando a opinião do julgador.

Assis Toledo ressalta a grande influência da culpa no direito penal moderno, consubstanciada no brocardo *nulla poena sine culpa*. Da análise do conceito de culpa, emergem os mesmos fatores principais: o fato e o autor.

Nesse sentido, afirma Toledo, uma corrente de penalistas deu destaque à culpabilidade do fato isolado e outra criou a doutrina da culpabilidade do autor, onde o objeto do juízo de culpabilidade é o modo de ser do agente, sua personalidade.

Destaca o autor, citando Liszt (1994, p. 72), que o Código Penal “é a Magna Carta do delinqüente”, pois, mais que instrumento de proteção da coletividade, é instrumento de defesa do criminoso, ao limitar o *ius puniendi* do Estado e atrelar seu exercício aos limites impostos pela lei.

Sob este prisma, defende Assis Toledo, ao se aproximar do autor, o conceito de culpa se torna demasiadamente elástico, pois entra na esfera do subjetivo, onde os conceitos são pessoais, voláteis, imprecisos. Como conseqüência, temos o Estado exercendo seu *ius puniendi* com ampla discricionariedade, perigosamente sem limites.

O autor ressalta a idéia de que somente o fato, com a carga objetiva a ele vinculada, é capaz de traçar limites seguros para a atuação estatal.

Isto posto, seria correto inferir que a análise da personalidade como circunstância judicial é resquício do direito penal do autor? Entendemos que sim. Na escala imaginária de Assis Toledo, a avaliação dessa circunstância está perigosamente próxima do fator autor. E com isso, como vimos, o conceito de culpa se torna pouco seguro, impreciso, eivado de subjetivismo.

A doutrina da culpabilidade do autor não pode ser aplicada impunemente no Estado Democrático de Direito. Isso afetaria de forma indelével a coerência do sistema. Sob este prisma, defende Assis Toledo (1994), as idéias liberais do direito penal moderno se harmonizam com perfeição ao brocado *nullum crimen nulla poena sine lege*, ao direito penal do fato e à culpabilidade do fato.

Nesse sentido, por ser expressão do direito penal do autor, a análise da personalidade como circunstância judicial afeta a coerência do sistema e constitui inegável retrocesso.

## 2 A INTERVENÇÃO PENAL NA ANÁLISE DA PERSONALIDADE E SUA MOTIVAÇÃO

De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2005), os valores que justificam a necessidade de aplicação da pena são os pilares sobre os quais está assentada a legitimação do poder estatal de punir. A partir deste núcleo fundamental, é valorada a necessidade de que a pena seja aplicada a fim de concretizar sua função preventiva e repressiva.

A Política Criminal, afirma o autor, é o conjunto de medidas sistematicamente adotadas pelo Estado para viabilizar o controle do crime e da criminalidade. Já o Direito Penal é um sistema de normas que associam o delito à pena. Aquele como pressuposto e esta como consequência.

O autor defende a idéia de que, no Brasil, inexistem programas oficiais de política criminal que ataquem a fonte primária do crime e da criminalidade: políticas públicas de emprego, saúde, escolarização, etc., capazes de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada. Como consequência, temos, no Brasil, ao invés de política criminal, uma verdadeira “política penal”, onde o Estado utiliza como instrumentos de resposta ao problema social do crime a tipificação de crimes, a cominação de penas e a execução penal.

Chega-se à conclusão de que, na verdade, temos uma política criminal simbólica, meramente formal, onde o combate ao crime e à criminalidade fica materialmente a cargo do Direito Penal que, no exercício desta função, tem como fontes primárias de legitimidade a teoria da pena e a idéia de retribuição e prevenção.

À luz destas considerações, Juarez Cirino dos Santos (2006) destaca que a criminologia radical relaciona o fracasso histórico do sistema processual aos objetivos ideológicos (funções aparentes), e identifica nos objetivos reais (funções ocultas) o êxito histórico do sistema punitivo como aparelho de reprodução do poder social (econômico e político).

Sob este enfoque, quais seriam os objetivos ideológicos e os objetivos reais da pena na análise da personalidade? É possível vislumbrar a função retributiva e preventiva na análise desta circunstância? Ao apenar a personalidade que considera desviada, estaria o Estado apenas implementando um programa de política criminal, exercendo o que considera ser uma forma de controle social do crime, utilizando-se, para isto, do Direito Penal?

## 2.1 O direito penal moderno e o conceito de pena necessária

Segundo Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1998), o direito penal moderno surgiu a partir das idéias iluministas (segunda metade do século XVIII) e do conceito de Estado pós Revolução Francesa (1789). No direito anterior, o Monarca, que detinha o poder de vida e morte, podia dar-se ao luxo de ser misericordioso e perdoar. Afinal, ele era a lei. Com a modificação do regime e a expansão iluminista, fez-se sentir a necessidade de uma maior racionalização da Justiça, calcada em um modelo jusnaturalista de Estado e de Direito.

Como consequência, afirma Enrique Bacigalupo (2005), ao final do século XVIII, a idéia do uso discricionário do direito penal entra em colapso. Montesquieu afirmava que no Estado onde imperasse a virtude, a clemência seria menos necessária. Rousseau tinha sérias restrições à renúncia do *ius puniendi*, pois a vontade geral seria indestrutível.

Bacigalupo (2005) aponta que Beccaria é o primeiro a afirmar categoricamente o caráter necessário da pena (fins do século XVIII). Para Beccaria, a infalibilidade da pena é condição de sua eficácia preventiva. O que mantém o homem fiel à norma é a certeza da punição. Observamos que, no direito penal moderno, a ideologia dominante leva a pena a ter um caráter necessário e irrenunciável.

## 2.2 A teoria da coação psicológica de Feuerbach e a análise da personalidade como circunstância judicial

A necessidade da pena também é um elemento essencial desta teoria. Para Feuerbach, a pena não só é necessária, como também deve ser aplicada de forma imediata. “Para que a ameaça da lei seja uma ameaça real, ela necessita ser efetivamente executada, bastando para tanto que se concretize o fato nela previsto” (apud Bacigalupo 2005, p. 13, tradução livre).

Para este pensador, a crença de que a pena é um castigo que será realmente aplicado funciona como um freio, exercendo uma verdadeira coação psicológica sobre o agente. Credita à ameaça legal representada pela pena o poder de determinar a vontade do agente.

Acreditamos que a inclusão da análise da personalidade, no rol das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, é a expressão do Estado atuando como guardião dos valores que a sociedade, de maneira geral, considera como aceitáveis; pois como afirma Bitencourt (2002), fazendo alusão a Muñoz Conde, a pena nada mais é do que um recurso do qual se utiliza o Estado a fim de reprimir condutas que turbem o convívio social.

Em última análise, a criminalização da personalidade desviada seria a aplicação, pelo Estado, da teoria da coação psicológica de Feuerbach: tenta-se, sob a ameaça de pena, regular a esfera íntima do indivíduo, moldar a sua “personalidade” de acordo com os padrões socialmente aceitáveis.

Contudo, se partirmos do pressuposto de que vivemos sob a égide do direito penal do fato, e não do autor, o que legitimaria o direito estatal de punir a personalidade que considera desviada? A pena, neste caso, seria realmente necessária, já que extrapola a idéia de obediência à norma? Estaria o Estado legitimado a exercer tal forma de coação psicológica, sob ameaça de pena?

### 2.3 A finalidade da pena na análise da personalidade

Para Luiz Flávio Gomes (2006), foi por ocasião da reforma legislativa de 1984, na qual se alterou a Parte Geral do Código Penal e foi aprovada a Lei de Execução Penal, que o ordenamento jurídico brasileiro se posicionou de forma clara sobre as finalidades da pena. De viés retribucionista, seus fundamentos estariam calcados nas idéias de justiça (a sanção é merecida) e proporcionalidade entre a pena a ser aplicada, a culpabilidade do autor e a gravidade do fato. Entretanto, a discricionariedade vinculada, concedida ao magistrado no momento da fixação da pena, nos afasta do sistema retributivo puro.

Sob esse aspecto, afirma Luiz Flávio Gomes (2006), no que se refere à finalidade da pena, nosso Código Penal adotou expressamente a teoria mista ou unificadora da pena, já que confere à pena dupla função: retributiva e preventiva. O artigo 59 do Código Penal consagra esta teoria, ao prever que:

O juiz, atendendo à culpabilidade [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

[...]

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

[...]

Juarez Cirino dos Santos (2005) aponta que a pena é a dimensão punitiva do Direito Penal, é um ato de poder político. A pena encontra seus limites na dimensão jurídica que o direito penal lhe empresta quando estabelece qual será sua forma de aplicação e execução.

A aplicação da pena ao caso concreto pressupõe a existência de uma teoria do crime, que a justifique e legitime.

Segundo Rogério Greco (2007), as teorias absolutas são retributivistas, enquanto que as teorias relativas se preocupam com o caráter preventivo da pena.

O autor ressalta que a teoria é dita absoluta por estar completamente desvinculada de qualquer finalidade social: é um fim em si mesma, é uma mera retribuição ao delito, é o merecido castigo. A culpabilidade do autor gera um mal inexorável e proporcional: a pena.

Para Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 4), uma conjugação de fatores levou a função retributivista da pena, característica do Direito Penal clássico, a chegar aos nossos dias. Destaca que “(...) a filosofia ocidental é retributiva”, tendo sido enormemente influenciada por dois filósofos retribucionistas: Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831).

Para Kant, a pena não tem a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, trata-se, em síntese, de mal decorrente da violação de um dever jurídico. Embora apregoe que a pena deva guardar proporção com o mal cometido, tal sistema muito se assemelha à vingança privada dos tempos primitivos: é o “olho por olho, dente por dente” coberto pelo manto da legalidade. Aliás, o princípio de Talião já trazia em si a idéia de proporcionalidade desejada por Kant.

A definição clássica de Hegel sobre o crime como “negação do direito e pena como negação da negação” (SANTOS, 2005, p.5), nos remete à idéia de que a vontade geral, expressa na norma jurídica, foi negada pelo autor do delito. A vontade do infrator será negada pela pena, que restabelecerá o direito.

Além disso, frisa o autor, a psicologia popular está enormemente influenciada pela tradição religiosa judaico-cristã ocidental, fundada na imagem retributivo-vingativa da justiça divina.

Podemos vislumbrar a função retributiva da pena na análise da personalidade do agente. Pessoas empedernidas e voltadas para o crime mereceriam pena maior. Observamos que este “plus” está desvinculado de qualquer função ressocializadora, é o merecido castigo gerado pela culpabilidade do autor. Segundo Juarez Cirino dos Santos (2005, p.4), a pena com finalidade retributiva, no sentido jurídico de “compensação da culpabilidade” é característica do Direito Penal clássico. Fazendo alusão a Cláudio Brandão (2005, p.4), pontua: “A sobrevivência histórica da pena retributiva – a mais antiga e, de certo modo, a mais popular função atribuída à pena criminal – parece inexplicável: a pena como expiação de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo.”

Já a teoria relativa, leciona Rogério Greco (2007), é eminentemente preventiva. A pena já não é um fim em si mesma, possuindo uma finalidade voltada

para a preservação e sobrevivência do grupo social. A pena passa a ser instrumento de prevenção da prática do delito, concretizada através da prevenção geral e da prevenção especial.

A prevenção geral, na concepção do autor, dividir-se-ia em prevenção geral negativa e positiva. Na prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, espera-se que a pena aplicada ao delinqüente convença seus pares da necessidade de comportar-se em conformidade com o direito.

Segundo Paulo Queiroz (2008), a prevenção positiva ou integradora busca fazer um trabalho de conscientização de todo corpo social, colocando em evidência os valores que necessitam ser preservados. É dita integradora, já que esta unidade de pensamento favorece a integração social.

Entendemos que a função preventiva parece estar presente na análise da personalidade como circunstância judicial. É a prevenção por intimidação sinalizando que o modelo de personalidade do autor da infração é inadequado. Muito pertinentes as observações de Cezar Bitencourt (2004, p. 124):

Essas idéias prevencionistas desenvolveram-se no período do iluminismo. São teorias que surgem na transição do Estado absoluto ao Estado liberal. Segundo Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée, tais idéias tiveram como conseqüência levar o Estado a “fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do iluminismo opuseram ao absolutismo”, isto é, de direito natural ou de estrito laicismo: livre arbítrio ou medo (racionalidade). **Em ambos, substitui o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre o psique.** O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que, a todo momento, pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A pena, conclui-se, apóia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce coerção psicológica perante os motivos contrários aos ditames do direito. (grifo nosso)

Efetivamente, além da prevenção por intimidação, parece também estar presente a prevenção positiva ou integradora, pois a pena coloca em evidência os valores que necessitam ser observados pelo grupo, a fim de evitar a resposta estatal. Estaria o Estado legitimado a exercer tal poder “sobre a alma” e “sobre a psique” do corpo social?

A teoria da prevenção especial ressalta Rogério Greco (2007), visa especialmente a figura do delinqüente, e tem por objetivo impedir que o mesmo volte a delinqüir. A prevenção especial deve ser observada pelo juiz no momento da fixação da pena, já que ao proceder à individualização da pena deverá cuidar para

que a mesma seja necessária e suficiente para prevenir o crime, dando cumprimento ao disposto no artigo 59 do Código Penal Brasileiro. Na execução da pena, a prevenção especial concretiza-se através de medidas que promovam a integração social do condenado, visando uma futura reinserção.

Rogério Greco (2007) classifica a prevenção especial em negativa e positiva. Na negativa, pretende-se a neutralização do delinqüente, via segregação no cárcere. Juarez Cirino dos Santos (2006) entende que a prevenção especial negativa está centrada na ideia de que a privação de liberdade do delinqüente gera tranqüilidade social, já que o autor do delito, que demonstrou periculosidade ao cometer a infração, estará fora de circulação.

Na prevenção especial positiva, a função da pena é ressocializadora, e tem como objetivo levar o autor a desistir de cometer futuros delitos, escolhendo pautar-se por uma conduta conforme o direito para escapar a uma resposta penal.

Claus Roxin (2004, p. 22) faz acurada crítica à prevenção especial:

O que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhes são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos concidadãos causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Tais perguntas parecem levemente provocadoras. Mas com elas apenas se prova que a maioria das pessoas considera como algo de evidente o facto de se reprimir violentamente o diferente e o anômalo. Todavia, saber em que medida existe num Estado de Direito competência para tal, eis o verdadeiro problema que a concepção preventivo-especial não pode à partida resolver, porque cai fora de seu campo de visão.

Seria a prevenção especial a finalidade da pena na análise da personalidade? O indivíduo que apresenta personalidade discrepante do modelo social desejado estaria sendo neutralizado, a fim de garantir a segurança social da maioria? Teria a pena função ressocializadora, visando compelir o autor a compartilhar os valores dominantes?

Respondendo à questão, Zaffaroni et alii (2003, p. 126) sustenta que ideologias como a reeducação, a repersonalização e a reintegração encontram-se absolutamente deslegitimadas “[...] frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se recaia num retribucionismo irracional [...]”

Tem razão Juarez Cirino dos Santos (2002, p. 2), quando coloca em cheque a eficácia da prevenção especial como instrumento de correção capaz de “[...] transformar a personalidade do preso mediante trabalhos técnico-corretivos realizados no interior da prisão”. Ressalta que, em última análise, dar-se-á justamente o inverso, posto que a imersão no ambiente carcerário fará com que o preso se torne cada vez mais alheio aos valores da vida em sociedade, sofrendo um verdadeiro processo de “aculturação” no qual internalizará os valores da realidade carcerária, quais sejam: a violência e a corrupção.

Podemos concluir que, no que concerne à personalidade, a pena dificilmente atingirá sua função ressocializadora, restando para legitimá-la a função retribucionista.

### 3 O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO E A ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE NA COMPOSIÇÃO DA PENA

#### 3.1 Aspectos conceituais

A seguir, analisaremos o conceito de secularização e o contexto histórico que deu origem a este processo.

##### 3.1.1 O controle social do Estado

Quando pensamos no Direito Penal, em quais funções ele exerce no cenário das relações humanas, logo nos vem à mente sua função de instrumento regulador da vida em sociedade: por meio desse instrumento, se mantém a paz social, na medida em que dispomos de um sistema de regras reguladoras de conflitos.

Vale ressaltar a preclara observação de Nilo Batista (2004, p.18), quando aponta a importância de refletir sobre as formas de aparição histórica do direito. O direito não pode ser visto dissociado do contexto histórico do qual é fruto, pois é elaborado a partir de um “verdadeiro processo social de criação”.

Citando Tobias Barreto, o autor (2004, p.18) destaca que inexistente aquilo que se convencionou chamar de direito natural: “não existe um direito natural, mas há uma lei natural no direito”. O direito não foi generosamente oferecido pela natureza, é produto do engenho humano. Não é uma lei universal, anterior ao nosso aparecimento no planeta, tampouco nos foi revelado por Deus, ou deduzido através

de uma série de inferências lógicas. O direito foi forjado no fogo das relações sociais, e temperado pela estrutura e pela dinâmica do corpo social.

Esse processo foi finalístico, visava a um objetivo determinado e não apenas, usando as palavras de Nilo Batista (2004, p. 20), “a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais”. Para o autor, o fim não era religioso ou ético, era político, e são muitas as faces que os doutrinadores lhe conferem: garantia das condições de vida da sociedade, combate ao crime, preservação dos interesses do corpo social, etc.

O autor questiona estes objetivos, destaca que, ao garantir as condições de vida da sociedade, o Estado pode vir a extrapolar os fins propostos. Cita como exemplo a Alemanha nazista: o direito penal nazista garantia as condições de vida da sociedade, ou era um instrumento de intimidação nas mãos do Estado, que acabaria conduzindo ao desaparecimento da própria sociedade?

O que dizer do combate ao crime? As estatísticas demonstram que a eficácia do direito penal é meramente retributiva, tendo o mesmo se revelado incapaz de conter o avanço dos índices de criminalidade. Sua eficácia preventiva e seu efeito intimidador estão em cheque.

Por último, o autor ressalta a diversidade do corpo social, fracionado em numerosas classes, com interesses antagônicos e conflitantes entre si. Como conciliar este quadro com os interesses do grupo social?

Qual seria, então, a função do direito? Para Nilo Batista (2004, p. 22), o direito exerce uma função conservadora, também conhecida como controle social. Citando Lola Aniyar de Castro, esclarece que o controle social “não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças, para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se entregam à ideologia dominante”. O autor esclarece que, apesar da função controladora não ser a única desempenhada pelo direito (há outras funções, como por exemplo, a educativa e a transformadora), o controle social é sua função primordial.

Para o autor, os fins do direito penal e os fins do Estado se confundem, na medida em que o direito penal é instrumento de controle social do Estado. Entretanto, a relação oriunda da função de controle é dinâmica: ao mesmo tempo

em que o Direito interfere e regula as relações sociais, sofre as influências do corpo social.

### 3.1.2 Precedentes históricos

Por ocasião das primeiras manifestações do direito penal, a idéia de direito e de religião se confundiam. Rogério Tucci (1986) destaca que na Grécia antiga existiam leis não escritas, assentadas na tradição e na idéia de equidade. Segundo o autor, mesmo em Roma, apesar da importância conferida à Lex, identificava-se sua íntima vinculação a princípios morais e religiosos.

Jeanine Nicolazzi Philippi (2001) partilha do mesmo entendimento. Ao dissertar sobre a concepção romana de lei, esclarece que, tanto na Grécia quanto em Roma, a lei surgiu como parte da religião. O culto aos deuses e antepassados era obrigatório e único meio efetivo capaz de conquistar seus favores. Segundo a autora (2001, p. 77), a lei era vista como um texto sagrado: “a religião governa as pessoas, dita as leis e legitima o governo dos patrícios – os responsáveis pela preservação das tradições sagradas”.

Entretanto, relata a autora, a modificação no contexto social romano, com a transformação de Roma em república, modifica o quadro. Os plebeus começam a fazer uma análise crítica de sua situação social e se rebelam contra a falta de representação política, a inexistência de leis escritas, a discriminação nos tribunais, a proibição de casamento entre classes distintas e o aumento da carga tributária. Ameaçam se separar de Roma, caso suas demandas não sejam atendidas. Acuada pela certeza de que o auxílio dos plebeus era fundamental para fazer frente às ameaças de guerra constantes, a classe dominante se vê obrigada a ceder. Surge então, um direito público (Lex), que se distancia dos livros sagrados e passa a ser conhecido de todos. E assim, a lei, antes aceita e cultuada como um verdadeiro dogma religioso, pois tinha sido revelada pelos deuses aos antepassados e aos reis,

passa a sofrer nítida influência do corpo social, inclusive das classes antes excluídas, legitimada pelos interesses prevaletentes e pela aceitação da maioria.

Novamente, as circunstâncias alteram o panorama. A autora esclarece que, com a queda do Império Romano, houve um deslocamento significativo na estrutura de poder: este passa de Roma para as mãos da Igreja Católica. Esta, a fim de legitimar sua atuação, desenvolve o direito canônico, que regulava aspectos laicos e religiosos, e que prevaleceu até o século XX. Como consequência, na Idade Antiga e Média, o Direito era uma exteriorização do poder da Igreja Católica, que se declarou a intérprete da vontade divina e a encarregada da concretização da Justiça.

A autora lembra que, nos séculos XVII e XVIII, as forças sociais começam a se mover no sentido de um pensamento mais racionalista. Em um contexto social marcado por avanços e descobertas científicas, contratualistas e iluministas se opõem ao direito canônico. O império da razão questiona as exigências do direito canônico fundadas puramente na moral. Inicia-se, assim, o processo de secularização (laicização) do Direito.

### **3.2 Reflexos do princípio da secularização no Direito Penal**

Para Ferrajoli (2006), no começo da Idade Moderna, houve uma nítida cisão entre direito e moral. As idéias iluministas davam conta de que o direito é um sistema de convenções legais, que não tem necessariamente que refletir padrões morais, valores éticos ou outro tipo qualquer de verdade axiológica. A moral, por seu turno, prescindiria do ordenamento positivo.

Antes do processo de secularização, a moral, ao confundir-se com o direito, tornou possível que o direito interviesse na esfera íntima do indivíduo, criminalizando e punindo as escolhas pessoais, as convicções, as crenças. Assis Toledo (1994, p.8) lembra as consequências desastrosas da moralização do direito, e cita como exemplo a repressão imposta pelos Tribunais do Santo Ofício ao crime de heresia. O Estado buscava interferir a nível de consciência individual e, como

bem ressalta o autor, atuava como se “o modo de pensar ou de sentir, de cada um, pudesse ser plasmado ou induzido, pela força, na direção do bem”. A coação empregada era vista como um mal necessário e muitas foram as vítimas.

Salo de Carvalho (2004) aponta que a mistura entre moral e direito tem como subproduto um conceito de crime onde estão presentes características destas duas esferas. Sob este prisma, o direito penal da Inquisição foi o direito penal da intervenção moral.

A separação entre direito e moral impede este tipo de controle psicológico. O “desvio” do autor, antes punido com base em sua perversidade, passa a ser avaliado por meio de sua conduta. A punição terá relação direta com a ação (objetiva, exterior e perceptível) causadora do dano.

Observamos que o processo de secularização implicou na redução da esfera de atuação do direito penal. O direito deixa de punir o pecado e passa a se preocupar apenas com o delito. O ser do indivíduo está resguardado da intervenção estatal, que atuará apenas para incriminar atos que resultem em ofensa a bens jurídicos relevantes, abstendo-se de penalizar a esfera da consciência. Esta é domínio onde ninguém pisa, onde é impossível forçar, compelir, moldar. Tal ingerência foi considerada ilegítima pelos pensadores iluministas. Nesse sentido, esclarece Ferrajoli (2006), o direito penal mínimo é uma consequência do racionalismo jurídico.

### **3.3 A personalidade do agente e sua relevância para o Direito Penal à luz do princípio da secularização**

#### **3.3.1 Os limites do pacto social**

O pacto social está centrado na idéia do Estado garantidor. Visando evitar o império da barbárie, os cidadãos colocaram nas mãos do Estado uma parcela de sua liberdade individual, a fim de que o mesmo possa assegurar e garantir a vida em sociedade.

Salo de Carvalho (2004) nos ensina a diferença fundamental entre a concepção hobbesiana e lockeana de contrato social. Para Hobbes, ao celebrar o pacto, os membros da sociedade abrem mão da totalidade de seus direitos em favor do soberano absoluto. Na visão de Locke, esse contorno absolutista é inaceitável, tendo em vista a existência de direitos que estariam fora da esfera de controle do Estado.

Neste momento, cabe perquirir quais são os limites do pacto que firmamos com o Estado. A secularização do direito se afina com o princípio da intervenção mínima, que, ao pregar sua utilização como última ratio, defende a limitação do poder estatal de punir. Nesse sentido, não seria lícito ao direito penal proibir, julgar e punir os pensamentos e a convicção íntima de ninguém. Segundo o autor, para Locke, o contrato social não englobaria a liberdade de consciência, a vida e a liberdade de locomoção em sua plenitude. Se assim não fosse, muito pouca diferença haveria entre viver no estado de natureza ou num Estado com poderes de intervenção ilimitados. Entender de maneira diversa, para o autor, seria o mesmo que aceitar e legitimar cláusulas abusivas, o que macularia o pacto social de maneira indelével. A visão lockeana, portanto, é no sentido de existirem esferas onde não é lícito ao Estado adentrar.

### **3.3.2 A análise da personalidade do agente**

A fim de comprovar a distinção entre o direito e a moral, Assis Toledo (1994) relembra a máxima pauliana segundo a qual nem tudo que é lícito (conforme ao direito) é honesto (conforme a moral). Entretanto, apesar da diferença, o direito

tem, inegavelmente, um fundo ético: a idéia de punição e de culpabilidade são exemplos desta interferência.

Dessa forma, parece razoável supor que a idéia de moral interfira na definição do que é penalmente relevante, o que o autor (1994, p. 10) chama de “mínimo ético”. O eminente doutrinador aponta o fato de que tanto a moral quanto o direito pretendem regular a conduta humana, e que, apesar de serem esferas independentes, não são (e não podem ser) contraditórias: um direito que estivesse em total contradição com a ordem moral dificilmente contaria com a aceitação do corpo social.

Entretanto, forçoso reconhecer que uma eventual coincidência de valores não legitima o direito penal a pretender moldar o caráter e a personalidade do indivíduo, ou punir sua convicção moral mais arraigada. Nas palavras de Assis Toledo (1994, p. 13), o direito penal “não é instrumento de depuração ou de salvação espiritual de quem quer que seja”. Além disso, é preciso ter em mente que nem tudo que é imoral é punível.

Apesar do processo de secularização há muito ter-se iniciado, percebemos que aspectos referentes à moral do agente continuam, nos dias atuais, sendo avaliados por legisladores e juízes. A análise da personalidade do agente como circunstância judicial é um exemplo desta prática. Isto nos permite concluir que, entre nós, a separação entre direito e moral é um processo inacabado.

Isso se deve, explica Ferrajoli (2006), a uma contradição observável nos dias atuais: as constituições recepcionaram grande parte dos princípios do garantismo penal cognitivista, entretanto, nas legislações, abundam exemplos de institutos que se ligam a “critérios substancialistas e potestativos”, como, por exemplo, a avaliação da periculosidade do réu.

Entretanto, tal avaliação só pode ser feita com referência a elementos extralegais de tipo moral ou social, ou seja, a critérios discricionários de legitimação externa, ainda que contrários ao vínculo constitucional. O mesmo vale para as normas que, no nosso ordenamento jurídico, prevêm a “periculosidade social” como pressuposto das medidas de segurança e de prevenção, da custódia cautelar e similares. Mesmo em tal caso, enquanto tais normas não forem declaradas inválidas, vez que contrárias ao princípio da estrita legalidade, em razão do seu caráter vago, são internamente legítimos, vale dizer, formalmente válidos, mesmo que substancialmente arbitrários, os pronunciamentos judiciais que as erigem à categoria de fundamento decisório. [...] Nestes casos, o contraste não é entre julgamento e lei, mas sim, entre lei e Constituição, e, enquanto não eliminado por meio de uma declaração de ilegitimidade constitucional, não impede a

legitimação, por parte da lei, do arbítrio judiciário. (FERRAJOLI, 2006, p. 203)

O autor aponta para o perigo de juízos de valor fundados em critérios extrajurídicos (por exemplo, o bom senso a que se referiu Mirabete). Destaca que esta prática é uma porta aberta para a formação de bolsões de poder discricionário, no âmbito do judiciário, que podem, até, acabar por dar origem à criação de tipos extra ou metalegais.

Salo de Carvalho (2004) ressalta os incontáveis esforços que vêm sendo desenvolvidos por alguns doutrinadores e por parte da jurisprudência, no sentido de evitar a utilização de critérios subjetivos na aplicação da pena. Para esta nova corrente, não está na esfera de atribuições do juiz emitir juízo de valor sobre as qualidades morais do indivíduo, ou decifrar sua psique: ele deve ater-se ao comportamento exteriorizado em ação (ou omissão). O paradigma da secularização pressupõe que a jurisdição se exerça a partir de fatos penalmente proibidos, passíveis de prova e contraprova pela defesa.

Marcelo Oliveira de Moura (2007) aponta a total ausência de legitimidade do Estado para, via direito penal, interferir na liberdade de consciência do indivíduo. Citando Ferrajoli, relembra que, muito embora o agente tenha o dever de abster-se da prática do ilícito, tem o direito de internamente ser como bem desejar.

O articulista ressalta as semelhanças entre esta postura invasiva do Estado e a antiga Escola Positivista: há uma migração do direito penal do fato para o direito penal do autor e o ressurgimento da idéia de periculosidade. O delito seria fruto de uma conjugação de fatores biológicos, psicológicos e sociológicos, que deixam em evidência uma personalidade perigosa, que precisa ser neutralizada. Sob este prisma, a legitimação do poder estatal de punir deixa de ser a doutrina da prevenção especial positiva, para ser a doutrina da defesa social, onde se busca proteger a sociedade contra a delinquência e o criminoso.

Entendemos que o conceito de periculosidade, além de possuir elevada carga subjetiva, é demasiadamente vago, impedindo a ampla defesa, violando o contraditório e, conseqüentemente, comprometendo o sistema processual acusatório. Frise-se, outrossim, a flagrante violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que o que estas condutas infringem não é a lei, pois inexiste lei que proíba

o indivíduo de ter uma personalidade distorcida, voltada para o mal, ou empedernida.

### 3.3.3 A teoria do delito natural de Garófalo e a análise da personalidade do agente

O conceito de periculosidade nos remete a Raffaele Garófalo (1852) e sua teoria do delito natural. Esclarece Fernando Faria Miller (2000) que o eminente Ministro da Corte de Apelação de Nápoles, partidário das idéias de Lombroso e Ferri, a fim de elaborar a teoria do delito natural, partiu do pressuposto que, se existia um criminoso nato, deveria existir também um delito nato, natural, que fosse considerado como tal em qualquer lugar ou época. Suas observações o levaram a concluir que se tratava de tarefa hercúlea, tendo em vista que o conceito de delito variava enormemente de um povo para outro. Resolveu, então, abdicar do fato (delito) e partiu para o plano das idéias: qual seria o sentimento capaz de unir todo corpo social em torno do mesmo conceito de reprovabilidade? Esta indagação nos faz pensar que Garófalo parecia estar em busca daquilo que Durkheim vislumbrou como estados fortes e definidos da consciência coletiva. Assim, chegou a dois sentimentos que seriam indispensáveis para a convivência social: a piedade e a probidade. O delito natural seria qualquer ato que ofendesse esses sentimentos.

Observou, então, que esses sentimentos não se apresentavam em igual medida em todos os membros do corpo social. Tendo em vista esta circunstância, considerou que seria melhor estabelecer como padrão de referência a média em que estes sentimentos existem em determinado grupo social. Apenas as ações que refletissem estar o agente abaixo dessa média seriam consideradas delito natural.

Miller (2000, p. 11) aponta que, na visão de Garófalo, o crime não pode ser considerado como um fato isolado, e sim, como “sintoma de uma anomalia moral”. Percebe-se, claramente, que o conceito mescla moral e direito, indo de encontro ao princípio da secularização. Entendemos que a valoração da personalidade como circunstância judicial parte de premissa semelhante: o juiz se

afasta da análise do fato em busca de uma anomalia moral no autor do delito. Sob este enfoque positivista, a análise da personalidade se legitima pela necessidade de defesa social do grupo. Da mesma maneira que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinqüente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência. A valoração da personalidade é, em última análise, a afirmação do direito penal como instrumento de controle social.

## 4 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO RÉU NA APLICAÇÃO DA PENA – TENDÊNCIAS ATUAIS

### 4.1 Acórdãos do Supremo Tribunal Federal

O estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema revela que há poucos precedentes, sendo que nestes, a matéria ainda não foi enfrentada em todos os seus aspectos. Entretanto, podemos afirmar que as decisões demonstram ser possível avaliar e classificar a personalidade do agente, não tendo sido identificada qualquer crítica quanto à valoração desta circunstância. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SUBJETIVAS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA** O Superior Tribunal de Justiça não se manifestou acerca da culpabilidade e a conduta social do paciente, nem sobre o fato de o juiz ter considerado negativamente a circunstância de o réu ter disparado a arma que portava ilegalmente. Daí por que não podem tais circunstâncias ser objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de manifesta supressão de instância. **Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, a personalidade do agente pode ser avaliada negativamente por ocasião da fixação da pena, de modo a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.** Ordem denegada. (HC 94577/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 19/12/2008; sem grifo no original).

Localizamos precedentes que repudiam a análise da personalidade calcada em afirmações genéricas, exigindo elementos concretos para supedanear uma eventual análise negativa da personalidade do agente. Confira-se o precedente abaixo colacionado:

1. **AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Conduta social negativa. Passagens pela polícia. Processos penais sem condenação. Não caracterização. A existência de inquéritos ou processos em andamento não constitui circunstância judicial desfavorável.** 2. **AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Personalidade do agente voltada para o crime. Base**

**empírica. Inexistência. Não caracterização. Desajudada ou carente de base factual, é ilegal a majoração da pena-base pelo reconhecimento da personalidade negativa do agente.** 3. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais. Conseqüências do delito. Elevação da pena-base. Idoneidade. **Fixação no acima do dobro do mínimo legal. Abuso do poder discricionário do magistrado. Inteligência do art. 59 do CP.** HC concedido, em parte, para redimensionar a pena aplicada ao paciente. É desproporcional o aumento da pena-base acima do dobro do mínimo legal tão-só pelas conseqüências do delito. (HC 97440/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 26/03/2010; sem grifo no original).

Observa-se que a maior parte dos precedentes localizados refere-se à necessidade de deixar explícita a fundamentação que deu origem ao convencimento do magistrado, indicando os motivos pelos quais valorou de determinado modo a personalidade do agente. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AO AGENTE. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.** 1. **A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo e da fundamentação das decisões judiciais.** 2. **A necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido.** 3. **A pena-base corresponde à primeira etapa da dosimetria da pena e para a qual importa o exame dos vetores de Direito Penal positivo. Vetores assim listados pelo art. 59 do Código Penal brasileiro: "culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima".** 4. A jurisprudência pátria submete a legalidade da pena-base ao fundamentado exame de todo esse conjunto de parâmetros. Exame, esse, revelador de um exercício racional de fundamentação judicial, sem jamais perder de vista as peculiaridades do caso concreto. Tudo de modo a favorecer a necessária proporcionalidade entre a pena-base aplicada e as condições judiciais valoradas pelo julgador. Proporcionalidade que se estabelece entre a quantidade de vetores judiciais desfavoráveis ao agente (entre os oito definidos no art. 59 do CP) e a majoração da pena mínima definida no tipo penal. 5. Na concreta situação dos autos, a pena-base foi aumentada em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tendo em conta a presença de cinco vetores judiciais desfavoráveis ao acusado (conduta social, personalidade, circunstâncias, motivos do crime e culpabilidade). Tudo devidamente fundamentado. Logo, concretamente demonstrados aspectos judiciais desfavoráveis ao paciente, não há como acatar a tese de uma injustificada exasperação da reprimenda. Decisão assentada no alentado exame do quadro-fático probatório da causa que em nada ofende as garantias constitucionais da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º) e da fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93). Reprimenda que não é de ser atribuída ao mero voluntarismo do julgador, tal como, equivocadamente, apontado pela defesa. 6. Ordem denegada. (HC 98729/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJU de 25/06/2010; sem grifo no original).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS** DESFAVORÁVEIS, CUMULATIVAMENTE COM CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. CRITÉRIO TRIFÁSICO (ART. 68 DO CP). INOBSERVÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo e da fundamentação das decisões judiciais.** 2. A necessidade de fundamentação dos provimentos judiciais decisórios (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) é garantia que tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 3. **A pena-base corresponde à primeira etapa da dosimetria da pena e para a qual importa o exame das chamadas circunstâncias judiciais. Circunstâncias assim listadas pelo art. 59 do Código Penal: "culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima".** 4. **Na concreta situação dos autos, o Tribunal de Justiça de São Paulo mesclou o exame das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente e a segunda qualificadora ("meio cruel").** Isso ainda na primeira etapa do trajeto da dosimetria da pena (fixação da pena-base). O que viola o sistema trifásico de fixação da reprimenda (artigo 68 do CP) e impede o acusado de conhecer, em detalhes, os caminhos percorridos pelo julgador para a imposição da reprimenda. 5. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar que nova pena-base seja fixada. (HC 100835/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJU de 28/05/2010; sem grifo no original).

## 4.2 Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do STJ, a pesquisa realizada nos permite concluir que é firme o entendimento da Corte no sentido de que considerações genéricas acerca da personalidade do agente não podem ser levadas em conta para efeito de aumento da pena-base.

No precedente abaixo colacionado, a justificativa oferecida pelo sentenciante para a valoração negativa da personalidade do réu foi a de que “a personalidade revelou-se dissimulada, violenta e em desvio ao caminho do crime, sendo que de nenhum efeito pedagógico revelou-se a condenação anterior”, sem explicitar, contudo, nenhuma base fática que lograsse comprovar as afirmações. Confira-se:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. **CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS ACERCA DA PERSONALIDADE E CULPABILIDADE DO AGENTE. REINCIDÊNCIA INVOCADA NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE. BIS IN IDEM. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS QUALIFICADORAS. EXASPERAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.**

1. Na fixação da pena, adotou o legislador o sistema trifásico, devendo o magistrado, na primeira fase, estabelecer a pena-base entre os limites mínimo e máximo indicado na lei, observadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, sendo certo que a sua **estipulação acima do mínimo legal exige devida fundamentação, a teor do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.**

2. **Considerações genéricas acerca da personalidade do agente e sua culpabilidade não servem como justificativa idônea para o aumento da pena-base.**

3. A valoração da reincidência tanto na primeira fase, para aumentar a pena-base, quanto como agravante genérica, implica verdadeiro bis in idem. [...]. (HC 121872/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi, DJE de 26/04/2010; sem grifo no original).

HABEAS CORPUS. LESÕES CORPORAIS GRAVES. DOSIMETRIA DA PENA. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ALGUMAS DEVIDAMENTE MOTIVADAS. BONS ANTECEDENTES. FALTA DE COMPROVAÇÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE SERVIRAM COMO QUALIFICADORA. BIS IN IDEM. RÉU PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO [...].**

3. **Deve ser reduzida a pena-base se a valoração negativa da personalidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime não observou ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.** A magistrada **limitou-se a afirmar, genericamente, que a personalidade é deformada**, os motivos injustificáveis e as circunstâncias desfavoráveis, **sem motivar concretamente a decisão.** Ademais, apontou, como consequências do delito o risco de morte e a debilidade permanente, circunstâncias que já serviram para qualificar o delito, vedado o bis in idem. (HC 83.242/PB, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE de 14/06/2010; sem grifo no original).

Foi possível identificar precedentes que indicam que, elementos próprios do tipo penal, não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais a fim de avaliar negativamente a personalidade do agente, sob pena de *bis in idem*.

Neste sentido:

**HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DO COEFICIENTE DE AUMENTO DECORRENTE DAS QUALIFICADORAS AO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL.**

1. Resta **evidenciado o constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal, se valoradas negativamente pelas instâncias ordinárias a personalidade do paciente e as circunstâncias do delito de forma genérica e, ainda, com alusão a elementos inerentes ao tipo, em desconformidade com a jurisprudência firmada nesta Corte.**” (HC 131.171/RJ, Sexta Turma, Min. Haroldo Rodrigues, DJE de 22/02/2010; sem grifo no original).

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. PENA CONCRETIZADA EM 1 ANO DE DETENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA AO ART. 514 DO CPP (QUE ESTIPULA A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DEFENSIVA EM CRIMES PRATICADOS POR SERVIDOR PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO) SE, AO TEMPO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, O AGENTE NÃO MAIS EXERCIA A FUNÇÃO PÚBLICA. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI 9.099/95). PRECLUSÃO. **AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE.** CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA REDUZIR A PENA APLICADA PARA 5 MESES DE DETENÇÃO.

[...]

5. É firme o entendimento desta Corte de que **elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de bis in idem.** Vê-se que, **in casu, o douto Magistrado embasou-se em elementar do próprio tipo penal (o fato de ser funcionário público) para avaliar negativamente a personalidade do agente;** além disso, o dano ao meio-ambiente foi considerado duplamente, para valorar negativamente as circunstâncias e as consequências do crime e depois, novamente, para justificar a incidência de agravante na segunda fase da dosimetria da pena. Por fim, verifica-se uma incongruência lógico-jurídica ao se condenar o réu pelo crime em sua forma culposa e ao mesmo tempo considerar como motivação do delito o desejo de favorecer empresa privada e se valer de tal circunstância como fundamento para o indevido aumento da pena-base. (HC 151.537/PB, Quinta Turma, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE de 12/04/2010; sem grifo no original).

O STJ avança na análise do tema, apontando que caso o julgador não disponha de elementos suficientes para aferir a personalidade do agente, esta circunstância não poderá ser avaliada negativamente. Neste sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. **PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.** MOTIVAÇÃO. LUCRO FÁCIL. **CIRCUNSTÂNCIA PRÓPRIA DO TIPO.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que **a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se**

**não existem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.**

2. A simples indicação de que o Paciente buscou o lucro fácil não autoriza o aumento de pena-base, especialmente no que se refere ao narcotráfico, uma vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido. Precedentes.

[...]

(HC 110.083/DF, Quinta Turma, Min. Laurita Vaz, DJE de 24/05/2010).

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA. **PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA.**

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (**Precedentes do STF e STJ**).

II - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de segundo grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, dentre outras, de expressões como "A culpabilidade do réu é elevada, pois sua conduta recebe da lei e da sociedade alta carga de reprovabilidade", "Os motivos que levaram o réu à prática do crime em estudo são reprováveis [...], e "As conseqüências do crime são maléficas".

III - Ainda, **não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes)**.

**Habeas corpus** concedido para fixar a pena definitiva do paciente em **03 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

(HC 165.590/TO, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, DJE de 23/08/2010; sem grifo no original).

Finalmente, gostaríamos de destacar o precedente abaixo colacionado, inovador, conforme explicitaremos a seguir:

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. **DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO.** CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**).

II - **In casu**, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.

III - Com efeito, **não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes)**.

IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.

V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a

existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.  
Habeas corpus concedido.  
(HC 136.685/RS, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, DJE de 07/12/2009).

No inteiro teor do precedente supracitado (voto), o Min. Fischer faz uma crítica contundente à análise da personalidade como circunstância judicial, por entender que, via de regra, a valoração feita pelo magistrado é incompatível com sua formação, além de constituir indevida invasão da esfera íntima do agente. Confira-se:

“Da leitura do trecho acima transcrito, entendo que houve violação ao **art. 59 do Código Penal** uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação **concreta e vinculada**. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. O **princípio do livre convencimento fundamentado** ou da **persuasão racional** não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, 2ª parte da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**.

Por análise dos autos, verifica-se que o v. acórdão condenatório apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.  
**Explico!**

A pena-base foi majorada, dentre outras, com base na personalidade do agente. Ocorre que **é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquíio do Direito Penal de Autor**. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo - não sendo, portanto, expert) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, **não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base**. (no último parágrafo, grifo nosso). Nesse sentido, os seguintes precedentes: RESP 745530/RS, 5ª Turma, mesmo Relator, DJU de 12/06/2006; RESP 732857/RS, 5ª Turma, mesmo Relator, DJU de 12/12/2005.

Podemos concluir que, embora haja poucos precedentes sobre o tema, as decisões são uníssonas em reconhecer a necessidade de fundamentar concretamente a avaliação negativa da personalidade, o que já diminui o âmbito de discricionariedade do julgador, levando-o a procurar lançar um olhar mais técnico e criterioso sobre esta circunstância.

Nota-se, igualmente, o surgimento de um sopro inovador, reconhecendo a complexidade do conceito de “personalidade”, e questionando sua pertinência enquanto circunstância judicial.

## CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender que a individualização da pena, como ensina Luiz Vicente Cernichiaro (1985), é bem mais que mero cálculo aritmético. Na verdade, trata-se de instrumento de legitimação da pena, na medida em que buscará estabelecer a pena “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação do crime” (Código Penal, artigo 59). Na primeira fase da dosimetria da pena, a lei confere ampla discricionariedade ao magistrado no momento da análise da personalidade do agente, conceito com alta carga de subjetivismo, cuja definição e mecanismos desafiam até mesmo os profissionais especializados.

Observamos que tal elasticidade tem gerado pronunciamentos judiciais vagos e imprecisos, não passíveis de contraprova, muitas vezes restritos a simples enumeração de traços da personalidade como supedâneo para uma injustificada elevação da pena-base. Tal prática viola o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais (Constituição Federal de 1988, artigo 93, inciso IX), tendo em vista que limita o contraditório, impedindo o agente de exercer mais um direito constitucional: a ampla defesa (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LV).

Ainda que o julgador, a fim de dar cumprimento à garantia constitucional da motivação, indique os motivos concretos pelos quais considera desfavorável esta circunstância judicial, é questionável a idéia de permitir que o direito penal regule a esfera íntima do indivíduo, punindo-o não só pelo fato e suas circunstâncias, mas também por sua maneira de ser (direito penal do autor). Ademais, os princípios da secularização e do direito penal mínimo não permitem a valoração do caráter e da moral do agente, já que o Estado está legitimado a criminalizar apenas condutas.

Não obstante, podemos observar que, apesar da secularização imposta ao Direito, no final da Idade Média, muitos dos valores preconizados pela Igreja continuam vigentes entre nós, fazendo parte do arcabouço moral aceito por grande parte do corpo social. Se por um lado, nos dias atuais, é impensável a existência de um Direito Penal baseado na religião, mostra-se igualmente inconcebível mantê-lo à parte de valores tão profundamente arraigados no campo social, onde o Direito

floresce. À primeira vista, parece difícil compatibilizar esta influência com o princípio da secularização.

As acuradas observações de Assis Toledo (1994) nos ajudaram a compreender este fenômeno. Segundo o autor, essa influência existe, é real e palpável. Neste sentido, explica, é incontestável a afirmação de que o direito penal tem um fundo ético/moral (basta analisar os conceitos de culpabilidade, ação injusta, punição). Os princípios morais forjam os costumes, que por sua vez, são fonte primária para a atividade legislativa. Assim sendo, embora os conteúdos das normas morais e das normas penais sejam, muitas vezes, distintos entre si, não pode haver contradição entre eles, pois as normas penais perderiam em eficácia. Como consequência, deve-se evitar o choque entre os princípios morais e o Direito Penal.

Sob este prisma, parece razoável esperar que o ordenamento jurídico organize a vida comunitária, em consonância com as regras morais dominantes. Entretanto, a proposta não é tornar a personalidade desviada modelo a ser seguido (isso sim, geraria uma contradição), mas, simplesmente, respeitar as diferenças, direito, a propósito, constitucionalmente assegurado. Senão vejamos:

VI - **é inviolável a liberdade de consciência** e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, grifo nosso)

O ranço moral, herdado da Igreja, não pode ser forte a ponto de nos impedir de respeitar o direito das minorias, tampouco pode ser maior que o anseio da sociedade em preservar um mínimo de liberdade frente a um Estado todo-poderoso. Não nos parece que, nos dias atuais, o corpo social sequer cogitasse a idéia de abrir mão da sua liberdade de consciência. A tolerância é postulado secularizador que assegura o direito à diferença. O indivíduo tem o direito de ser o que é, independentemente de ser considerado perverso. A Constituição garante a liberdade de consciência, que deve permanecer liberta, mesmo que direcionada a intenções ilícitas.

A proposta é que o Estado-Juiz se limite a punir a ação exteriorizada, sem invadir a esfera íntima. A interferência do direito na análise da personalidade, não parece condizer com o postulado do direito penal mínimo. O direito penal não deve ser chamado a intervir na formação moral da pessoa, como se fosse um modelador

de personalidade, de caráter. Isso se pareceria muito com transformar o direito penal em um instrumento de depuração, de salvação espiritual, de condução do indivíduo ao caminho do “bem”, de cunho nitidamente religioso.

A violência social e as altas taxas de criminalidade têm despertado na população o anseio por penas mais duras e exemplares, que possam cumprir com eficácia as funções retributiva e preventiva. Entretanto, é preciso ter em mente que tal recrudescimento é incompatível com o sistema de garantias previsto na Lei Maior. É certo que a valoração da personalidade encontra respaldo em nosso Código Penal (artigo 59), mas a eficácia dos princípios constitucionais não pode ficar subordinada a normas de hierarquia inferior, em uma verdadeira inversão da famosa pirâmide kelseniana.

Tal entendimento retiraria toda lógica do sistema jurídico. Com razão, Luís Wanderley Gazoto (2000, p. 26), quando leciona:

Quanto à idéia de sistema, em si, não há como rejeitá-la. Alguns, como os adeptos da tópica jurídica, poderão alegar a sua não-essencialidade, mas querendo ou não, acabam valendo-se do pensamento sistemático para explicar suas teses. Afinal, não há ciência jurídica sem a noção de sistema.

O estudo nos levou a entender que, ao não avaliar a personalidade do agente, não estaríamos negando vigência ao princípio constitucional da individualização da pena. Sabemos todos das dificuldades dos magistrados, em face do grande número de processos sob sua responsabilidade. Não há tempo para mergulhar na história pessoal e familiar do acusado, conforme vimos, imprescindível para analisar a estruturação de sua personalidade. Muitas vezes, até mesmo o juiz que colheu a prova não é o mesmo que individualiza a pena, já que não vigora, no direito penal, o princípio da identidade física do juiz. Qual o mérito de uma individualização feita sem base técnica, que possa estabelecer com segurança um juízo de valor sobre a personalidade do acusado? Qual a segurança advinda de uma individualização de cunho eminentemente subjetivo, que escapa ao crivo do contraditório?

E, ainda que fosse possível contar com uma avaliação científica sobre a personalidade do acusado, aceitar este tipo de intervenção significa, em última análise, aceitar que o Estado promova a punição pelo modo de ser. Significa aceitar

que o Estado é detentor do poder totalitário de mudar os indivíduos, anulando o direito à diferença, o que configuraria um inegável retrocesso.

Examinemos, ainda, a questão na esfera da culpabilidade: a psicologia esclarece que a personalidade é influenciada por uma gama de fatores, inclusive fatores hereditários. Podemos dizer que o homem não determina ou escolhe sua personalidade, ela está em constante formação, influenciada, inclusive, por suas experiências de vida, por aquilo que lhe acontece, circunstâncias totalmente alheias ao seu controle. Como criminalizar a personalidade desviada, se é impossível ao autor ser de outro modo? O que poderia ter feito ele, para que sua personalidade não entrasse em colisão com o dever-ser do sistema, já que não detém o domínio do ser? Se lhe é impossível ser de modo diverso, onde a culpabilidade? E sem culpabilidade, onde o crime?

Ao valorar a personalidade como critério de individualização da pena, o Estado exerce o seu poder de punir. Entretanto, considerando os motivos acima explicitados, melhor seria afastar a análise da personalidade do rol das circunstâncias judiciais, ou ao menos, conforme o moderno entendimento jurisprudencial do STJ, declarar a inexistência de elementos suficientes que permitam sua segura aferição. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, ambiente onde a atividade estatal está vinculada à lei. Assim sendo, no exercício do direito de punir, o Estado tem a obrigação de zelar pela observância das garantias constitucionais do acusado, condição *sine qua non* para que a persecução penal possa ser considerada legítima.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 94577/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 14 de outubro de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 97440/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 98729/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 25 de maio de 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 100835/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 27 de abril de 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 121872/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi, Brasília, DF, 5 de abril de 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 83.242/PB, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 20 de maio de 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 131.171/RJ, Sexta Turma, Min. Haroldo Rodrigues, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 151.537/PB, Quinta Turma, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 09 de março de 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 110.083/DF, Quinta Turma, Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 29 de abril de 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 165.590/TO, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 17 de junho de 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 136.685/RS, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 17 de setembro de 2009.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da Pena**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura, 2000.
- ALVES BARRETO, Neilza. **No ventre da cadeia**. 2006. 194 f. Tese (Doutorado em Psicologia)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 119 - 127. Disponível em: < [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0212062\\_06\\_cap\\_04.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0212062_06_cap_04.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2010.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal y el Estado de Derecho**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BALLONE, G. J. **Teoria da Personalidade**. In: Psiqweb. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=161>>. Acesso em: 30 ago. 2010

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Aplicação da pena. São Paulo: **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, 1985, n. 23, p. 45-62. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/aplicacao.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010

COSTA, Miguel Alexandre P. **O que é a personalidade?** Disponível em: <<http://rotasfilosoficas.blogs.sapo.pt/3435.html>>. Acesso em: 30 ago. 2010

CUNHA LUNA, Everardo da. **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

DEON, Marilise Ana. A personalidade do agente como critério para a fixação da pena-base. **Revista Jurídica**. Ano 51, Mai. 2003, n. 307, p. 97 – 104.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública em concerto com os princípios constitucionais**. 2000. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado). Universidade de Brasília, Brasília, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. **Jus Navigandi**, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Nov. 1998, v. 87, n. 757, p. 402 – 411.

MILLER, Fernando Faria. **Fatores Endógenos da Criminalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Rio de Janeiro. Disponível

em: <[http://www.milleradvocacia.com.br/artigos/art\\_005.pdf](http://www.milleradvocacia.com.br/artigos/art_005.pdf) >. Acesso em: 14 set. 2010. Matéria sobre a tese publicada na Revista Veja, edição nº 1656, de 05/07/2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1.

MOURA, Marcelo Oliveira de. **Secularização, Estado Democrático de Direito e o Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Sistema%20Penal/Sistema%20Penitenciario/Secularizacao%20e%20Direito%20Penal.pdf> >. Acesso em: 12 set. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. A análise da personalidade do réu na aplicação da pena. **Boletim IBCCRIM**, Ago. 2005, ano 13, n. 153.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e Psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal. In: Discursos sediciosos - **Crime, Direito e Sociedade**: 2002. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan. Ano 7, n. 12. Disponível em: <[http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades\\_ilusoes\\_discurso\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## **ANEXO A – Resolução que veda participação de psicólogos em exames criminológicos gera polêmica**

“Resolução que veda participação de psicólogos em exames criminológicos gera polêmica

Zero Hora

Publicação: 27/07/2010 10:04

O Conselho Regional de Psicologia editou uma resolução no mês passado que veda a participação de psicólogos em exames criminológicos de presos. Estes exames são fundamentais para basear decisões judiciais quanto a progressão de regime de presos.

Para a presidente do Conselho, Ana Maria Lopes, estas avaliações, da forma como são feitas, não são éticas, pois só há acompanhamento em um dado momento da vida do preso, que é quando se estuda a progressão de pena. O acompanhamento psicológico, na visão dela, deveria ser feito desde o início do ingresso no sistema penitenciário.

O coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal do MPE, Fabiano Dallazen, é contra a resolução do Conselho. Segundo ele, a decisão é ilegal. Ele argumenta que os exames não devem ser a única forma de decidir a progressão de pena, mas devem servir como recurso adicional nestas decisões.”

## ANEXO B– VEP faz novos esclarecimentos sobre a primeira prisão de Adimar

### Jesus da Silva

“VEP faz novos esclarecimentos sobre a primeira prisão de Adimar Jesus da Silva

Publicação: 13/04/2010 19:15 Atualização: 13/04/2010 20:15

Tendo em vista os inúmeros pedidos de esclarecimentos sobre a Nota Oficial da Vara de Execuções Penais divulgada nesta segunda-feira (12/4), sobre o processo contra Adimar Jesus da Silva, que tramita naquele juízo, a VEP esclarece o seguinte:

Saiba mais...

#### [VEP esclarece informações sobre crimes de Adimar Jesus](#)

1. Os atendimentos psicológicos dos sentenciados são realizados dentro dos próprios presídios em que se encontram, e, a princípio, não são interrompidos com a eventual transferência para outro presídio. São realizados pelos psicólogos ou psiquiatras, indicados pelo GDF, dentro de seu quadro de profissionais. Infelizmente a quantidade de profissionais sempre foi muito aquém do necessário para o atendimento mais especializado a cada interno do sistema penitenciário. Em número inferior a dez são responsáveis pelo atendimento de uma massa carcerária que hoje gira em torno de 8,5 mil presos.

Muitos desses servidores do GDF não se interessam em permanecer com essa lotação, exigindo um grande esforço da Subsecretaria do Sistema Penitenciário (Sesipe) para conseguir as substituições, minorando os prejuízos daí decorrentes. Eis que o DF possui uma Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP), existente na Penitenciária Feminina do DF, onde são colocados os inimputáveis, assim declarados por laudo de exame de insanidade mental do IML, seja por ordem do juízo de origem ou por determinação da VEP, além do que, os internos são submetidos aos exames criminológicos, a tratamento contra a dependência química (antes os inúmeros problemas causados pelas drogas dentro dos presídios), além dos atendimentos psicológicos e psiquiátricos aos internos

2. A expressão "sem a concessão dos benefícios externos", presentes nos itens 3 e 4 da Nota Oficial, no caso específico do sentenciado Adimar Jesus da Silva, significa que, apesar da progressão para o regime semiaberto, ele não foi autorizado a obter os benefícios das saídas temporárias, regidas pelos artigos 122 a 125 da Lei de Execuções Penais (sair do cárcere, sem vigilância, por até 28 dias a cada ano), e trabalho externo (trabalha durante o dia e retorna ao presídio à noite), o que somente foi deferido por este Juízo com a juntada aos autos dos relatórios psicológico e psiquiátrico, após manifestação favorável do MP. Esses benefícios visam a testar a responsabilidade do sentenciado em liberdade, o que ocorreu, sem notícias de intercorrências.

3. Efetivamente há um pedido de realização de nova avaliação psiquiátrica realizado

pelo Ministério Público do DF. Em despacho do dia 04.12.2009, observou-se que o apenado já estava cumprindo pena com os benefícios externos quinzenais (diga-se: as saídas temporárias). Além disso, já havia nos autos uma avaliação psiquiátrica que atestava que o reeducando não era portador de doença mental e não necessitava de tratamento medicamentoso, relatório este datado de 18/05/2009, portanto bastante posterior ao exame criminológico realizado em 22/05/2008, motivo pelo qual foi determinada a remessa dos autos ao Ministério Público para nova manifestação, que desta feita foi favorável à progressão de regime sem requerimento de nova perícia.

É importante ressaltar que quando da progressão ao regime aberto, o reeducando já gozava de benefícios externos (saídas temporárias e trabalho) anteriormente deferidos, com relatório psicossocial e pronunciamentos favoráveis do Ministério Público, pareceres este da lavra do mesmo Membro que solicitou a nova avaliação. Não há notícia de qualquer falta por ele cometida no período em que gozou dos benefícios externos, ao revés, seu prontuário atesta ter sido interno sem qualquer intercorrência comportamental no interior e fora do presídio.

4. Não existe no processo, um laudo apontando o Adimar como portador de transtornos psicopatológicos graves que o tornaria inapto para ser colocado em liberdade. O laudo criminológico, datado do dia 28.05.2008, apenas indica que "sinais de transtorno psicopatológico também se fizeram presentes", como é comum em pessoas que praticam crimes sexuais, e com isto os senhores peritos limitaram-se a "avaliação psiquiátrica do periciando, a fim de que os Profissionais cheguem a um diagnóstico preciso e indiquem o prognóstico, se for o caso" e asseveraram que "independentemente da avaliação psiquiátrica, é premente, da mesma forma, a necessidade de tratamento psicológico.

Atentos a essa realidade, Ministério Público e Juiz da VEC (f. 72v e 73 dos autos) já haviam indicado, em agosto e setembro de 2007, respectivamente, o encaminhamento do examinando para tratamento psicológico, o que já fora sugerido pelo Juiz da Vara de Taguatinga (f. 51)". Isto decorre exatamente da própria razão de existência do exame criminológico, pois serve como forma de identificar as características do apenado, por meio do crime praticado e de conversa com ele, para se dar um tratamento específico para cada sentenciado durante o cumprimento da pena, com o objetivo de evitar a reincidência, e por isso é realizado no início da execução e não no final, como proposto por alguns. Por fim, cabe acrescentar que os peritos não afastam a possibilidade da reincidência nos exames criminológicos, eis que não é possível preverem a sua readaptação ao ambiente social e familiar. Por fim, o sentenciado foi atendido por psicológico e psiquiatra, como se observa da Nota Oficial publicada no dia 12.04.2010.

Cabe asseverar que em momento algum houve o diagnóstico de doença mental, seja no exame criminológico, seja nas avaliações psicológica ou psiquiátrica, inclusive porque tal atribuição apenas compete ao Instituto de Medicina Legal (IML) do DF, após pedido do MP ou da Defesa, ou determinação do Juízo, seja na Vara de origem, seja nesta VEP, desde que existissem indícios de se tratar de pessoa inimputável, o que não ocorreu. Deste modo, são impróprias as manifestações que consideram o sentenciado Adimar Jesus da Silva como inimputável, o que exigiria a sua internação, seja pela ausência de laudo que o ateste, seja por ser apontado como psicopata, que não é tido, por grande parte dos peritos criminais, como louco, por ter a capacidade de entendimento e de determinação.

Também são inadequadas as manifestações de autoridades em relação às decisões proferidas na execução desse sentenciado, sem o prévio conhecimento dos autos e do árduo trabalho desenvolvido neste Juízo, que sempre se pauta pelo princípio constitucional da legalidade e pelo bom senso em suas decisões.

5 - A autoria dos relatórios, psicológico e psiquiátrico, respectivamente, datados de 11/05/2009 e 18/05/2009, não serão divulgados. A VEP decidiu por preservar a identidade de todos os peritos responsáveis pelos laudos emitidos no processo em comento

6 - Todos os presos, a rigor, em regime domiciliar deveriam estar cumprindo pena em casas de albergado. Entretanto, mesmo após mais de 26 (vinte e seis) anos da entrada em vigor da Lei de Execuções Penais, o Poder Executivo da maioria das unidades da federação não providenciou a construção das chamadas casas de albergado, fato este sim, que poderia ter contribuído para maior rigor na fiscalização da execução da pena. É importante frisar que em outras Comarcas o descaso com a execução penal é tamanho que presos condenados ao regime semiaberto, por crime graves, cumprem a pena em regime domiciliar, por absoluta falta de vagas em estabelecimentos prisionais. Este é o caso específico de diversas Comarcas do entorno do Distrito Federal.

Não cabe ao Poder Judiciário construir presídios, contratar psicólogos/psiquiatras, dotar os estabelecimentos prisionais de centros de ensino e trabalho, tudo de forma a preparar os sentenciados para a efetiva reinserção social

É importante frisar que, em se tratando de indivíduo apontado como psicopata, mesmo que se imagine um tratamento psicológico perfeito dentro do estabelecimento prisional, nunca será possível afirmar que não haverá a reincidência, por ser impossível prever o seu futuro e muito menos o que se passa em sua mente.”.