

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GAIA LUISA TORNQUIST SARTORI

**ANÁLISE CRÍTICA DO CRITÉRIO DA PERSONALIDADE DO AGENTE DO
ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Florianópolis – SC

2015

GAIA LUISA TORQUIST SARTORI

**ANÁLISE CRÍTICA DO CRITÉRIO DA PERSONALIDADE DO AGENTE DO
ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da
Rosa

Florianópolis - SC

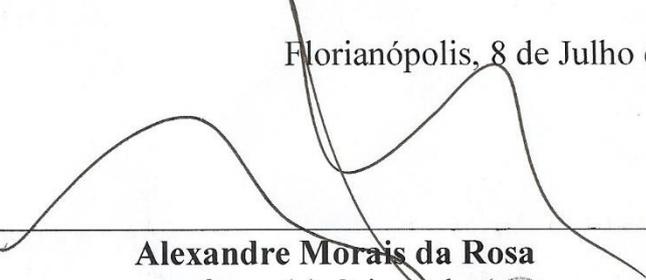
2015



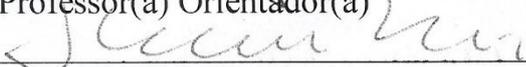
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Análise crítica do critério da personalidade do agente do artigo 59 do Código Penal Brasileiro**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Gaia Luisa Tornquist Sartori**, defendido em **08/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

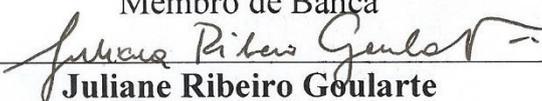
Florianópolis, 8 de Julho de 2015



Alexandre Moraes da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Juliano Keller do Vale
Membro de Banca



Juliane Ribeiro Goularte
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Gaia Luisa Tornquist Sartori**

RG:

CPF:

Matrícula: **09205020**

Título do TCC: **Análise crítica do critério da personalidade do agente do artigo 59 do Código Penal Brasileiro**

Orientador(a): **Alexandre Morais da Rosa**

Eu, **Gaia Luisa Tornquist Sartori**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 8 de Julho de 2015

Assinatura manuscrita de Gaia Luisa Tornquist Sartori, escrita em tinta preta, sobre uma linha horizontal.

Gaia Luisa Tornquist Sartori

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha avó, Helena Heloisa Fava Tornquist, pelo grande apoio e incentivo na elaboração deste trabalho. Agradeço aos meus pais e ao meu irmão pela paciência despendida durante esta etapa. Também, agradeço ao meu namorado pela sua ajuda e companheirismo de sempre. Agradeço ao meu orientador, professor Alexandre Morais da Rosa, pela sua permanente prontidão e estímulo durante o processo de elaboração deste trabalho. Por fim, ao meu avô, Jalmar Hugo Tornquist (in memoriam), advogado, que partiu há pouco mais de um mês, por ter incentivado, com grande entusiasmo, a minha escolha por esta profissão.

O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo: pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer coisa não costumam desejar mais bom senso do aquele que tem. (*Discurso do método*, René Descartes)

RESUMO

A presente monografia é um estudo acerca do critério da personalidade do agente, circunstância judicial prevista no art.59 do Código Penal Brasileiro. O trabalho analisa esta circunstância judicial sobre diversos aspectos, como o contraponto entre o entendimento doutrinário de personalidade e algumas concepções, para a psicologia deste mesmo conceito. A monografia trabalha pressupostos do direito penal do fato em detrimento do direito penal do autor, por entender que o critério da personalidade afronta princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Personalidade do agente. Direito penal do autor. Garantismo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 APLICAÇÃO DA PENA	8
2.1 MODELOS DE APLICAÇÃO DA PENA.....	8
2.1.1 Modelo Bifásico	8
2.1.2 Modelo Trifásico	9
3 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	11
3.1 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL	11
3.2 FASES DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	12
3.2.1 Legislativa	12
3.2.2 Judicial	13
3.2.3 Administrativa	14
3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	15
3.1 CULPABILIDADE	15
3.2 ANTECEDENTES	18
3.3 CONDUTA SOCIAL	20
3.4 MOTIVOS.....	23
3.5 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME.....	25
3.6 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME	26
3.7 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	27
4. PERSONALIDADE DO AGENTE	29
5 TEORIAS DA PERSONALIDADE	34
5.1 PSICANÁLISE EM FREUD	35
5.1.1 Superego	35
5.1.2 Id	37
5.1.3 Ego	38
5.2. CAPÍTULO B.F SKINNER E O BEHAVIORISMO RADICAL.....	40
6 PERSONALIDADE DO AGENTE E O ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO	47
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Fato é pressuposto fundamental de um Estado Democrático de Direito. No entanto, no Código Penal Brasileiro encontramos fragmentos de uma outra perspectiva teórica do direito penal, a saber, o Direito Penal do Autor. Perspectiva esta que, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2007, p.107) “é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o *ato em si*, mas o ato como manifestação de uma *forma de ser do autor*, esta sim considerada verdadeiramente delitiva”. Esta concepção de direito penal afronta o Estado Democrático de Direito, uma vez que pune o agente não pelo que *ele fez*, mas pelo que *ele é*, sendo flagrante o desrespeito a diversos princípios constitucionais.

O artigo 59 do Código Penal prevê a fixação da pena-base segundo circunstâncias específicas que devem ser analisadas e motivadas pelo juiz na hora da dosimetria da pena. As circunstâncias judiciais compreendidas no referido artigo são: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos do crime, as circunstâncias do crime, as consequências do crime e o comportamento da vítima.

O presente trabalho pretende discutir um dos possíveis resquícios do Direito Penal do Autor no Código Penal Brasileiro critério da personalidade do agente¹.

O trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo traz um breve histórico dos modelos de aplicação da pena no Brasil, bem como uma exposição das circunstâncias judiciais que compõe a etapa da dosimetria da pena. Ainda, neste capítulo, será dado enfoque especial ao critério da personalidade do agente, por se tratar do objeto de estudo deste trabalho.

O conceito de personalidade sugere, de imediato, uma aproximação com o campo da psicologia. Neste sentido, buscar-se-á, no segundo capítulo, uma aproximação com algumas vertentes deste campo de saber científico. Em geral, as correntes da psicologia operam com conceitos distintos para classificar e/ou definir a *personalidade*. Estas diferenças e heterogeneidades são indícios de que a definição

¹ O critério da personalidade do agente não é o único resquício de direito penal do autor presente no artigo 59. A conduta social e os antecedentes também são circunstâncias que afrontam o direito penal do fato. No entanto, este trabalho se limitará a análise do critério da personalidade do agente.

da *personalidade* de um sujeito é algo complexo, quiçá impossível de comprovação científica.

Dados os limites do presente trabalho, neste segundo capítulo far-se-á uma rápida exposição de duas correntes da psicologia; o Behaviorismo e a Psicanálise, com o fito de demonstrar a falta de consenso existente acerca do termo personalidade.

Será feito um recorte conceitual a fim de trabalhar a estrutura da personalidade para o Behaviorismo e para a Psicanálise. Cabe salientar, que por se tratar de pesquisa em um campo distinto do Direito muitos conceitos da Psicologia não serão aprofundados.

No terceiro capítulo procurar-se-á apontar como a discricionariedade na utilização do critério da personalidade do agente tem ensejado arbitrariedades, recaindo, frequentemente, em preconceitos e juízos morais. Tal fato sugere que poderíamos estar diante não somente de uma falta de instrução técnica dos juízes, em geral pouco versados em conceitos de psicologia, mas de uma impossibilidade em auferir-se diretrizes objetivas acerca da personalidade do agente. Esta impossibilidade agrava-se na medida em que, em um Estado Democrático de Direito não há a possibilidade de eleição de determinada corrente psicológica sem que se atente à princípios estruturais deste estado garantidor.

Diante do exposto, questiona-se: há compatibilidade entre o critério da personalidade do agente, previsto no artigo 59, e o processo penal no Estado Democrático de Direito? Esta é a pergunta norteadora desta monografia, que será desenvolvida a seguir.

2 APLICAÇÃO DA PENA

O Código Penal Brasileiro, em sua parte especial, prevê um limite abstrato (entre um mínimo e um máximo) para as penas. Estes limites são norteadores do juiz na hora da dosimetria da pena.

A dosimetria da pena é um instrumento de grande importância para o aplicador do direito, uma vez que é nesta etapa que o julgador, investido do poder jurisdicional, comina ao autor da infração a sanção que, segundo critérios legais estabelecidos, busca reprová-lo e prevenir² o ilícito praticado. É, portanto, a partir de determinados critérios – que serão especificados a seguir – que ocorre a individualização da pena.

2.1 MODELOS DE APLICAÇÃO DA PENA

2.1.1 Modelo Bifásico

O Código Penal Brasileiro de 1940, inicialmente, adotou o sistema bifásico de aplicação da pena, idealizado por Roberto Lyra.

Na primeira etapa deste modelo o juiz, ao aplicar a pena, deveria analisar as circunstâncias judiciais, as atenuantes e agravantes (de maneira conjunta) e a partir daí determinar a pena-base.

Na segunda etapa, o juiz deveria fazer uma análise das causas de aumento e diminuição de pena, conforme o disposto no artigo 42 (atual 59 do Código Penal Brasileiro):

Artigo 42: Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. (BRASIL, 1940).

² Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O art.59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime.” (NUCCI, 2008, p. 368)

2.1.2 Modelo Trifásico

Em 1984 ocorreu uma reforma no Código Penal Brasileiro, preconizada pela Lei n.º 7.209/84 que ocasionou a substituição do modelo bifásico pelo trifásico de aplicação da pena. O novo modelo, idealizado por Nelson Hungria, é ainda hoje o modelo adotado e fixa a pena-base pelo artigo 59 do referido código, para depois considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes e por fim as causas de aumento e diminuição.³

Esta mudança pode ser observada na Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro:

Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal remanescem as divergências suscitadas sobre claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento (BRASIL, 1940).

O novo modelo de dosimetria da pena é traduzido pelo artigo 68 do Código Penal:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (BRASIL, 1940).

Com a previsão no Código Penal do sistema trifásico na aplicação da pena, o juiz tem a obrigatoriedade de segui-lo, sob pena de nulidade da sentença penal condenatória⁴, no caso de descumprimento.

³ “Pena-base é a primeira eleição do quantum da pena feito pelo magistrado, fundado nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Sobre a pena-base ele lançará, após, as agravantes e atenuantes (segunda fase) e as causas de aumento e diminuição (terceira fase), conforme dispõe o art. 68, *caput*, do Código Penal.” (NUCCI, 2008, p. 429).

⁴ “É nula a sentença omissa ou contraditória na fixação da pena imposta, não bastando, de forma alguma, a simples referência ao artigo 59, CP. Como diz, com muita propriedade *Schröder*, não apenas o se mas o como da pena devem ser constitucionalmente fixados. *Lothar Schmidt* desenvolve a mesma idéia ao afirmar que “o acusado não tem apenas o direito de saber por que é punido como também o direito de saber por que recebe *esta pena*”. Os tribunais têm anulado repetidamente decisões que não justificam adequadamente a pena imposta acima do mínimo. A rigor, no entanto, também a pena aplicada no mínimo deve ser justificada, para que a acusação possa adequadamente impugnar a sentença.” (FRAGOSO, Forense, 2006, p.409).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2007), o novo modelo adotado apresenta alguns problemas:

Este sistema que determina a individualização da pena em três etapas (pena-base, circunstâncias genéricas, causas especiais) está a indicar que as duas primeiras etapas correspondem à determinação da pena dentro da escala normal do delito, enquanto a terceira ocorre de uma escala penal modificada. (...) esse sistema complica muito as coisas, pois, frequentemente, pensa-se na necessidade de se construir, por primeiro, uma escala abstrata, e, em seguida, determinar a pena dentro dela. E isso tem alguns inconvenientes lógicos, que pode ocorrer quando a terceira etapa remeta novamente a uma revisão ou reavaliação da primeira, particularmente, quando se trata de determinar a categoria da pena aplicável, uma vez que a escala normal pode estabelecer uma pena cuja quantidade não permita sua substituição, e, logo em seguida, como decorrência de uma escala alternada, isso se torna possível. Por outro lado, frequentemente se torna difícil estabelecer a pena-base no caso concreto, pois, às vezes, deve-se imaginar resultados ou efeitos que não tinham ocorrido, como no caso da tentativa. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2007, p.708).

Zaffaroni e Pierangeli (2007) ainda, alertam da proibição da desvalorização plural das circunstâncias, assim “para aplicar esta mecânica individualizadora, é fundamental ter-se em conta uma regra básica: não se pode desvalorar duplamente, e, muito menos triplamente, uma mesma circunstância.

O que o autor aponta é que se não observada esta proibição há a possibilidade de ocorrer bis in idem, pois as circunstâncias do crime facilmente se espalham por todas as fases – pena-base, agravantes/atenuantes e causas de aumento/diminuição – quando não servem para qualificar ou privilegiar o crime.

3 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena é um princípio constitucional e possui três etapas distintas e vinculadas. Para Guilherme de Souza Nucci (2008 p.34) a Aplicação da pena é:

O método judicial de discricionariedade juridicamente vincula visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo é máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). Trata-se da fiel aplicação do princípio constitucional da individualização da pena, evitando-se a sua indevida padronização.

Novamente nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2008) a finalidade da individualização da pena é eleger a justa e adequada sanção penal. A intenção é a fuga da padronização que para o autor é uma “mecanização” injusta.

Para Alexandre de Moraes (2002), há a exigência de correspondência entre a responsabilização do agente por sua conduta e a sanção a ser aplicada a fim de que a pena atinja suas finalidades (repressão e prevenção). Desta maneira a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente. Zaffaroni e Pierangeli (2007, p.710) alertam que:

Há um flagrante descuido da doutrina em trabalhar a individualização da pena, que acabam dando maior ênfase no desenvolvimento da teoria do delito, comprometendo assim as garantias individuais bem como a segurança jurídica. Ainda, os autores afirmam que um desenvolvimento deficiente da teoria do delito, sem princípios claros leva, invariavelmente, ao campo da arbitrariedade, pois, quando as margens penais se tornam extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, a segurança dos cidadãos está em jogo.

Cabe destacar que os autores fazem um alerta – a individualização da pena deve ser tratada com extrema cautela, do contrário este princípio constitucional, pode voltar-se contra o réu, prejudicando-o.

Luana Paschoal (2014, p.14) completa este raciocínio ao afirmar que a técnica individualizadora pode se tornar arbitrária, ao punir a pessoa e não sua conduta:

Embora não se negue a necessidade de individualizar a pena (afinal cada indivíduo é um mundo, não existem dois delinquentes iguais de modo que as penas, por isso mesmo, devem ser dosadas de modo diferente) tem-se o amplo recurso à análise da personalidade pode referendar um direito penal arbitrário. Tem se aqui um dilema entre a necessidade de bem individualizar a pena aplicada com o perigo de se permitir a punição da pessoa mais pelo que ela efetivamente é (ou aparenta sê-lo) em comparação ao que ela efetivamente faz.

3.1 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O princípio constitucional da individualização da pena - previsto no art. 5º, inciso XLVI, da CF - preconiza que as penas devem ser particularizadas, de acordo com a natureza e as circunstâncias do delito.

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

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988).

3.2 FASES DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Temos, em nosso ordenamento jurídico brasileiro três fases que compõem a individualização da pena, a saber, **legislativa, judicial e administrativa**. Estas três etapas são singulares e complementares, já que o princípio da individualização da pena vincula os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

3.2.1 Legislativa

A primeira fase, denominada legislativa é a que tipifica uma infração e auferir limites máximos e mínimos para o tipo penal incriminador.

Na **etapa legislativa** o legislador, após descrever uma infração, fixa os limites mínimos e máximos do preceito secundário do tipo, assim como os regimes de cumprimento e benefícios possíveis de ser concedidos ao infrator. O parlamento deve agir com razoabilidade, evitando cominar penas severas para condutas pouco ofensivas ou mesmo penas insignificantes para infrações graves. A liberdade do legislador para cominar as penas não é absoluta, pois ele deve se guiar por critérios objetivos como a natureza da infração, o bem jurídico tutelado e a necessidade social de repressão do fato (FALCONI, 2011).

Nas palavras de Frederico Marques (apud GRECO, 2011) esta etapa:

É a que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre o mínimo e o máximo claramente determinados. A individualização legislativa, por outra parte, domina e dirige as demais porque é a lei que traça as normas de conduta do juiz e dos órgãos da execução penal, na aplicação das sanções. (MARQUES apud GRECO 2011, p.549).

3.2.2 Judicial

O segundo momento da individualização da pena é de competência do julgador que passa do plano abstrato (fase de cominação) para o concreto (fase da aplicação), incumbindo ao juiz do processo de conhecimento aplicar uma sanção penal que se faça necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (FALCONI, 2011)

A **etapa judicial**, possibilita o magistrado, a partir dos parâmetros positivados pelo legislador, fixar a pena *in concreto*.

Nesta etapa é determinada a quantidade da pena e o regime inicial de cumprimento.

A discricionariedade auferida para o juiz está vinculada e tem margem entre um mínimo e um máximo abstratos:

[...] o juiz deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). Trata-se da fiel aplicação do princípio constitucional da individualização da pena, evitando-se a sua indevida padronização. (FALCONI, 2011, p. 100)

Parece ser este o mesmo entendimento, sobre a individualização judicial, de Rogério Greco (2011, p.549):

A sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. Necessário é, por isso, que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolhas das sanções penais. Trata-se de um *arbitrium regulatum*, como diz Bellavista, consistente na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinar critérios, de estabelecer a quantidade concreta da pena a ser imposta, entre mínimo e o máximo legal para individualizar as sanções cabíveis.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 429) resume a aplicação das circunstâncias judiciais como “elementos que volteiam a realização do delito, sem afetar-lhe a existência, mas que influem na fixação da pena, materializando-se conforme as pessoais convicções do magistrado.”

A pena-base, especificamente tratada no artigo 59 do atual Código Penal, pressupõe que o julgador observe separadamente as etapas de dosimetria, sob pena de nulidade, como afirma Greco (2011, p. 244):

É nula a sentença que, não observando a estrita individualização das penas, analisa conjuntamente as etapas da dosimetria da pena, mesmo havendo pluralidade de réus, impedindo-os que bem saibam as razões que motivaram a fixação do quantum da reprimenda estatal.

3.2.3 Administrativa

A última fase, a da individualização administrativa é representada pela execução penal:

Finda a individualização judicial da pena e ocorrendo o trânsito em julgado da condenação, chega-se no momento de aplicá-la ao condenado, mediante os institutos da execução penal. É exatamente na execução penal que ocorre a **etapa administrativa** da individualização da pena, segundo a qual o seu cumprimento deve se materializar em estabelecimento prisional, observando a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, bem como seu comportamento carcerário. (FALCONI, 2011, p. 100)

A Lei de Execução Penal (LEP) define a individualização administrativa nas seguintes palavras: “a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado” (BRASIL, 1984).

3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Como visto anteriormente, o art. 68 do Código Penal Brasileiro determina que na aplicação da pena serão observadas três fases distintas.

Primeiro o julgador deve encontrar a pena-base e a partir dela incidirão os outros cálculos.

Nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínimas e máximas que possibilitam ao juiz –após a análise das circunstâncias judiciais (previstas no art. 59 do CP) –fixar a pena que lhe pareça mais apropriada ao caso concreto.

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940)

As circunstâncias judiciais, que obrigatoriamente deverão ser analisadas e motivadas⁵na fixação da pena-base, são: a) culpabilidade, b) antecedentes, c) conduta social, d) personalidade do agente, e) motivos, f) circunstâncias do crime, g) consequências do crime e h) comportamento da vítima.(GRECO, 2011)

3.1 CULPABILIDADE

Destaca-se que a culpabilidade tratada no artigo 59 é a culpabilidade no sentido lato- a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem- diferentemente da culpabilidade que compõe a existência do delito. Esta última é analisada em conjunto com a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exibibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (NUCCI, 2008).

⁵ A motivação da sentença é exigência de todas as legislações modernas, onde exerce, como diz *Franco Cordero*, função de defesa do cidadão contra o arbítrio do juiz. De outra parte, a motivação constitui também garantia para o Estado, pois interessa a este que sua vontade superior seja exatamente cumprida e se administre corretamente a justiça. O juiz mesmo, protege-se, mediante a obrigação de motivar a sentença, contra a suspeita de arbitrariedade, de parcialidade ou de outra qualquer injustiça (*Manzini*). A necessidade de motivação das decisões judiciais constitui mandamento constitucional (art. 93, IX, CF).” (FRAGOSO, 2006, p.409).

Para Luíz Flávio Gomes (2005, p. 100) a culpabilidade no direito penal, “tem tríplice função: de fundamento da pena; de limite da pena (cada um é punido nos limites da sua culpabilidade (CP, art. 29) e de fator de graduação da pena (CP, art. 59)”.

A culpabilidade substituiu as antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus da culpa”, previstas antes da Reforma Penal de 1984. Para compor o fato típico, na ótica da teoria finalista,⁶ verifica o magistrado, se houve dolo ou culpa- não interessa, aqui, a intensidade do dolo ou a gravidade da culpa-. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, pois, nesse contexto, o importante é a reprovabilidade da conduta baseada no delito. (NUCCI, 2008).

Para Nucci (2008) a culpabilidade, prevista no art.59 do Código Penal, é entendida como:

É o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.” (NUCCI, 2008, p.431)

A culpabilidade do artigo 59 do CP é a medida da pena. O legislador de 1984 adotou o sistema vicariante, deixando claro que o que fundamentaria a pena seria a culpabilidade ao passo que as medidas de segurança seriam baseadas na

⁶ “Para a teoria finalista, atualmente adotada, não se pode dissociar a ação da vontade do agente, já que a conduta é precedida de um seu raciocínio que o leva a realizá-la ou não. Em suma, conduta é o comportamento humano, voluntário e consciente (doloso e culposo) *dirigido a uma finalidade*. Assim, o dolo e a culpa fazem parte da conduta (que é o 1º requisito do fato típico) e, desta forma, quando ausentes o fato é atípico. Percebe-se, portanto, que para a teoria finalista o dolo e a culpa se deslocaram da culpabilidade (teoria clássica) para a conduta, e, portanto, para o fato típico. O dolo, entretanto, passou a ser interpretado de outra forma, excluindo-se dele a consciência da ilicitude. O dolo deixou de ser *normativo* e passou a ser *natural*, ou seja, não mais contém a mencionada consciência da ilicitude. O dolo, por conclusão, para a teoria finalista, tem apenas os seguintes elementos: consciência da conduta, consciência do resultado, consciência do nexo causal e vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado. A culpabilidade deixa de abranger o dolo e, por consequência, de ser requisito do crime, passando a ser pressuposto da aplicação da pena. No lugar do dolo e da culpa passa a existir na culpabilidade apenas a *potencial consciência da ilicitude*. O crime, para a teoria finalista, é um fato típico e antijurídico e, em suma, tem a seguinte estrutura: 1) *Fato típico*, que possui os seguintes elementos: a) conduta *dolosa* ou *culposa*. O dolo é natural, pois deixa de integrar o fato típico, tendo apenas os seguintes elementos: a1) consciência da conduta e do resultado; a2) consciência do nexo causal; a 3) vontade de realizar a conduta e provocar o resultado. O dolo deixou de comportar a real consciência da ilicitude (mas a potencial consciência da ilicitude passou a fazer parte da culpabilidade): b) resultado, c) nexo causal, d) tipicidade. 2) *Antijuridicidade* (não houve modificação em relação à teoria clássica). 3) Culpabilidade, composta dos seguintes elementos: a) imputabilidade; b) exigibilidade de conduta diversa; c) potencial consciência da ilicitude.” (GONÇALVES, 2002, p. 36-37).

periculosidade⁷. Desta maneira, sem culpa não há pena e a culpabilidade acaba por admitir graus, quanto maior a culpabilidade maior a pena (VIANI, 2007).

Neste sentido, Greco (2011) acredita que deve-se realizar uma dupla análise da culpabilidade:

A primeira que é dirigida à configuração da infração penal quando se afirmará que o agente praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador. (GRECO, 2011, p.553-554)

A culpabilidade, para Nucci (2008, p 431), é entendida como:

O elemento essencial, moral e ético, que serve de ligamento entre crime e pena, justamente por estar presente nos dois cenários: é imprescindível para a constatação do crime, mas também para a aplicação da pena. Em outros termos, é o fundamento e o limite da pena. Cometido o fato típico e antijurídico, para verificarmos se há crime, é imperioso constatar a existência de reprovabilidade do fato e de seu autor, devendo este ser imputável, agir com consciência potencial de ilicitude (para os casualistas, inclui-se também, ter atuado com dolo ou culpa) e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o Direito.

Outros autores também destacam isto:

A intensidade do dolo refere-se a pertinência ou, ao contrário, à pouca disposição em perseguir a intenção criminosa; o dolo direto, por exemplo, é mais intenso que o dolo eventual, e a premeditação indica uma conduta mais reprovável do que aquela desencadeada por dolo de ímpeto. O grau de culpa (grave, leve ou levíssimo) funda-se na maior ou menor previsibilidade do resultado do lesivo e nos cuidados objetivos exigíveis do agente, denunciando, por conseguinte, a maior ou menor censurabilidade da conduta culposa. Além disso, a utilização na lei da palavra “culpabilidade”, que tem caráter de juízo de reprovação, deve levar o julgador a atentar para as

⁷ “O conceito de perigo referido à personalidade do delinquente surge com o positivismo criminológico. Os clássicos haviam tratado do conceito de perigo na estruturado crime, definindo-o como probabilidade de dano. Construindo, porém, o sistema com base na culpabilidade fundada no livre arbítrio, e na responsabilidade moral, desconheceram por completo a idéia de periculosidade, embora *Feuerbach* tenha, sem consequências, se referido a ela como “qualidade da pessoa pela qual fundadamente se presumirá que ela deve efetivamente violar o direito”. Pretendendo mudar o centro da gravidade do sistema, a Escola positivista, com a obra de *Garofalo* (1880), sustentava que a pena deveria ajustar-se à temibilidade do delinquente. Como Ferri observou, a referência à temibilidade não era feliz. Temibilidade expressa uma impressão subjetiva e é, realmente, a consequência da periculosidade. Esta vem entendida como qualidade pessoal do sujeito ou como inadaptabilidade social, revelada por um conjunto de fatores objetivos e subjetivos, e, particularmente, pela prática de um crime. A periculosidade é, em substância, um juízo de probabilidade que se formula diante de certos indícios. Trata-se de juízo empiricamente formulado, e, portanto, sujeito a erros graves. Pressupõe-se sempre, como é óbvio, uma ordem social determinada a que o sujeito deve ajustar-se e que não é questionada. O sistema se defende aplicando medidas de segurança a pessoas que sofrem de anomalias mentais e que apresentam probabilidade de praticar novos atos que a lei define como crimes. A periculosidade pode ser real ou presumida. A periculosidade real é verificada pelo juiz; a presumida decorre da lei. Perante o CP vigente, a periculosidade é sempre presumida, só desaparecendo com a averiguação, mediante perícia médica, de que ela cessou.” (FRAGOSO, 2006, p.502-503).

circunstâncias pessoais e fáticas no contexto em que se realizou a ação, conduzindo-o a uma análise da consciência ou do potencial conhecimento do ilícito e, em especial, da exigibilidade da conduta diversa. Como parâmetros do justo grau de censura atribuível ao autor do crime. Deve o juiz buscar, assim, a medida da justa reprovação em uma diagnose embebida de significado valorativo. (MIRABETE, FABBRINI, 2010, p.282).

Já para Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 709-710) a culpabilidade está relacionada com a autodeterminação do agente, em suas palavras:

Vemos na culpabilidade, como critério legal de reprovação do injusto ao seu autor, dois núcleos temáticos que constituem árduos problemas jurídicos: a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e um certo âmbito de autodeterminação do agente. Dito de outro modo: para reprovar uma conduta ao seu autor (isto é, para que haja culpabilidade), requer-se que este tenha dito a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade de sua conduta e que tenha atuado dentro de um certo âmbito de autodeterminação, mais ou menos amplo, ou seja, que não tenha estado em uma pura escolha.

Para os referidos autores a culpabilidade é um dos conceitos mais equivocados do direito penal. Importante pontuar que a “culpabilidade não tem nenhuma relação com a periculosidade, justamente por ser sua negação.” Nas palavras de Lodetti de Oliveira (2003, p.193):

A culpabilidade do autor é a sobrevivência da periculosismo positivista em forma de culpabilidade, talvez porque o discurso racista-classista do positivismo tenha que ser ocultado. E a culpabilidade pela condução da vida é um juízo ético, com origem em Aristóteles, no qual o ato final se reprova pelo caminho do vício, que desde cedo fora livremente eleito pelo criminalizado.

Interessante o apontamento do autor acerca da culpabilidade pela “condução de vida” como juízo ético. No terceiro capítulo –quando serão evidenciados os julgamentos morais que perneiam a análise da personalidade do agente –esta discussão será retomada.

3.2 ANTECEDENTES

Segundo Rogério Greco (2011) os antecedentes são compostos pelo histórico criminal do agente que não possa ser usado na reincidência. Desta maneira, para o autor –em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência (art 5º, inciso LVII da CF) –somente as condenações anteriores com transito em julgado, que não possam ser usadas para a reincidência que poderão contar como antecedentes em desfavor do réu. Desta maneira, simples anotações na folha de antecedentes criminais (FAC) com inquéritos policiais e mesmo processos em andamento, ainda

que com condenação, mas pendentes de recurso, não podem majorar a pena. Este também é entendimento do STF, positivado na súmula de número 444: “Súmula 444: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Luana Paschoal (2014) alerta que a referida súmula, por não ser vinculante, muitas vezes não é aplicada pelos juízes de primeiras instâncias.

Isto posto, percebemos que o entendimento do STF não é pacificado, sendo diversa a interpretação de alguns autores, como Inácio de Carvalho Neto. O referido autor afirma que não se condenará o réu antes da sentença, mas, afirma: a ciência do envolvimento do réu em outros processos ou inquéritos em andamento deve nortear o juiz na aplicação da pena. Em suas palavras:

[...] não se trata de se considerar o réu culpado por aquele fato cujo processo ainda não tem sentença penal condenatória transitada em julgado. Mas, tão somente, de levar em consideração o envolvimento dele em outro processo judicial ou inquérito policial, sem se valorar tal fato como imputação de culpa. Não se trata, portanto, de atribuir ao réu consequência própria do status de condenado. (CARVALHO NETO, 2008, p.50).

Para Gilberto Ferreira (2004), a intenção do legislador –ao tipificar os antecedentes como circunstância judicial – foi possibilitar ao juiz majorar a pena ainda que o agente tenha sido absolvido por falta de provas; em suas palavras:

Considere tão só o comportamento do agente para apurar a sua propensão ao crime, a sua probabilidade de delinquir, independentemente de ser culpado ou não. Nessas condições o simples envolvimento num fato criminoso, no qual foi o agente absolvido por falta de provas, por exemplo, já é um indicativo negativo que acresce-se do simples envolvimento resultar numa condenação ainda não transitada em julgado. (GILBERTO FERREIRA, 2004, p.100).

Há ainda, alguns autores que distinguem a primariedade dos bons antecedentes. Para Viani (2007, p.53) “réu primário é o que nunca teve condenação judicial”, já o “réu com bons antecedentes é o que nunca se envolveu em ocorrências reprováveis comprovadas que tenham ensejado persecução penal.” Mirabete e Fabbrini (2010, p.282) parecem compartilhar do mesmo entendimento:

Deve o julgador observar os antecedentes (bons ou maus) do agente. Verifica-se a vida pregressa do réu, com base no que constar do inquérito policial (art.6º, inciso VIII e IX, do CP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico.

Deste modo, parece claro que a discussão doutrinária majoritária se limita ao tema da súmula 444, não sendo analisada a questão para além da utilização dos

inquéritos policiais ou das ações penais em curso. Não há, portanto, uma efetiva crítica ao critério dos antecedentes, apenas uma discussão de quais antecedentes podem ser considerados.

Por isso, pertinente a crítica de Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr (2015), que concebem, na definição dos antecedentes, um mecanismo de estigmatização *ad aeternum*:

A instituição modificou apenas as máscaras, mantendo a ficha de *antecedentes* como verdadeiro limite entre os que permanecem puros, bons, e os pecadores, maus, “onde a sistemática medieval nos pega: por seu produto apto a passar por várias versões dos signos do Poder: a Lei” (Legendre). A violência simbólica (Bourdieu) atua eficientemente no inconsciente dessa divisão maniqueísta e reducionista da sociedade. Os *antecedentes* se constituem, pois, na “ficha de pecados” do acusado e devem ser lidos, no mínimo, *conforme a Constituição*, a fim de se evitar a estigmatização eterna (Carlos Bacila). O condenado jamais se livra da sanção, servindo para *sempre e sempre* lhe recrudescer a resposta estatal, sendo que tal raciocínio vigora no Brasil. (ROSA; LOPES JR., 2015, p. 200).

Ainda, os referidos autores mostram como os antecedentes afrontam os Direitos Fundamentais, constituindo bis in idem:

Nesse momento o autor que passa a ser julgado não pelo que fez, mas pelo que fez no passado e é, em franca violação dos postulados constitucionais e democráticos, funcionando muitas vezes para sustentar a condenação no caso de ausência de certeza. Isto é, em caso de dúvida, consulta-se inconstitucionalmente os antecedentes e se existirem, o julgamento pode acabar em condenação, aplicando-se um indutivismo ingênuo. De sorte que, levando-se a sério os Direitos Fundamentais, nada pode ser considerado como maus antecedentes, eis que as construções positivas, manifestadas pela periculosidade e defesa social foram desterradas de uma sociedade que se quer democrática, sendo o agravamento evidente bis in idem. 8 (MORAIS DA ROSA, LOPES JR, 2015)

3.3 CONDUTA SOCIAL

O conceito de conduta social, para grande parte da doutrina, é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto familiar, do trabalho, da escola, da vizinhança.

Assim, a conduta social é entendida, por grande parte dos juristas, como “o comportamento do sujeito no meio familiar, no ambiente de trabalho e na convivência

⁸ “O Princípio do non bis in idem, embora não esteja expressamente previsto constitucionalmente, tem sua presença garantida no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito. Certamente se avolumou com o incremento do respeito à dignidade da pessoa humana e com a consolidação de um Direito Penal que se ocupa precipuamente do fato delituoso, ao invés de concentrar-se na obstinada perseguição, rotulação e segregação do indivíduo ao qual se após o rótulo de criminoso. É a prevalência do "Direito Penal do fato" sobre o "Direito Penal do autor". (JORIO, 2006, p. 200).

com outros indivíduos” (VIANI, 2007, p.60). Para Paulo José da Costa Jr. (apud VIANI, 2007, p.59):

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

Para Rogério Greco (2011, p.555) conduta social se traduz no comportamento do agente perante a sociedade, devendo ser analisado “desde o relacionamento com seus pares, buscando entender seu temperamento, se possuidor de vícios, a exemplo de jogos ou bebidas, em suma, buscando descobrir seu comportamento social e se ele guarda relação com a infração penal.

Nelson Hungria (1958) compartilha do entendimento que mesmo o réu sem antecedentes pode ter “faltas morais,” faltas estas que devem servir para a majorar a pena:

Deve ser pesquisado, na medida do possível, o sistema de vida pregressa do réu, quer do ponto de vista individual, quer do ponto de vista familiar ou social. Deve ser o réu identificado, notadamente, no seu ambiente social, no clima de moralidade em que se fez homem, nas suas boas ou más condições de educação. Cumpre indagar se o crime praticado é um episódio acidental de sua vida, ou se é um consectário de sua propensão ou habitual orientação para o mal e a indisciplina. Embora sem antecedentes judiciais, um indivíduo pode ter uma vida pontilhada de deslizes, de pequeninas infâmias ou faltas morais, que revelem nele um elemento mal-ajustado à ordem social. Para que se reconheçam bons antecedentes ao réu, não basta que ele seja *sceleris purus*: é também necessário que seja *integer vitae*. Pode acontecer igualmente que um indivíduo com antecedentes judiciais já tenha praticado atos de benemerência ou de especial valor social. Ao juiz compete extrair-lhe a *conta corrente*, para ver se há *saldo credor* ou *devedor*. (HUNGRIA, 1958, p.471)

Alexandre Morais da Rosa (2009, p. 100) afirma que o critério da conduta social é usado, via de regra, para majoração da pena:

A conduta social, também na linha da 'mentalidade criminológica' vasculha qualquer situação da vida pessoal para ali encontrar, retoricamente, um motivo para majoração da pena. Qualquer pessoa possui na sua 'história pregressa' situações traumáticas, geradoras de situações psicológicas (neuroses, psicoses, etc.) e qualquer acontecimento é pescado para justificar a majoração da pena.

No entendimento de Ney Moura Teles (2006):

O juiz deve verificar a integração do condenado no meio social em que ele vive, e não no meio social que o juiz considera adequado. Deve verificar se seu comportamento é compatível com o aceito no ambiente de seu estrato social, por exemplo, na favela, com todas as suas características. Se, em seu meio, o condenado cumpre seus deveres, suas obrigações sócias, respeita os valores ali cultivados, convive harmonicamente com seus pares, tal circunstância lhe será favorável, militará em seu favor, beneficiando-o com pena-base próxima do mínimo. Se, todavia, o condenado não se ajusta às regras da comunidade- é por ela considerado um revoltado-, se a ela se opõe, se não a respeita, se é rejeitado, por suas atitudes, por seus concidadãos, então terá um comportamento social desajustado a seu meio, o que importará considerar a circunstância desfavorável, tendente a autorizar o afastamento da pena do grau mínimo? Essa é uma circunstancia que nada tem a ver com o fato criminoso praticado pelo agente e que diz respeito exclusivamente a seu passado anterior ao crime e à sentença. Tanto quanto os antecedentes, essa circunstancia colide com o principio da culpabilidade, e só pode ser examinado do ponto de vista positivo. Se o condenado tiver a conduta social harmonica, ajustada a seu meio, será beneficiado por isso, mas, do contrário, a circunstância não deve ser levada em consideração no momento da fixação da pena, pois representa o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez.” (TELES, 2006, p.365)

Rogério Greco (2011, p.556) alerta que comumente há a confusão, por parte da doutrina, entre conduta social e antecedentes, o que não deve ocorrer, uma vez que a própria lei já determinou suas análises em momentos diversos. Ademais, alguns intérpretes, não conseguindo utilizar determinadas informações na aferição dos antecedentes, majoram na conduta social. O autor acredita que esta prática é uma fuga da lei, já que os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, diferentemente da conduta social que visa aferir seu comportamento perante a sociedade, afastando qualquer coisa que diga respeito as infrações penais. Greco ainda afirma que é possível que um filantropo possua péssimos antecedentes.

Importante a crítica do referido autor ao constatar a confusão entre conduta social e antecedentes. Porém, parece interessante pontuar que esta é uma crítica limitada, uma vez que ela não trabalha a questão do julgamento moral que este critério enseja. Do contrário, ainda o reforça, com uma ideia simplista do ser humano. A afirmação do autor que pessoas “caridosas” possam ter péssimos antecedentes parece ingênuo. É da condição humana as variações e inconstâncias, sendo nítido que uma definição maniqueísta em nada contribui para a discussão. Definir se o sujeito é *bom* ou *mal* não é papel do operador do direito. Além do mais estas definições, juntamente com “*uma vida voltada à comunidade*” acabam sendo excessivamente genéricas e abstratas, refletindo lugares comuns. São quesitos vagos que dificilmente serão respondidos sem o suporte de valores morais do julgador.

A frequente confusão –entre os conceitos distintos da conduta social e dos antecedentes –levanta a questão da banalização do procedimento de majoração da pena. Esta falha se dá também no âmbito da norma, que ao conferir ao juiz alto grau de discricionariedade, cria margem para que em alguma circunstância judicial se fundamente o aumento da pena.

Luana Paschoal (2014) também enumera diferentes situações em que *ser bom* e *ser mal* está em jogo, assim mostra como não conseguimos definir o bem e o mal sem nos livrarmos de julgamentos morais. Ainda, a autora afirma que em um estudo de jurisprudência não encontrou um caso em que a pena-base tenha sido diminuída em virtude de uma “boa conduta social”. Desta maneira evidencia que este requisito acaba por aumentar a pena-base e não o contrário, prejudicando, a rigor, o réu. O réu fica sujeito as concepções morais do juiz da causa, seus subjetivismos, preconceitos e intolerâncias, que tem nessa ferramenta discricionária um típico exemplo de direito penal do autor, julgando não o crime, mas as características pessoais de quem o cometeu.

Lenio Streck (2013) afirma que o juiz, ao decidir, deve-se perguntar-se o que a legalidade fala sobre a problema apresentado. E reitera: “um problema jurídico deve ser respondido por argumentos jurídicos”; Streck é taxativo ao afirmar que Direito é diferente de moral e que esta não corrige o Direito. Em suas palavras:

Ao Direito não importam as inclinações do magistrado, porque temos uma Constituição e Códigos para responderem as questões jurídicas. É isso o que se chama de Direito democraticamente construído: um Direito que dispensa opiniões e convicções pessoais. Se a democracia depender de opiniões pessoais, teremos que rezar para que termos “homens bons” conduzindo o Direito. E, como diz o psicanalista Agostinho Ramalho Marques Neto, “Deus me livre da bondade dos bons. (STRECK, 2013, p. 100).

3.4 MOTIVOS

Segundo grande parte da doutrina os motivos do crime são as razões que levaram o agente a cometer a infração penal.

Desta maneira entende-se por motivo “o que move, ou seja, é o antecedente psicológico do ato volitivo. Este pode ser um fenômeno complexo, desencadeado por um motivo preponderante, que se sobrepõe aos demais.” (FRAGOSO, 2006, p.412)

Assim é que “todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante”. (NUCCI, 2008, p.437). Nas palavras de Rogério Greco (2011, p.556):

Os motivos determinantes da ação constituem toda a soma de fatores que integram a personalidade humana e são suscitadas por uma representação cuja idoneidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas.

Greco (2011) ainda ressalta que o Código Penal Brasileiro, em diferentes passagens valoriza os motivos pelos quais o agente foi impelido a cometer a infração. Dependendo dos motivos há o aumento ou diminuição da pena. Como exemplo, o homicídio cometido por motivo fútil a pena é de 12 a 30 anos, segundo o inciso 2º do artigo 121 do Código Penal. Já o inciso 1º, do referido artigo, prevê que se o infrator cometer o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, poderá ter sua pena reduzida de um sexto a um terço.

Greco (2011) também alerta da proibição do *bis in idem* que pode ocorrer se o magistrado valorar (negativa ou positivamente) duas vezes o mesmo fato ou circunstância. Ou seja, se “os motivos que levaram o agente a praticar a infração penal já estão fazendo com que sua pena fuja àquela prevista na modalidade básica do tipo penal, quando da fixação da pena-base não poderá o julgador, por mais uma vez considerá-las” (GRECO, 2011, p. 500). Roberto Lyra apud Guilherme de Souza Nucci (2008, p.437) explica que:

O motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo à indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou o sentimento. Tanto o dolo como a culpa se ligam à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda incessantemente dentro de cada figura concreta do crime, sem afetar a existência legal da infração. Assim, o homicídio pode ser praticado por motivos opostos, como a perversidade e a piedade (eutanásia), porém a todo homicídio corresponde ao mesmo dolo (a consciência e a vontade de produzir morte).

Segundo Mirabete e Fabbrini (2010), os motivos do crime realçam a necessidade de efetuar um perfil psíquico do autor do crime e do que o levou a cometer a infração. Esta circunstância pode alterar significativamente a pena cominada e o autor acredita que deve ser aproximada do mínimo quando os motivos derivam de sentimentos de *nobreza moral*, diferentemente de quando indicam uma conduta *antissocial*. Segundo o autor, há efetiva diferença entre uma infração que visa “resguardar” a honra de uma filha e outra motivada por inveja.

Ainda, Mirabete e Fabbrini (2010, p. 283) definem os crimes, como mais ou menos censuráveis, sendo para eles menos censurável o crime praticado em virtude “do amor, da honra, da fé, do patriotismo, da piedade, do que os cometidos por ódio, vingança, cupidez, libidinagem, malevolência, entre outros, nesses termos segundo os positivistas devem ser consideradas as paixões sociais e antissociais”.

A partir das definições doutrinárias expostas nota-se que os motivos do crime frequentemente recaem em julgamentos morais, a exemplo do entendimento de que um crime cometido em nome da honra é um crime “menos repreensível”.

3.5 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Para Guilherme de Souza Nucci (2008, p.439) as circunstâncias do crime “são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito”.

Para Mirabete e Fabbrini (2010, p. 283) as circunstâncias do crime são de “caráter geral, objetivo ou subjetivo não inscritas em dispositivos específicos” e que:

Podem referir-se à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso; ao local do crime, indicador, por vezes, da maior *periculosidade* do agente; à atitude durante ou após a conduta criminosa (insensibilidade e indiferença ou arrependimento) etc. (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 283).

Este também é o entendimento de Alberto Silva Franco (apud GRECO, 2011, p.557):

Circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agravá-la ou abrandá-la. As circunstâncias apontadas em lei são as circunstâncias legais (atenuantes ou agravantes) que estão enumeradas nos arts. 61, 62 e 65 da PG/84 e são de cogente incidências. As circunstâncias inominadas são as circunstâncias judiciais a que se refere o art.59 da PG/84 e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com uma avaliação discricionária do juiz, acarretar em aumento ou uma diminuição de pena. Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinqüente no decorrer da realização do fato criminoso.

Assim é que “a gravidade objetiva do crime é dada pelas circunstâncias que o rodeiam, isto é, as que se prendem ao tempo, lugar, modo de agir, meios empregados, atitude durante o fato, etc.” (GRECO,2011, p.557).

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2008, p.439) pontua a necessidade de se distinguir as circunstâncias legais das judiciais. As chamadas legais (agravantes

e atenuantes, por exemplo) são expressamente positivadas por lei. Já as judiciais são genericamente previstas e devem ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz.

Rogério Greco (2011, p.557) reforça o entendimento de que não deve-se confundir as circunstâncias que compõem a pena-base com as circunstâncias legais, atenuantes ou agravantes, participantes da segunda etapa de aplicação da pena. Esta distinção é importante já que não se deve qualificar mais de uma vez o mesmo “dado periférico que se situa ao redor da infração penal”.

3.6 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

As consequências do crime “são aquelas que se projetam para além do fato típico. É o mal causado pelo crime”. (VIANI, 2007, p.69)

Corroborando com este entendimento Heleno Cláudio Fragoso (2006, p.413). Para o autor as consequências do crime são os “efeitos da ação delituosa que estão além do evento e que sejam referidos à culpabilidade do agente ou a gravidade do crime.”

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2008, p.439), as consequências do crime:

Constituem o mal causado pelo crime, transcendendo o resultado típico. É lógico que em um homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito.

Para Fragoso (2006) e Nucci (2008) as consequências do crime devem ser analisadas para além do fato típico, já que as consequências inerentes ao fato típico já estão incorporadas na previsão do crime.

Cabe, ainda, mostrar o entendimento de Moraes da Rosa (2004), para ele apenas as circunstâncias e consequências – dentre todas do rol do art. 59- podem ser usadas pelo magistrado na aplicação da pena:

No tocante às 'circunstâncias e consequências', desde que descritas na denúncia/queixa e tendo sido objeto da instrução processual em contraditório, são as únicas possibilidades de majoração da pena base além do mínimo legal, sempre em face da violação do bem jurídico tutelado, da lesividade da conduta, da dimensão da ação, ou seja, os princípios garantistas. (ROSA, 2004, p.356).

3.7 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

A última circunstância do artigo 59, intitulada Comportamento da Vítima é entendida pela doutrina como a contribuição (ou não) da vítima para a ocorrência do crime.

Alexandre Morais da Rosa afirma que o comportamento da vítima, serve, em geral, para redução da pena.

A exposição de motivos da Lei n. 7.209, resume o comportamento da vítima, “erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes sexuais” (BRASIL, 1984).

Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Ricardo Andreucci e Sergio Pitombo (apud NUCCI, 2008, p.439).

O comportamento da vítima constitui inovação com vistas a atender aos estudos de vitimologia⁹, pois algumas vezes o ofendido, sem incorrer em *injusta* provocação, nem por isso deixa de acirrar ânimos; outras vezes estimula a prática do delito, devendo-se atentar, como ressalta a Exposição de Motivos, para o comportamento da vítima nos crimes contra os costumes e em especial a exploração do lenocídio, em que há por vezes uma interação e dependência da mulher para com aquele que explora.

Para Laércio Peregrino apud Mirabete e Fabbrini (2010, p.283) há vítimas mais ou menos inocentes, nas palavras do autor:

A matéria comporta, por isso, um exame acurado das vítimas, principalmente no relacionamento criminoso-vítima, para, daí, partir-se para os tipos de vítimas, isto é, a vítima totalmente inocente, a vítima menos culpada que o criminoso, a vítima tão culpada quanto o criminoso e a vítima totalmente culpada, como as divide Manzanera.

Ainda, o autor Laércio Peregrino (apud MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 300) afirma que os estudos de vitimologia concluíram existir “vítimas natas”, entendidas

⁹ "O estudo da vítima sob uma perspectiva sistemática do direito penal se efetiva nos seguintes quadros: a) na qualidade ou condição do sujeito passivo; b) na natureza do interesse juridicamente protegido; c) nas várias formas de relação entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da infração; d) no sujeito passivo e elemento subjetivo do crime; e) na conduta do sujeito passivo para a prática da infração (investigação, consentimento, concorrência de culpas etc.); f) no sujeito passivo quanto às condições do crime (relativamente às causas de exclusão do ilícito – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal – isenção de pena e circunstâncias; g) no comportamento do sujeito passivo após a consumação do delito, no que se refere aos aspectos processuais (perdão, renúncia, retratação etc.)" (DOTTI, 2003, p. 375-376).

estas como “personalidades insuportáveis, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas, irritantes, homossexuais e prostitutas”.

Não pretende-se aprofundar o estudo do comportamento da vítima, porém não se pode deixar de apontar a carga preconceituosa e moralista desta última frase, em que o autor entende como “vítimas natas” homossexuais e prostitutas. Em relação às personalidades (insuportáveis e irritantes, sarcásticas e antipáticas) também fica a dúvida sobre a imprecisão de tais conceitos e a flagrante ingenuidade destas definições vazias.

4. PERSONALIDADE DO AGENTE

Sucinta é a definição de Mirabete e Fabbrini (2010, p.283) sobre a personalidade do agente: “qualidades morais, a boa ou má índole, o sentimento moral do criminoso, como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínseca a seu temperamento.”

Para E. Magalhaes Noronha apud (Hungria, 1998, p.155), as “qualidades morais” do indivíduo também devem ser analisadas:

A personalidade do criminoso é outro elemento para o qual deve o magistrado volver suas vistas. Com isso, “quer-se dizer”, escreve o douto Hungria, “antes de tudo caráter, síntese das qualidades morais do indivíduo. É a psique individual, no seu modo de ser permanente. O juiz deve ter em atenção a boa ou má índole, do delinquente, seu modo ordinário de sentir, de agir ou reagir, a sua maior ou menor irritabilidade, o seu maior ou menor grau de entendimento e senso moral. Deve retrair-se o perfil psíquico.

Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa (apud OLIVEIRA, 2003, p.203) preocupado com o direito penal:

inteiramente desarmado diante de perigosos delinquentes”, acredita que “deve-se admitir, em certos casos, um agir doloso culpável sem a consciência atual do injusto, quando esta falta de consciência puder ser atribuída ao agente, pela sua culpa na formação do caráter, *na condução da vida*.

O autor, ainda, tenta justificar a análise da personalidade pela “ética” do sujeito, mas parece falar de julgamentos morais:

A culpabilidade, dentro de um contexto moderno, vincula o autor ao fato, aspecto esse que a doutrina denomina imputação subjetiva. A desaprovação que se atribui ao autor do delito é resultado de um enlace eminentemente individual: depende de sua personalidade, suas particulares relações afetivas, psicológicas, espirituais fundamentalmente éticas (mas não morais. (SHECAIRA; CORRÊA apud OLIVEIRA, 2003, p.203).

Para Heleno Cláudio Fragoso (2006, p.410), a personalidade do agente ocupa papel predominante na dosimetria da pena, em virtude da função preventiva da mesma:

A personalidade do agente passa aqui ao primeiro plano, assumindo posição preponderante na determinação da pena. O juiz ajusta a pena ao autor concreto do crime, atendendo às peculiaridades de sua personalidade moral (caráter), e examinando se a conduta delituosa constitui fato acidental ou se é expressão da maneira de ser do acusado.

O outro ponto que merece apontamento na definição de personalidade de Fragoso (2006) é “o perfil psicológico e moral” do agente. O autor acredita que a análise da personalidade deva levar em conta o *perfil moral* do réu. Este perfil será

analisado pelo juiz, que definirá a “moral” do agente. Na lição de Aníbal Bruno (1967, p.290):

Chamamos personalidade a maneira de ser peculiar do indivíduo de que depende a sua maneira de agir. Pode ser entendida como o conjunto dos atributos psíquicos, particularmente como o caráter, mas o seu sentido ainda é mais largo. Abrange a maneira de ser total do indivíduo, antropológico-social-cultural, cujos aspectos se conjugam intimamente, sem que se possa entender qualquer deles fora da compreensão dos demais.

Parece ser este também o entendimento de Bitencourt (2013, p.771) ao afirmar que ao investigar a personalidade do agente “deve-se verificar a boa ou má índole sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu”. Nas palavras do autor:

As infrações criminais praticadas pelo réu durante a menoridade que, segundo o melhor entendimento, não podem ser admitidas como maus antecedentes, podem servir, contudo, para subsidiar a análise da personalidade do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime objeto do processo de julgamento. Estas duas circunstâncias –infrações penais praticadas durante a menoridade ou depois do crime objeto do cálculo de pena –constituem elementos concretos reveladores da personalidade identificada com o crime, que não podem ser ignorados, embora sejam fundamentais nessa valoração. (BITENCOURT, 2013, p.771).

Para os autores acima citados a questão da definição da personalidade perneia a concepção do *caráter* e da *índole do sujeito*-conceitos que só podem ser entendidos através de juízos de valores – juízos estes inconcebíveis em um estado amoral.

Victor Eduardo Rios Gonçalves (2002, p.125) entende a personalidade como a “índole do sujeito, seu perfil psicológico e moral”, e afirma que o juiz “deve analisar o temperamento e o caráter do acusado”. O autor, ainda, acrescenta que deve-se levar “em conta sua *periculosidade*”.

O autor, além de compartilhar dos julgamentos morais -de grande parte da doutrina - no tocante à análise da personalidade, ainda, faz uma confusão teórica ao afirmar que o juiz deve levar em conta a periculosidade do agente para definir a personalidade. Ora, principal fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade, enquanto que a medida de segurança funda-se tão-somente na periculosidade.

A periculosidade está vinculada a medida de segurança, já que o indivíduo definido como perigoso é considerado inimputável ou semi-imputável. Deste modo, não há que se falar em periculosidade para definir a personalidade do agente, uma vez que o agente só terá sua personalidade analisada se condenado em um processo crime e para isso, necessariamente, deverá ser culpável.

Como já mencionado, “a culpabilidade não tem nenhuma relação com a periculosidade, justamente por ser sua negação.” (OLIVEIRA 2003, p.193).

Deste modo, há provável confusão na utilização do fundamento da medida de segurança, a saber, a periculosidade, como elemento para definir a personalidade do agente.

Nucci (2008) apresenta uma visão um pouco diferente em relação à análise da personalidade.

Para o autor a personalidade do agente pode ser usada pelo juiz na aplicação da pena apenas em casos em que a personalidade tem relação com o ilícito. Assim, “ninguém deve ser culpado ou ter sua pena elevada por conta de sua conduta de vida ou por eventuais características negativas de personalidade.” (NUCCI, 2008, p.432) Mas, faz uma ressalva: “se essa faceta negativa de sua personalidade impulsioná-lo ao crime, sem dúvida, o juiz deve considerá-la para mensurar a pena.” (NUCCI, 2008, p.432). O autor explica sua posição com um exemplo: se um sujeito *considerado agressivo* lesionar a integridade física de alguém, deve ter sua pena majorada. Porém, se este mesmo sujeito cometer o crime de estelionato, não deve ter a pena majorada por sua personalidade, já que o delito praticado foi de cunho patrimonial e não violento, não tendo, portanto, relação com a sua *agressividade*. Nucci (2008) entende que se “não fosse assim, o termo personalidade perderia sua razão de ser.” (NUCCI, 2008, p.432). Para ele esta é a definição de *culpabilidade do fato*: “analisa-se o que foi praticado à luz da personalidade do agente. Se, algum lado negativo desta se aplicar ao crime, sua pena será aumentada. Do contrário, não.” (NUCCI, 2008, p.432). O autor afirma, ainda, que diferente seria se utilizássemos a culpabilidade do autor –não haveria importância a natureza do delito praticado –sendo qualquer aspecto negativo da personalidade motivo para aumento da pena. Nucci (2008) entende injusto a utilização do critério da personalidade em casos em que o crime não se relaciona com a *personalidade*. Para ele, esta posição é injusta pois “ninguém é perfeito”. Desta maneira, “se alguém comete um crime que não se relaciona a determinado aspecto negativo da sua personalidade, não deve ser julgado pelo que é, mas pelo que fez, à luz do que é.” (NUCCI, 2008, p.432). Nas palavras do autor:

Todos somos imperfeitos. Temos aspectos positivos e negativos de personalidade. Quando o art.59 do Código Penal- e vários outros dispositivos em relação a outros institutos- faz incluir a análise da personalidade para a aplicação da pena quer demonstrar o seguinte: o aspecto negativo, que se torna incontrolável, impulsionando o agente ao delito, deve ser ponderado na

fixação da pena. Não quer significar que todos os defeitos de conduta devem ser levados em consideração. Fosse assim e não existiria pena mínima, pois, como dissemos, ninguém (ou muito poucos) é santo. (NUCCI, 2008, p. 432)

Nucci (2008) sustenta sua posição afirmando em um Estado Democrático de Direito “ninguém será julgado pelo que é, mas pelo que se fez, em *virtude* do que é.” Desta maneira, o direito penal “necessita valer-se, primordialmente, da culpabilidade do fato, sem perder de vista a culpabilidade do autos”. O autor, ainda, aponta a falta de consenso entre os teóricos do direito, e reforça que o próprio Código Penal não assumiu de forma clara que modo a culpabilidade deve ser encarada, mas fortalece sua posição:

O que não se pode afirmar, em hipótese alguma, é ter o Código Penal assumido, claramente, qual o modo pela qual se deve encarar a culpabilidade, no momento da fixação da pena. Afinal, a personalidade do agente deve ser vista à vontade pelo juiz, dissociada do fato praticado, ou deve ser encarada no contexto do crime cometido exclusivamente? A lei penal não responde a tal indagação. Preferimos sustentar a segunda opção, vale dizer, a personalidade deve ser analisada sob o enfoque da infração penal materializada. (NUCCI, 2008, p. 400).

Ney Moura Teles (2006) é rara exceção, dentre os doutrinadores, que entende inapto o juiz para definir a personalidade do agente. Em suas palavras:

A personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências- da psicologia, psiquiatria, antropologia- e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”. Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc.), é que talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá levá-la em consideração no momento da fixação da pena-base. Merece ser frisado, ainda, que a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado direito penal do fato, pois prioriza a análise das características penais do seu autor. (TELES, 2006, p.300)

Ainda, Ney Moura Teles (2006, p.366) acrescenta que há confusão conceitual em relação à culpabilidade e a análise da personalidade do agente:

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

O autor sustenta a posição de que a análise da personalidade do agente só pode ser utilizada se em benefício do réu, não podendo incidir para majorar a pena-base. Em suas palavras:

[...]A doutrina e a jurisprudência não tem tratado essa questão com o cuidado que ela exige. Talvez a insuficiente compreensão da culpabilidade – enquanto juízo de reprovação, puramente normativo- por parte dos operadores do direito penal tenha levado a que, na prática, se limitem os juízes, quando da fixação da pena-base, a analisar, isoladamente, cada uma das circunstâncias pessoais-antecedentes, conduta social e personalidade referindo-se aos fatores conhecidos e, em razão deles, fixando a pena-base, deixando de, como deve ser, aprofundar o exame da culpabilidade, para encontrar seu grau. Talvez seja mesmo, mais fácil, para o juiz, fixar a pena, verificar dois ou mais três fatos antecedentes, uma notícia de mau comportamento social, ou lembrar-se da atitude agressiva do acusado no interrogatório, para encontrar o quantum da pena. Até porque analisar o grau de reprovação –e, principalmente, fundamentar a opção- exige maior atividade intelectual, principalmente na formulação das ideias em sua transposição para o papel. Essas dificuldades, todavia, não podem autorizar a inexistência de qualquer discussão a esse respeito, e tampouco impedir a busca de sua superação. (TELES,2006, p.366-367).

Este capítulo buscou apontar como a doutrina majoritária define o critério da personalidade do agente. Procurou-se evidenciar que, a rigor, a definição de personalidade do agente recai em concepções morais do julgador, seu valores e preconceitos.¹⁰ Deste modo, a utilização do critério da personalidade do agente é um atentado à diversos princípios constitucionais, como: laicidade, amoralidade, lesividade, dentre tantos outros. O referido critério flagra a utilização de um direito penal do autor em detrimento de um direito penal do fato, direito penal este que é pressuposto de um estado que se proclame democrático.

¹⁰ Cabe ressaltar que as definições pautadas em juízos morais e lugares comuns não são unicamente encontradas no critério da personalidade do agente. No próprio artigo 59 do CP temos diversos exemplos de julgamentos moralizantes e preconceituosos utilizados para definir e fundamentar outras circunstâncias judiciais.

5 TEORIAS DA PERSONALIDADE

Neste capítulo, far-se-á uma análise pontual de alguns conceitos oriundos do campo da psicologia. Os conceitos trabalhados são de grande valia para a discussão sobre a definição de personalidade. Não obstante, a dificuldade de adentrar, com profundidade nesta seara do conhecimento, considera-se importante fazer esta incursão, já que o direito- assim como qualquer área do conhecimento – necessita alçar-se a uma perspectiva transdisciplinar, para responder à problemas sociais e humanos. Deste modo, considera-se necessário que as abordagens teóricas e científicas busquem diálogos com outras campos do saber.

As disciplinas –da forma como estão organizadas no mundo moderno – frequentemente isolam-se e estabelecem fronteiras entre si, fronteiras que, na “vida real” inexistem.

Com o fito de aproximação das diversas áreas do conhecimento, alguns esforços têm sido feitos. Como exemplo pode-se destacar a Carta da Transdisciplinaridade, adotada no Primeiro Congresso da Transdisciplinaridade idade realizado em Portugal no ano de 1994.

A referida carta em seu artigo primeiro preconiza que “qualquer tentativa de reduzir o ser humano a uma mera definição e de dissolvê-lo nas estruturas formais, sejam elas quais forem, é incompatível com a visão transdisciplinar”.

Já, no artigo segunda a Carta afirma que “o reconhecimento da existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes é inerente à atitude transdisciplinar. Qualquer tentativa de reduzir a realidade a um único nível regido por uma única lógica não se situa no campo da transdisciplinaridade”.

Salo de Carvalho (2007, p. 100) também mostra a importância de uma perspectiva transdisciplinar, em suas palavras:

(...) La perspectiva transdisciplinar posibilita liberar los saberes de sus feudos, colocándose em diálogo aberto com diferentes campos de conocimiento (y com el arte), posibilitando el (re)conocimiento de otras verdades, la discusión de los valores contemporâneos y los limites de el/los saber(es). El desfase existente entre “a nova visão do mundo que emerge do estudo dos sistemas naturais e os valores que ainda predominam na filosofia, nas ciências do homem e na vida da sociedade moderna” torna fundamental la construcción de nuevos campos de saber que posibiliten una lectura diferenciada de los desafíos de la contemporaneidad. Por tanto, es innegable el rechazo de “qualquer sistema fechado de pensamento” y la urgencia de “ una procura verdadeiramente transdisciplinar, de uma troca dinâmica entre as ciências ‘exatas’ e as ciências ‘humanas’, a arte e a tradição.

Neste tópico, serão abordadas duas teorias do campo da psicologia, a saber, a Psicanálise e o Behaviorismo. A escolha destas correntes procura evidenciar o dissenso existente entre estas perspectivas teóricas. Ainda, buscar-se-á mostrar como o conceito de personalidade é amplo e complexo, sendo tratado de forma absolutamente diversa entre as correntes.

5.1 PSICANÁLISE EM FREUD

A psicanálise, dizia Freud mais lúcido, não serve pra ser feliz. Ela serve para passar de um sofrimento neurótico para uma infelicidade banal.

Sigmund Freud nasceu em 06 de maio de 1856 em Freiberg, atual Příbor (República Tcheca), com formação em medicina, passou a se dedicar ao estudo da psique humana. Para alguns autores como A. Tallaferro (1996), foi com o estudo da histeria que Freud deu os primeiros passos da teoria psicanalítica, derivando daí formulações importantes, como as duas tópicas que explicam a constituição do aparelho psíquico humano, o Complexo de Édipo, o super-ego, o ego e o id.

Em Násio (1995) a genialidade de Freud não se limitou ao desejo de conhecimento, de descobrir os segredos do inconsciente, mas, em emprestar seu próprio eu para este desejo e assim identificar a origem do sofrimento do outro.

A psicanálise, é entendida por alguns teóricos mais como uma ética do que como uma ciência. Para Nasio (1995. p.13) ela:

Não progride à maneira dos avanços científicos e sociais. Ocupa-se de coisas simples, sumamente simples, que são também intensas e complexas. Ocupa-se do amor e do ódio, do desejo e da lei, dos sofrimentos e do prazer, de nossos atos da fala, nossos sonhos e nossas fantasias.

Diante da complexidade das questões envolvidas, no presente estudo serão tratados de modo sucinto apenas os conceitos que fundamentam a estrutura da personalidade para a teoria psicanalítica. Assim, será feito um recorte em alguns conceitos fundamentais, sem a intenção de exaurir o tema.

5.1.1 Superego

A estrutura da personalidade, sob a ótica psicanalítica, se constitui a partir de três sistemas: *o id, o ego e o superego*.

Segundo Nasio (1995, p.20) “a origem desta instância soberana da personalidade” (supereu) se dá a partir do desaparecimento do complexo de Édipo, que acontece por volta dos cinco anos de idade. É nesta idade que a proibição (pelos pais) de realização do desejo incestuoso do filho é incorporada pelo próprio eu.

O superego é, segundo Nasio (1995, p.30) “um vestígio psíquico e duradouro da solução do principal conflito da cena edipiana”. O conflito se dá pois há uma oposição entre a lei¹¹ que interdita e a consumação do incesto. Nas palavras de Nasio (1995, p.30): “a lei não proíbe o desejo, não pode impedir a criança de desejar, mas proíbe exclusivamente a satisfação plena do desejo; numa palavra: a lei proíbe o gozo.” Esta proibição desencadearia uma série de exigências morais e de proibições que começam a se impor e constituem o superego.

A saída do Édipo, segundo Nasio (1995, p. 40) é marcada por três gestos fundamentais: “renunciar o gozo proibido, preservar o desejo a este mesmo gozo considerado inacessível, e salvar a integridade física e psíquica do perigo de estilhaçamento (na hipótese da criança ceder ao gozo do incesto)”.

É a partir daí que o superego se forma, levando a criança a se submeter à proibição parental de realizar seu desejo de incesto. Esta submissão à lei acaba sendo incorporada pela criança e é ela que chamamos de superego, ou seja é “a parte do eu que faz de maneira duradoura as vezes de lei interditora.” (NASIO, 1995, p.50).

Por isso Freud afirmou que o “superego é herdeiro do complexo de Édipo”, já que o superego nasce dessa submissão à lei e de sua incorporação pelo eu, uma vez que uma parte do eu se identifica com a figura parental que interdita. (NASIO, 1995).

Nasio (1995, p.50) afirma que a instância superegoica é carregada de afetos como amor, ódio e medo, sentidos pela criança quando acaba a fase do complexo de Édipo e “o ódio originário se coverterá, mais tarde, na severidade sádica do supereu, e a angustia do sentimento de culpa do eu”.

O papel do superego, segundo J.Laplanche e J.-B. Pontalis (1967, p.400), “é assimilável ao de um juiz ou de um censor relativo ao ego”. Esta instância, segundo

¹¹ A lei na psicanálise é entendida como a Lei (com letra maiúscula) que interdita o gozo. Esta lei é simbólica e é marcada pela falta. A Lei na psicanálise não se escreve, se inscreve e está na origem do sujeito. Para a psicanálise apenas uma Lei inscrita se torna eficaz.

Nasio (1995) tem três funções inconscientes: proibir, exortar e proteger. A referida instância acaba por ser o representante interno de determinados valores sociais e morais internalizados pelo eu.

Segundo os autores Calvin S. Hall, Gardner Linzzey e John B. Campbell (2000, p.55) as principais funções do superego são:

1) inibir os impulsos do id, especialmente aqueles de natureza sexual ou agressiva, uma vez que estes são impulsos cuja expressão é mais condenada pela sociedade; (2) persuadir o ego a substituir objetivos realistas por objetivos moralistas; (3) buscar a perfeição. Isto é o superego está inclinado a se opor tanto ao id quanto ao ego e a reformar o mundo segundo sua própria imagem. Entretanto, ele é como o id ao ser não-racional e como o ego ao tentar exercer controle sobre os instintos. Diferentemente do ego, o superego não se satisfaz ao adiar a gratificação instintiva; ele tenta bloqueá-la permanentemente.

5.1.2 Id

Para os autores para Calvin S. Hall, Gardner Linzzey e John B. Campbell (2000) o id (isso) é entendido como o sistema original da personalidade, sendo ele a base que origina o ego e o superego.

Segundo Elisabeth Roudinesco e Michel Plon (1998, p. 400) “o isso é concebido como um conjunto de conteúdos de natureza pulsional e de ordem inconsciente”.

O id é “considerado um reservatório pulsional desorganizado, assimilado a um verdadeiro caos, sede de “paixões indomadas” que, sem a intervenção do eu, seria um brinquedo de suas aspirações pulsionais e caminharia inelutavelmente para sua perdição.” (ROUDINESCO; PLON, 1998, p. 400).

A energia do id está ligada aos processos corporais que correspondem ao “mundo interno da experiência subjetiva”. Nas palavras de Elisabeth Roudinesco e Michel Plon (1998, p. 400):

O id não tolera aumentos de energia, que são experienciados como estados de tensão desconfortáveis. Consequentemente, quando o nível de tensão do organismo aumenta, como resultado ou de estimulação externa ou excitações internamente produzidas, o id funciona de maneira a descarregar a tensão imediatamente e a fazer o organismo voltar a um nível de energia confortavelmente constante e baixo. Esse princípio da redução da tensão pelo qual o id opera é chamado princípio de prazer.

A função do Id é de reduzir a tensão, aumentar o prazer e minimizar o desconforto, compreendendo estímulos somáticos que exigem do psiquismo uma satisfação imediata. Nasio (1995, p.75) entende que “no id, encontramos não só

representações inconscientes de coisas gravadas no psiquismo sob o impacto do desejo dos outros, mas também representações inatas, próprias da espécie humana, inscritas e transmitidas filogeneticamente.”

Elisabeth Roudinesco e Michel Plon (1998) explicam que o termo isso foi introduzido por Georg Groddeck em 1923 e conceituado por Freud no mesmo ano. Em seu ensaio *O eu e o isso*, quando o termo foi introduzido pela primeira vez, Freud reafirmou a definição de Groddeck sobre o isso como “uma vivência passiva do indivíduo, confrontado com forças desconhecidas e impossíveis de domar.”

Ainda, segundo os autores o “eu perdeu sua autonomia pulsional, tornando-se o isso a sede da pulsão de vida e da pulsão de morte” (ROUDINESCO; PLON, 1998, p. 400):

O foco de atenção da Psicanálise dirige-se à relação entre as energias oriundas do id e os impedimentos que o superego lhes impõe. A Psicanálise mostra que há uma vasta gama de desejos que são impedidos de chegar ao nível do ego, isto é, desejos cuja existência o “eu” sequer toma ciência devido à censura das barreiras morais internalizadas pela pessoa. O superego atua como protetor do ego, pois sem ele as pulsões tornariam insuportável a vida do indivíduo em sociedade. (ROUDINESCO, PLON, 1998, p. 400).

Desta maneira deve-se buscar meios de satisfazer o id, já que a insatisfação total nos levaria à loucura, porém em consonância com os limites impostos pelo superego, esta tentativa de conciliação –entre as distintas instâncias –não parece ser tarefa fácil, causando grande gasto de energia psíquica.

5.1.3 Ego

No primeiro momento o termo *eu* (ego) representou, para Freud, a “sede da consciência”. Porém, em 1920 o termo muda de *status* e é considerado, como uma instância psíquica, junto com outras duas, a saber, o superego e o id. O eu então, “tornou-se em grande parte inconsciente”. (ROUDINESCO, PLON, 1998, p. 400).

Segundo Hall, Lindzey e Campbello (2000) o surgimento do ego se dá pela necessidade de uma passagem do processo primário para o processo secundário, responsável por distinguir as percepções da mente e as circunstâncias do mundo externo. Nas palavras dos autores:

Dizemos que o ego obedece ao princípio da realidade e opera por meio do processo secundário. O objetivo do princípio da realidade é evitar a descarga de tensão até ser descoberto um objeto apropriado para a satisfação da necessidade. O princípio da realidade suspende temporariamente o princípio de prazer, mas o princípio de prazer é eventualmente atendido quando o

objeto necessário é encontrado e quando a tensão é então reduzida. O princípio da realidade pergunta se uma experiência é verdadeira ou falsa – isto é, se tem existência externa ou não – enquanto o princípio de prazer só quer saber se a experiência é dolorosa ou prazerosa.” (HALL; LINDZEY; CAMPBELLO, 2000, p.55);

Os referidos autores entendem o ego como “o executivo da personalidade, porque ele controla o acesso à ação, seleciona as características do ambiente às quais irá responder e decide que instintos serão satisfeitos e de que maneira”. (HALL; LINDZEY; CAMPBELLO, 2000, p.55).

O eu, que para Elisabeth Roudinesco e Michel Plon (1998, p. 410) “se inscreve na trama da análise do conflito psíquico”, já que precisa harmonizar as demandas, muitas vezes conflitantes do id e do superego. Essa atividade do ego não é simples e acarreta grande tensão ao ego.

Hall, Lindzey e Campbello (2000) ensinam que a parte organizada do id corresponde ao ego, que não existe separadamente do id e jamais consegue tornar-se completamente independente dele. Sua função primordial é de mediador entre as pulsões selvagens do id e as duras exigências do superego. Freud, segundo os autores afirmou, certa vez que o ego tem “três duros senhores”: o id, a realidade externa e o superego.

Para Elisabeth Roudinesco e Michel Plon (1998) o “eu tem um modo duplo de funcionamento: esforça-se por se livrar dos investimentos dos quais é objeto, procurando a satisfação, e tenta, por meio do processo que Freud denomina de inibição, evitar a repetição de experiências dolorosas. (ROUDINESCO, PLON, 1998, p. 400).

O eu, tende a equilibrar o superego e o id : “parte do eu, instancia de ordem moral, instala-se numa posição crítica diante da parte restante do eu”. Essa diferenciação, já esboçada no texto sobre narcisismo, constitui a primeira versão do que viria a ser o ideal do eu e, mais tarde, o superego. Elisabeth Roudinesco e Michel Plon. Sendo o “o eu é a parte do isso que foi modificada sob a influência direta do mundo externo” (ROUDINESCO, PLON, 1998, p. 410).

Sobre as identificações e a relação com o outro os autores Elisabeth Roudinesco e Michel Plon (1998) entendem que:

O eu é afetado, enfim, em sua própria constituição, pelo processo de identificação: em alguns casos, pode trazer a marca, traço único, de uma relação com um outro a identificação com esse traço pode levar transformação do eu segundo o “modelo” desse outro. Em psicologias das massas e análise do eu, são as identificações dos indivíduos em seu eu que,

comandados pela instalação de um único e mesmo objeto no ideal do eu de cada um, permitem a constituição de uma multidão organizada (ROUDINESCO, PLON, 1998, p. 410).

O eu é, antes de mais nada, para Freud, um “eu corporal por isso, é preciso apreende-lo como uma projeção mental da superfície do corpo.” (ROUDINESCO, PLON, 1998, p. 410)

5.2. CAPÍTULO B.F SKINNER E O BEHAVIORISMO RADICAL

Burrhus Frederic Skinner, nasceu na Pensilvânia, em 1904, e foi o precursor em muitos ramos da psicologia experimental e pioneiro de uma das grandes escolas teóricas da psicologia: o behaviorismo radical.

Formado em Inglês e Literatura, Skinner obteve pouco êxito em sua carreira literária, fato que o deixou desesperado por alguns anos, até que em 1928, decidiu ingressar na pós-graduação de Psicologia em Harvard. Embora nunca houvesse estudado psicologia, doutorou-se em três anos e desde cedo mostrou interesse por um aspecto mais científico da Psicologia. Influenciado por John B. Watson, psicólogo considerado fundador do behaviorismo, além de biólogos como Pavlov, Skinner se dedicou a encontrar intertextualidades em textos de filósofos ilustres como Bertrand Russel e Henri Poincaré, que segundo ele contribuíram para definição de sua posição comportamentalista.

Seu primeiro cargo de professor foi na Universidade de Minnesota, em 1936. Após quase uma década muito produtiva, Skinner já era reconhecido como um dos maiores psicólogos experimentais de seu tempo, tendo inclusive escrito um romance, *Walden Two*, que descrevia a evolução de uma sociedade experimental pautada em princípios psicológicos. Sua fama e prestígio lhe levaram de volta a Harvard, onde permaneceu até o final de sua carreira. Ganhou diversos prêmios e honras, incluindo o Distinguished Scientific Award da Associação Psicológica Americana. Sua publicação de maior relevância foi *The Behavior of Organisms*, de 1938, obra que teve grande impacto intelectual sobre sua geração. Skinner se diferenciava do psicólogo experimental comum por sua preocupação com o sujeito individual. Suas pesquisas quase sempre eram direcionadas a registros individuais, direção contrária da tendência experimentalista de estabelecer padrões grupais e generalizantes.

Skinner morreu aos 90 anos, pouco depois de receber o único prêmio *Outstanding Lifetime Contribution to Psychology* dado pela Associação Psicológica Americana.

Para os autores Hall, Lindzey e Campbell (2000, p. 393) “Skinner foi um comportamentalista ardente, convencido da importância do método objetivo, do rigor experimental, da capacidade de experimentação cuidadosa e da ciência indutiva para resolver os problemas comportamentais mais complexos”.

Diversas vezes a teoria de Skinner foi definida como uma teoria de estímulo-resposta, porém ele rejeitava esta definição. Primeiramente porque afirmava que “sua abordagem depende da conexão entre uma resposta e um evento reforçador subsequente.” Para Skinner não há qualquer estímulo que controle ou provoque comportamentos, “a marca registrada do condicionamento operante de Skinner é que o controle reside nas consequências do comportamento”. Segundo, Skinner rechaça a teoria formal, “em vez de definir a ciência em termos da busca de princípios explanatórios” sua preocupação é com o controle e a interpretação do comportamento, “meta considerada atingível”, já que o comportamento é possivelmente regido por leis. (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 393).

Hall, Lindzey e Campbell (2000) afirmam que em qualquer teoria psicológica há a “*suposição de que o comportamento é regido por leis*” porém, os autores enfatizam que este entendimento muitas vezes não é explicitado “e, muitas de suas implicações deixam de ser reconhecidas”. Desta maneira, os autores afirmam que Skinner, bem como Freud, “merece reconhecimento por sua constante ênfase no ordenamento do comportamento” e, talvez mais ainda, pelo fato de conseguir difundir sua teoria, já que ela se mostra acessível para grande parte da sociedade. Skinner era categórico ao afirmar que o “princípio do determinismo se aplica aos seres humanos” e questiona profundamente a concepção do homem com um ser livre e com “certas metas na vida”.

Desta maneira, “Skinner salientava continuamente que, se aceitarmos esse princípio, culpar ou responsabilizar alguém por determinadas ações tem pouco significado.” Nas palavras de Hall, Lindzey e Campbell (2000):

Um indivíduo comete crimes sérios, outro faz maravilhas a serviço da humanidade. Ambas as classes de comportamento resultam da interação de variáveis identificáveis que determinam completamente o comportamento. O comportamento de um indivíduo é inteiramente um produto do mundo objetivo e só pode ser compreendido em termos desse mundo. Em princípio, Skinner acreditava que, também na prática, as ações de um indivíduo podem ser consideradas regidas por leis da mesma forma que o movimento de uma bola

de bilhar quando recebe o impacto de uma outra bola. Quando levada até sua conclusão lógica, essa suposição revelou-se profundamente perturbadora para muitos leitores de Skinner. Por exemplo, assim como não culpamos nem elogiamos uma bola de bilhar pelas consequências de seu movimento, também não faz sentido, na perspectiva de Skinner, elogiar um indivíduo por ganhar um prêmio Nobel ou culpar o outro por se tornar um assassino serial. O comportamento é produto de forças que agem sobre o indivíduo, não de uma escolha pessoal. (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 394)

Ainda, Hall, Lindzey e Campbell (2000) são categóricos ao afirmar que “talvez nenhum outro teórico, salvo Freud, tenha introduzido uma suposição tão diferente da nossa maneira habitual de ver a nós mesmos.” (HALL, LINDZEY, CAMPBELL, 2000, p. 396).

Os referidos autores, mostram como as contribuições de Skinner podem resignificar a concepção de ser humano e mais ainda, indicam que ao acolhermos a teoria comportamental um novo paradigma judicial e político deverá ser revisto:

Aceitar ou rejeitar a suposição de Skinner de que o comportamento é regido por leis tem profundas consequências para regras de decisão legal e políticas governamentais relativas a cidadãos desfavorecidos, entre outros domínios, para não mencionar os julgamentos pessoais sobre o nosso próprio comportamento e o comportamento dos outros. (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 401).

Para Skinner, a personalidade seria entendida como um conjunto de padrões de comportamentos, porém, o autor não deu muito ênfase na conceituação de personalidade, já que para ele os comportamentos são variáveis, não existindo comportamentos permanentes. Se não há comportamento permanente a definição de personalidade fica prejudicada. Em suas palavras:

Personalidade, no sentido de um eu separado, não tem lugar numa análise científica do comportamento. Personalidade é definida por Skinner como uma coleção de padrões de comportamento. Situações diferentes evocam diferentes padrões de respostas. Cada resposta individual é baseada apenas em experiências prévias e história genética. Skinner argumenta que, se você basear sua definição do eu em comportamento observável, não é necessário discutir o eu ou a personalidade. O budismo também conclui que não há eu. A teoria budista também não acredita que haja entidade chamada “personalidade”; há uma superposição de comportamentos e sensações, sendo que nenhum deles é permanente. Skinner e os budistas desenvolveram suas ideias com base no pressuposto de que não há ego, eu ou personalidade, exceto se os caracterizarmos como uma coleção de comportamentos. Ambas as teorias chegam a enfatizar que uma compreensão adequada das causas do comportamento evita confusão e mal-entendidos. As teorias divergem em suas explicações das causas, pois a análise de Skinner não se refere a aspectos éticos motivacionais, aspectos que são importantes no budismo; permanece enfocada no comportamento em si mesmo no decorrer de sua apresentação. (FADIMAN; JAMES, 1939, p. 193).

Parece ser este também o entendimento dos autores Hall, Lindzey e Campbell (2000) ao afirmam que de todos os teóricos da personalidade, Skinner foi o que mostrou “maior indiferença pelas variáveis estruturais”. Para eles, Skinner trabalhou principalmente o comportamento modificável e por isso mesmo, não se interessava muito por características comportamentais supostamente permanentes. Esta posição é explicada pelo destaque que Skinner deu ao controle do comportamento. Para ele a “predição e a explicação podem ser atingidas conhecendo-se os aspectos permanentes e os modificáveis da personalidade”, porém o controle só se capta pela modificação, desta maneira o controle importa que o ambiente possa ser diversificado, produzindo diferentes formas de comportamento. Porém, cabe ressaltar que Skinner não afirmou que todos os fatores responsáveis pela determinação do comportamento se encontram no ambiente. Nas palavras de Hall, Lindzey e Campbell:

Em primeiro lugar, ele argumentou que a sensibilidade de um organismo ao próprio reforço tem uma base genética, tendo evoluído devido às vantagens de sobrevivência de ser capaz de conhecer eventos importantes no ambiente. Segundo, Skinner afirmou que, em qualquer espécie ou indivíduo, alguns comportamentos podem ser mais facilmente condicionados do que outros. Ele também reconheceu que alguns comportamentos podem ter uma base inteiramente genética, de modo que a experiência não tem nenhum efeito sobre eles. Skinner via um paralelo entre as bases hereditárias e as bases ambientais do comportamento. Ele sugeriu que o processo de evolução molda os comportamentos inatos de uma espécie, exatamente como os comportamentos aprendidos do organismo são moldados pelo ambiente. No entanto, as explicações genéticas do comportamento devem ser vistas com cautela, tanto porque os fatores evolutivos que determinam a forma de um comportamento inato não são observáveis, como porque muitos comportamentos considerados inatos poderiam na verdade ter sido moldados pela experiência. (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 399).

Com isso, procura-se mostrar que Skinner não atestou que o comportamento é exclusivamente resultado do ambiente. Ele não evidenciou a “importância prática da variabilidade biológica, porque, em uma ciência puramente comportamental, essa variabilidade não pode facilmente ser colocada sob controle comportamental”. (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 300).

No entanto, retomando ao desenvolvimento da personalidade Skinner trabalhou principalmente a mudança comportamental. Desta maneira “ele acreditava que o entendimento da personalidade viria de um exame de desenvolvimento comportamental do organismo humano em contínua interação com o ambiente.” (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 300).

Ainda, com relação à personalidade Hall, Lindzey e Campbell (2000 p.398) são categóricos ao afirmar:

Embora a “personalidade” possa ser uma “substituta’ de experiências passadas, também seria útil demonstrar que os indivíduos que diferem em dimensões a priori subseqüentes podem apresentar reações diferentes a circunstâncias específicas. A tecnologia de Skinner é extremamente eficiente, e pessoas sensatas podem não concordar sobre o status causal de causas próximas e distantes, mas não está nem um pouco claro se as características de personalidade são irrelevantes na predição e no controle do comportamento.

Skinner, ainda que evitasse conceitos estruturais, “mostrava um leve desagrado pelos conceitos dinâmicos ou motivacionais”. O conceito de motivação, então é explicado pelo reconhecimento de que nem sempre a pessoa age da mesma maneira em situações análogas. Já que o “comportamento tende a ser altamente variável em algumas situações, supomos que uma força interna explique essa variabilidade.” Nas palavras de Hall, Lindzey e Campbell (2000):

Vemos, por exemplo, que uma criança nem sempre come o alimentos que lhe é apresentado e, portanto, dizemos que seu comer depende não só da presença do alimento, mas também de variações no grau de fome. Por outro lado, descobrimos que o reflexo patelar é provocado com aproximadamente o mesmo vigor sempre que o joelho recebe uma pancadinha. Assim, não sentimos nenhuma necessidade de postular uma pulsão patelar variável porque não existe nenhuma variabilidade inexplicada no vigor ou na frequência do reflexo. (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 399).

Diferente de outros teóricos do reforço, Skinner não enquadrava na classe de estímulos os impulsos:

Existem outros termos que podem ser tratados como impulsos porque são utilizados para ligar um grupo de variáveis independentes a um grupo de variáveis dependentes. Esses termos pertencem à área da *emoção*. Skinner não fez nenhuma distinção real entre impulsões e emoções, e usava os dois termos justificando seu uso da mesma maneira. Considerem o exemplo de uma pessoa zangada. Não sabemos que uma pessoa está zangada por termos tido acesso à sua mente ou porque observamos que certas glândulas estão secretando certas substâncias. Em vez disso, notamos que esta pessoa apresenta determinadas características comportamentais. Ela adota uma expressão sombria, fala laconicamente, tende a um comportamento agressivo e assim por diante. Da mesma forma, sabemos que uma pessoa está com medo porque gagueja, assusta-se facilmente está tensa e apresenta várias respostas aversivas. Esse comportamento pode ser observado quando vemos um aluno esperando do lado de fora do gabinete de um professor após um mau desempenho em uma prova. Nos notamos os aspectos do comportamento do aluno e, depois, por causa da nossa observação de algum outro comportamento associado ou porque sabemos a nota que o aluno tirou na prova, julgamos que ele está com medo. Ele pode estar gaguejando devido a um defeito inerente em seu aparelho vocal. Mas julgamos que ele está com medo por causa das variáveis independentes (condições ambientais) e dependentes (respostas) específicas às quais a gagueira está associada. (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 399).

Um elemento muito importante em Skinner é o conceito de reforço: “reforçar um comportamento é simplesmente executar uma manipulação que muda a

probabilidade de ocorrência daquele comportamento no futuro.” Em suma, reforço “é qualquer estímulo que aumenta a probabilidade de uma resposta.” (FADIMAN; JAMES, 1939, p. 195).

Há reforços negativos e positivos. Reforço positivo acarreta em um “comportamento ou resposta desejado, é um estímulo que incentiva o comportamento desejado”, diferentemente é o reforço negativo: “ele reduz ou elimina uma resposta.” Desta maneira, reforços negativos e/ou positivos regulam e controlam comportamentos. Skinner estudou, inicialmente, os animais e percebeu que os reforços que usava e as necessidades dos animais eram diretas. Para Skinner os reforços em situações abstratas e complexas são mais difíceis de perceber. Para ele, “reforços primários são recompensas físicas diretas” ao passo que os reforços secundários “são estímulos neutros que se associaram a reforços primários” atuando como recompensas. O dinheiro, para Skinner é um dos reforços mais usados em nossa cultura:

A eficiência do dinheiro como reforço secundário não se limita aos seres humanos. Chimpanzés aprenderam a trabalhar a fim de receber fichas que podiam “gastar” em vendedoras automáticas que distribuíam bananas e outras recompensas. Quando o acesso às vendedoras lhe era vedado por um certo tempo, continuavam a trabalhar, acumulando suas fichas até que a máquina pudesse ser novamente utilizada. (FADIMAN; JAMES, 1939, p. 195).

Diversas vezes a teoria de Skinner foi considerada como uma *teoria do reforço operante*. Embora a definição de reforço seja um conceito chave para a teoria de Skinner, o teórico recachava esta definição reducionista. (HALL; LINDZEY; CAMPBELL, 2000, p. 401).

Para Fadiman e James (1939), B. F. Skinner Freud e Skinner –teóricos duramente criticados e também ovacionados- modificaram- cada um à sua maneira-o paradigma vigente da psicologia de suas épocas. Nas palavras dos autores:

Freud escreveu que seus caluniadores revelavam, pela natureza emocional de suas críticas, as mesmas facetas da teoria psicanalítica cuja existência negavam de forma tão vigorosa. Do mesmo modo, os críticos de Skinner, a seu ver, revelam os modos de pensamento não-científicos e inexatos que seu trabalho tenta superar. Ambos tem sido ardorosamente criticados e aclamados; ambos foram responsáveis pelo desenvolvimento de visões alternativas da natureza contemporânea (FADIMAN; JAMES, 1939, p. 200).

Skinner denomina de ficções explanatórias os termos que os não-behavioristas usam para descrever o comportamento. O teórico mostra a falácia de conceitos vagos e imprecisos:

Skinner descreve-os como conceitos usados pelas pessoas que não entendem o comportamento envolvido ou desconhecem os reforços que precedem ou sucedem o comportamento. Alguns exemplos de ficções explanatórias são homem autônomo, liberdade, dignidade e criatividade. Usar qualquer destes termos, como se eles explicassem tudo constitui o prejuízo para todos os envolvidos. Skinner crê que são os tipos de explicações mais perigosos simplesmente por que tem aparência enganadora de serem satisfatórios e, no entanto, tendem a retardar a investigação daquelas variáveis objetivas que podem produzir o genuíno controle comportamental (FADIMAN; JAMES, 1939, p. 195).

6 PERSONALIDADE DO AGENTE E O ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Em nossa sociedade, qualquer homem que não chore no funeral de sua mãe, corre o risco de ser sentenciado à morte. Camus

Dentre as muitas escolas que compreendem a ciência da psicologia, quase todas carregam consigo uma explicação própria da formação da personalidade. Com o fito de sustentar que este debate está longe do seu esgotamento e que há muitas divergências teóricas, no capítulo anterior procurou-se mostrar duas teorias da personalidade e com isso explicar a variedade e a falta de consenso entre os ramos da psicologia que versam sobre a constituição e/ou formação da personalidade.

O objetivo deste capítulo é mostrar as contradições encontradas entre o artigo 59 do Código Penal e o artigo 149 do Código de Processo Penal, bem como explicar a inaptidão dos magistrados (e qualquer outra pessoa, leiga ou não) em definir o que é a *personalidade*. Não obstante, far-se-á uma exposição dos limites constitucionais referentes ao direito penal do autor, e ainda, mostrar que a subjetividade do magistrado esta, invariavelmente, presente nas decisões.

Não é objeto de estudo deste trabalho a discussão aprofundada de questões que envolvem o complexo campo da Medida de Segurança. Porém, parece importante mostrar a contradição existente no Código de Processo Penal e no Código Penal, mais precisamente no art.149 do CPP e no art. 59 do CP.

O nosso Código de Processo Penal, em seu artigo 149 preconiza que quando houver dúvida a respeito do discernimento mental do acusado, o juiz, de ofício ou a requerimento submeterá o acusado ao exame médico-legal:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento. (BRASIL, 1941)

O art. 149 prevê a vinculação da decisão do juiz ao laudo pericial, entendendo que o juiz não tem aptidão técnica para definir a “insanidade mental” do acusado. Já no art. 59 do CP o legislador parece não encontrar óbice na apreciação, pelo juiz, da

personalidade do agente. Desta maneira, o legislador delegou ao juiz, a análise da personalidade do agente, dentre outros critérios:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1941).

Decorre da norma legal (art. 149 do CPP) a obrigatoriedade de os juízes se vincularem ao laudo clínico emitido por um profissional da área da psiquiátrica, para embasarem a decisão de inimputabilidade do agente e submetê-lo à Medida de Segurança¹². Por essa via podemos perceber uma tendência a internalização do discurso médico-psiquiátrico, por parte dos operadores do direito, principalmente em relação à aferição de inimputabilidade, já que de forma taxativa a art. 149 do Código de Processo Penal vincula a decisão do juiz ao laudo emitido por médico-psiquiatra.¹³

O que o referido artigo traduz é o entendimento de que o juiz não tem conhecimento técnico-científico para avaliar a capacidade do agente. Desta maneira, “para auferir juízo de imputabilidade¹⁴ ou inimputabilidade, visto limitar-se à matéria estritamente jurídica, deve recorrer necessariamente ao saber psiquiátrico”. O juiz, então, precisa basear-se no laudo psiquiátrico para definir se o agente é imputável (e por isso culpável e apto para ser réu no processo) ou inimputável (e desta maneira considerado perigoso¹⁵ e sujeito à Medida de Segurança). O supracitado dispositivo

¹² “[...] uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado” (NUCCI, 2008, p. 368).

¹³ A inimputabilidade é uma das causas de exclusão de culpabilidade. O delito é excluído, embora o injusto penal (fato típico e ilícito) continue a existir, dada a falta de um dos requisitos da culpabilidade, que seja a imputabilidade.” (BRASIL; WEIGERT, 2007, p. 596).

¹⁴ “Capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação, composta da capacidade de compreender a antijuridicidade da conduta e da de adequá-la de acordo com essa compreensão.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.623).

¹⁵ “A desvinculação dos critérios da culpabilidade na imposição de censura penal aos inimputáveis os deixa, como legado a ambígua e arbitraria marca da periculosidade, na base deste pesado estigma, tais indivíduos passam a ser alvo de um sistema de interferência punitiva por tempo indeterminado. A ausência de limites máximos na imposição de Medidas de Segurança é o fruto mais nefasto e

legal entende limitada a capacidade do magistrado de inquirir sobre a (in)imputabilidade do agente e “delega aos peritos das áreas “psi” a comprovação da (in)imputabilidade do réu/condenado, visto sua capacidade de enxergar aquilo que o olhar jurídico não pode alcançar.” (WEIGERT, 2007, 598).

Mariana de Assis Brasil e Weigert (2007, p.598) mostra bem esta contradição existente entre a análise da periculosidade e da personalidade do agente:

Interessante notar que tais inaptidões do magistrado não são referidas no concernente à aplicação da pena. Pelo contrário, o art. 59 do Código Penal impõe como um dos requisitos a serem considerados para a aplicação da pena a personalidade do acusado, *devendo esta ser analisada pelo juiz*. Sabe-se que a sanidade mental e personalidade do acusado são categorias distintas, estando, inclusive dispostas em diferentes codificações (Direito Processual e Direito Penal). Contudo, determinar a personalidade de uma pessoa é tarefa tão delicada e complexa quanto dissertar acerca de sua capacidade mental, o que significa dizer que é paradoxal o fato de na aplicação da pena o juiz se considerar competente para avaliar a personalidade e no incidente de insanidade mental seu saber ficar restringido e dependente da perícia psiquiátrica.”

Este trecho deixa clara a incoerência do legislador ao prever o laudo psiquiátrico para constatação da (in)imputabilidade do agente e ao mesmo tempo não vincular o legislador na etapa da dosimetria da pena a qualquer laudo, dando grande discricionariedade ao juiz na definição de personalidade.

Retornando à discussão do laudo psiquiátrico, encontramos diversas críticas ao casamento entre a psiquiatria e o direito. Nas palavras de Mariana de Assis Brasil e Weigert (2007) a utilização, pelo direito, da medicina psiquiátrica carece de verificabilidade científica:

Como tem sido apontado, o parecer psiquiátrico, em face de sua natureza , é de difícil verificação empírica, visto ser realizado por área do saber científico diversa da jurídica. Neste sentido, Foucault enfatiza que “ *no ponto em que se encontram o tribunal e o cientista, onde se cruzam a instituição judiciária e o saber médico ou científico em geral, neste ponto são formulados enunciados que possuem o estatuto de discursos verdadeiros , que detêm efeitos judiciais consideráveis e que têm, no entanto, a curiosa propriedade de ser alheios a todas as regras, mesmo as mais elementares, de formação de um discurso científico; de ser alheios também às regras do direito (...)*”. O juiz e as partes, portanto, dificilmente terão condições de avaliar e contraditar o parecer médico, senão pela apresentação de contraperícia, ou seja, as possibilidades de refutação estão vinculadas igualmente ao discurso psiquiátrico, radizando na densificação deste entrelaçamento entre direito e psiquiatria as formas de efetivação mínimas das garantias constitucionais previstas no sistema acusatório. (WEIGERT 2007, 598).

característico na solidificação da periculosidade como critério de controle social no sistema punitivo brasileiro.” (SOUTO, 2007, p. 584).

Na realidade, tanto a questão da periculosidade quanto a questão da personalidade (objeto deste trabalho) são dificultosas de se comprovar cientificamente. A periculosidade (assim como a definição de personalidade) só pode ser entendida sob a ótica de uma teoria. É neste sentido que Salo de Carvalho (2004, p.100) afirma que a “a personalidade é definida pelos conceitos empíricos específicos que fazem parte da teoria da personalidade empregada pelo observador.”

Em relação à periculosidade este também parece ser o entendimento de Ronya Soares de Brito e Souto (2007):

Com a incorporação do aparato ideológico do positivismo punitivo, a criminalidade passa a ser encarada como fenômeno natural de origem bio-psico-social—em que o delinqüente, fatalmente marcado pelo causalismo determinista fica à mercê dos vagos critérios de definição da periculosidade definidos na intencionada junção entre Direito e Psiquiatria (o art.175, da Lei de Execução Penal é paradigmático, na demonstração desta vinculação).¹⁶ (SOUTO, 2007, p.584).

Neste sentido Zaffaroni e Pierangeli (2007) atestam que uma grande parcela da doutrina enquadra os psicopatas na definição do art. 26 do CP, mas, alertam que nem a própria psiquiatria consegue encontrar:

Critério seguro e esclarecedor, de modo que, com freqüência, se tem a sensação de que psicopata é aquele que não se adapta às regras predominantes na sociedade. Se assim é, praticamente toda e qualquer pessoa pode ser etiquetada como psicopata, pois psicólogos bastante destacados tem assimilado que todos nós temos conduta psicopáticas ou mais ou menos psicopáticas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 635).

Ronya Soares de Brito e Souto (2007) é taxativa ao afirmar que não é necessário profundo conhecimento em Medicina para se reconhecer “que nada há de cunho medicinal na averiguação de continuação ou cessação de periculosidade do sujeito, nos moldes requeridos pelo Direito”. Esta busca pela *medida da periculosidade* do sujeito acaba assumindo “conotação normativa, moralista e estigmatizante do discurso político criminal de defesa social”. A autora ainda alerta:

¹⁶**ART. 175 LEP: A CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE SERÁ AVERIGUADA NO FIM DO PRAZO MÍNIMO DE DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA, PELO EXAME DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE, OBSERVANDO-SE O SEGUINTE:**

I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida; **II** - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;**III** - juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um;**IV** - o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;**V** - o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;**VI** - ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.

Pressuposto e medidor da qualidade (pena/ medida de segurança) e quantidade (só se liberta o indivíduo com a cessação da periculosidade) da sanção penal, o critério da periculosidade criminal/social, jamais conseguiu romper os entraves acarretados pela vagueza conceitual e instrumental que o caracterizam. É válido lembrar, aqui, a crítica empenhada por Zaffaroni aos critérios perigosistas de definição da intervenção penal ao denominá-los “perigosometro” e afirmar que *una de las pretenciones más ambiciosas de esta criminología etiológica individual equívoca fue la de hacer realidad el viejo sueño positivista: medir la peligrosidad.* (SOUTO, 2007, p.584).

Propõe-se uma analogia entre a análise da periculosidade e o critério da personalidade do agente, a fim de demonstrar que apesar de corresponderem a conceitos diferentes, as duas dimensões (periculosidade e personalidade), mais do que se situarem em outro ramo do saber, carecem de verificabilidade científica.

Interessante pontuar o entendimento de Salo de Carvalho acerca da análise da periculosidade e sua relação com a Escola Positivista. Em suas palavras:

Ainda que não seja o caso, não se pode invocar eventual "periculosidade". Isto porque, o ápice disto encontra-se na reincidência (CP, arts. 63-64) que serve para, de mãos dadas com a análise da personalidade do agente, fixar a pena necessária para sua recuperação, com franca influência da 'Escola Positiva' (Lombroso e Garofalo), e fundamentada na periculosidade, violando escancaradamente o princípio do 'nos bis in idem' e da intangibilidade da coisa julgada. (CARVALHO, 2001, p. 55).

Salo de Carvalho, ainda, afirma que “o critério personalidade, presente no corpo do art. 59 do CP, não obstante ser, dado a sua natureza, controverso, não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidades de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes.” Ainda, o autor explana:

Percebem que, embora a diversidade no uso comum da palavra personalidade possa parecer considerável, ela é superada pela variedade de significados atribuídos pelos psicólogos... Estamos convencidos de que nenhuma definição substantiva de personalidade pode ser generalizada. Com isso, queremos dizer que a maneira pela qual determinadas pessoas definem personalidade dependerá pessoalmente de sua preferência teórica. (CARVALHO, 2001, p.46).

Alexandre Morais da Rosa (2015) também aponta a dificuldade de se comprovar- de forma científica- um determinado tipo de personalidade e ainda mostra a carga ideológica que este critério carrega:

Destaque-se que Rauter promoveu metucioso estudo sobre os ‘diagnósticos psicológicos’, destacando seu acolhimento acrítico e a função de ‘mecanismo de desencargo do julgador’ a serviço da dominação, constituindo o laudo psicológico, assim, uma ‘roupagem científica’ que esconde o seu papel ‘político-ideológico’, com efeitos diretos no futuro do indivíduo, principalmente no momento da Execução Penal. Além disso, por se tratar de procedimento normalmente reconhecido como científico, aceita-se sem muita discussão que ele cumpra realmente o que a Justiça espera dele: fornecer uma espécie de retrato fiel daquilo que se passa no interior do indivíduo, seus desejos, tendências, os motivos que o levaram ao ato criminoso e, ainda mais, uma

previsão sobre as possibilidades de vir a reincidir no erro. De posse desta espécie de 'radiografia' (ou exercício de futurologia...), a Justiça poderia enfim ter o respaldo seguro de uma ciência. —Por outro lado, nesse vazio de sentido, a ser preenchido pelo um-juiz, há espaço para que no olhar do 'outro' se julgue a si próprio. Enfim, prepondera muitas vezes o 'inimigo secreto e íntimo', do conto de Abreu, adjetivando a 'personalidade' do outro-eu, cabendo a indagação de Bueno de Carvalho: "Assim, quantas e quantas vezes, por não se conhecer, o julgador pune, inconscientemente, os outros, quando, em verdade, está cuidando de abafar sua própria e mal resolvida angústia. (MORAIS DA ROSA, 2015, p. 100)

É interessante notar como algumas correntes da psicologia, (como a psicanálise) não definem a personalidade (pelo menos em moldes herméticos de catálogos), isso nos mostra a tamanha complexidade que envolve este campo do saber. Porém, é imperioso pontuar que os reducionismos e simplismos ocorrem justamente quando não se estuda a fundo determinado conceito/teoria. Assim é que esta busca por uma definição de personalidade, acaba, recaindo em julgamentos morais feitos pelo juiz. Desta maneira, são utilizados jargões morais jurídicos, pretensamente para fundamentar- de forma falaciosa - a decisão e agravar a pena. O magistrado, acaba tendo como parâmetro um determinado modelo de família, conduta e sociedade considerado médio, "ou melhor, da classe média à qual o magistrado acredita — ilusoriamente — ter sido incluído ao passar no concurso. Tudo que fugir daquilo que o homem médio, não se sabendo exatamente o que isso significa, serve para majorar a sanção." (MORAIS DA ROSA, 2015, p. 100)

Ainda, Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 100), reafirma que o critério da personalidade é campo vasto para juízos eminentemente morais:

A subjetividade, conforme Francisco Bissoli Filho, permite que o julgador escolha o que entende ser reprovável ou não, dentro de um modo de vida que o criminalizado desenvolve. É lugar propício para o florescimento das *everyday theories*, porque o senso comum é que vai guiar a atuação do magistrado, separando o "bom" do "mau" cidadão. A subjetividade acaba ofendendo o pluralismo e a tolerância, princípios essenciais para um Estado Democrático. Além de impor ao juiz uma árdua tarefa de fundamentar a decisão (art. 93, IX CF) sem cair na culpabilidade classista-racista de autor.

Alguns doutrinadores entendem que o juiz não possui capacidade técnica para definir a personalidade do agente, porém não trabalham a questão da comprovação científica, nem dos julgamentos morais.

Neste sentido parece ser o entendimento de Ney Moura Teles (2006), como já mencionado anteriormente, em suas palavras:

A personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências- da psicologia, psiquiatria, antropologia- e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que

determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”. Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc.), é que talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá levá-la em consideração no momento da fixação da pena-base. Merece ser frisado, ainda, que a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado direito penal do fato, pois prioriza a análise das características penais do seu autor. (TELES, 2006, p.300).

O autor aponta a incapacidade do magistrado em determinar a personalidade do réu, porém é interessante perceber que nas últimas linhas o autor traz a discussão para além da inaptidão técnica do juiz, ao afirmar que a análise da personalidade, mais que inapta ao juiz, afronta o direito penal do fato.

Também neste sentido Carmen Silvia Moraes de Barros (2001) entende inadmissível a culpabilidade do autor, estando esta em dissonância com os princípios da legalidade e da reserva legal:

A culpabilidade do autor foi rechaçada pela adoção dos princípios da legalidade e da reserva legal¹⁷. Se ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, ninguém será obrigado a ter moral ilibada, conduta sem vícios ou personalidade irrepreensível. Tampouco é admissível julgamento moral, já que todas as condutas penalmente puníveis estão previstas na lei. (BARROS, 2001, p. 126).

Uma teoria jurídico-penal garantista e democrática não pode basear a condenação do réu por suas características e/ou estados pessoais. Qualquer intenção de condenar o réu por sua individualidade é o mais claro desrespeito aos preceitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito. A pena aplicada é repressão pelo fato cometido (direito penal do fato) e não pela pessoa que o cometeu (direito penal do autor). (SOUTO, 2007).

¹⁷ “Nossa legislação penal é dominada pelo princípio que aparece inscrito no art. 1º de nosso Código: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal. Essa regra básica denomina-se *princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal*, e representa importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais. [...] O princípio da legalidade é hoje universalmente reconhecido com seu sentido básico de garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado, determinado com segurança a esfera da ilicitude penal. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XI, 2) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XXV) o consagram, o mesmo ocorrendo com a Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, de 1950 (art. 7º, I, 1), que é direito positivo em numerosos países. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Cujo texto foi aprovado em São José da Costa Rica em 22.11.1969, e à qual o Brasil aderiu através da Carta de Adesão de 25.09.1992, vindo a ser incorporada ao direito interno brasileiro pelo decreto 678, de 06.11.1992, também prevê, em seu art. 9º, o princípio da legalidade.” (Fragoso, 2006, p.107).

Em se tratando de culpabilidade, Zaffaroni e Pierangeli (2007, p.199) também mostram suas contribuições:

A personalidade do agente cumpre uma dupla função: com relação à culpabilidade, serve para indicar – como elemento indispensável – o âmbito da auto- determinação do agente. Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade do autor¹⁸. A maior ou menor ‘adequação’ da conduta ao autor, ou ‘correspondência’ com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servir para não baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente.”

Para os referidos autores há flagrante confusão entre ética e moral:

[...]que a reprovação da conduta de vida é a reprovação de condutas anteriores atípicas, que o juiz considera contrárias à ética (quando na realidade podem ser contrárias apenas a seus próprios valores subjetivos). A *culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva* e entender a culpabilidade em função de um *actio immoral in causa*. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2007, p. 500).

Os autores Zaffaroni e Pierangeli (2007) trazem Aristóteles para a discussão e mostram que ele definia a personalidade virtuosa/viciosa e sua relação com a liberdade. Para os referidos autores o conceito aristotélico foi incorporado pelo direito. Ocorre que, direito é distinto de moral, para tanto não podendo alicerçar-se em preceitos de uma teoria moral.

Por fim, os autores exemplificam o que seria a reprovação pela “conduta de vida”:

[...]o sujeito de maus hábitos os terá adquirido por freqüentar tabernas e prostíbulos; esta conduta é claramente atípica, mas quando a ele se reprova sua” conduta de vida”, que desemboca num homicídio, estaremos reprovando sua conduta anterior de freqüentar tabernas e prostíbulos, Isto é, a reprovação da conduta de vida é a reprovação de condutas anteriores atípicas, que o juiz considera contrária à ética quando, na realidade podem ser contrárias apenas a seus próprios valores subjetivos. A culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva e estender a culpabilidade em função de uma **actio immoral in causa**, o qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo; pouco conceitos podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 600)

Zaffaroni e Pierangeli (2007) entendem que é a culpabilidade de fato que deve ser recepcionada pelo Direito Penal:

¹⁸ “Hoje, de certa forma, existe um novo direito penal do autor, como consubstanciado no direito penal do risco, que, como alertam, entre outros Zaffaroni e Nilo Batista, “antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento [...] esta orientação culmina com o retorno à presunção de dolo, através da chamada normatização que prescinde da vontade real.” (PASCHOAL, 2014, p.15-16).

Todas as pessoas são penalmente iguais, enquanto apenas aquilo que fazem e não aquilo que são deve ser pela lei previsto e pelo juiz valorado e punido, da mesma forma como seria com qualquer outro imputado [...] são admissíveis apenas normas que proibem e previnam fatos, e não normas que proibam ou desmoralizem identidades, apenas juízos que acertem a prova de uma ação e não valorações sobre a personalidade do réu; apenas tratamentos punitivos relacionados ao fato previsto como delito e resolvido mediante provas, e não tratamentos individualizados e modelados sobre a personalidade do imputado ou recluso. Em outras palavras, segundo a terminologia usual da filosofia analítica, apenas são admitidas normas regulativas de comportamentos e não normas imediatamente constitutivas de efeitos penais.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 610).

Alexandre de Moraes da Rosa (2004) entende que o artigo 59, do Código Penal, precisa ser analisado com bastante cautela:

Assim é que as 'circunstâncias judiciais' previstas no artigo 59 do Código Penal, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as circunstâncias e consequências do crime, precisam ser analisadas mais detidamente, uma vez que a 'pletora de significantes' é utilizada de maneira anti-garantista, desprezando-se o processo de secularização da sociedade contemporânea. De sorte que o julgamento, bom se lembrar, é da conduta e não da pessoa do acusado que, todavia, na fase de aplicação da pena é esquecido em nome da 'Defesa Social'. (ROSA, 2004, p. 348).

Ainda, Alexandre Moraes da Rosa (2004) afirma a inconstitucionalidade do direito penal do autor (o qual tem resquícios no artigo 59 do Código Penal):

Na aplicação da pena considerando o disposto no art. 59 do Código Penal, cabe dizer que somente as circunstâncias e consequências podem ser consideradas. No vasto campo de redefinições semânticas propiciado pelo Código Penal, encontra-se solo fértil para a garantia dos postulados do Estado Democrático de Direito, barrando-se, por assim dizer, as possibilidades de julgamento do acusado, mas sim de sua conduta, deixando-se de conjecturar sobre a subjetividade dele, por absoluta inconstitucionalidade, utilizando-se a matriz 'garantista' de Luigi Ferrajoli. (ROSA, 2004, p. 348).

Moraes da Rosa (2004) mostra, ainda, como está impregnado de julgamentos morais, as análises da personalidade do réu, feitas pelos magistrados:

Sobre a 'personalidade' do agente, os julgamentos moralizantes desfilam com todo o vigor. Auto-arvorando-se em censores de toda-a-ordem-moral, a maioria dos magistrados adjetivam muito mais do que democraticamente poderia se esperar. Julgam, enfim, o 'pária' com um desdém demoníaco, em nome da 'segurança jurídica' e do 'bem', obviamente. Apesar de assim procederem, suas pseudoconstatações são o mais puro exercício de imaginação, quiçá um auto-julgamento, projetando no 'outro' seu 'inimigo interno' (Abreu), sem, ademais, qualquer hipótese comprovada, refutável em contraditório, mas tão-somente impressões pessoais, lugares-comuns, incontroláveis, fascistas. (ROSA, 2004, p. 348).

Apesar de todas circunstâncias judiciais carecerem de uma análise cautelosa, este trabalho se limitou à circunstância judicial “personalidade do agente”, por entender que esta circunstância não deve ser usada pelo juiz na dosimetria da pena,

já que acaba, a rigor, caindo em julgamentos morais e atentando ao princípio da secularização.

Neste sentido, Luana Paschoal (2014, p.15):

Pode-se afirmar, com Luigi Ferrajoli, que a história das punições foi, de fato, mais vergonhosa que toda história dos próprios delitos. A punição e a ojeriza ao delinqüente e aos delitos perpetrados, muitas vezes, guardam algo de irracional e inconsciente, e inclusive, até por razões mesmos inconfessáveis, também ostentam em si um misto de excitação e prazer por parte dos demais membros da comunidade que assistem ao horror do espetáculo punitivo.

Luana Paschoal (2014) afirma que a discricionariedade do juiz, bem como a sua irracionalidade é um fator que não poderá ser eliminado do processo de determinação da medida da pena, já que inerente à conduta humana.

Mariana de Assis Brasil e Weigert (2007, p. 598) questiona:

Quem está em condições de avaliar o avaliador? Como controlar as derivas ligadas às miragens dessa ideologia da perícia generalizada que assaltou as sociedades democráticas e que pretende, em nome da segurança das populações, controlar o incontrolável?

Neste sentido, ainda, Morais da Rosa (2004, p. 100) mostra o *caráter humano* da magistratura:

Quantas e quantas vezes o um-juiz procura se condenar no outro? Não se sabe. A proposta do trabalho encontra o juiz humano, portador de subjetividade e convida: Necessário que a magistratura se sensibilize que não é uma carreira imune às intempéries inerentes aos humanos, e que por isso, que abra este espaço de compartilhamento de misérias e de êxitos, e acolha seu material humano, de forma a garantir-lhe o devido apoio que o mantenha feliz, satisfeito, íntegro, e, por fim, interessado a entregar à sociedade o seu melhor.

Na perspectiva dos autores aqui considerados percebemos que o “juiz não tem liberdade plena na escolha da pena, sendo-lhe defeso transformar a sentença “na projeção de seus tumultos interiores”. Sendo assim, “à coletividade interessa um juiz resolvido; e não aquele que se resolve julgando.” (LYRA,1946).

Neste capítulo pretendeu-se mostrar a condição humana do juiz - sua subjetividade, seus preconceitos, suas crenças – sabendo, também, da impossibilidade de um julgamento eminentemente *neutro*. Não se propõe, aqui, a retirada da subjetividade do julgador, até porque tamanha pretensão seria ingênua, já que a subjetividade esta presente -em qualquer situação que envolva sujeitos – uma vez que intrínseca à eles. Desta maneira, sabendo impossível nos livrarmos da subjetividade, devemos acolhe-la e a partir daí limita-la. Neste sentido, parece

necessário mitigar a subjetividade descontrolada, já que algumas brechas no código penal acabam por potencializar este direito penal arbitrário.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a analisar o critério da personalidade do agente – previsto no artigo 59 do Código penal brasileiro – e suas implicações em um Estado Democrático de Direito.

Como exaustivamente apontado neste trabalho, são diversas as questões que envolvem esta circunstância judicial.

Em relação à harmonia do ordenamento jurídico há certa incoerência do legislador ao vincular o juiz ao laudo psiquiátrico para constatação da (in)imputabilidade (artigo 149 do Código de Processo Penal) e ao mesmo tempo na definição de personalidade do agente (prevista no artigo 59 do Código Penal) entender o juiz apto para definir a personalidade do agente.

Ainda que periculosidade e personalidade sejam conceitos distintos, as duas definições dependem de outro campo do saber, diverso do jurídico. Sendo assim, parece contraditório o artigo 149 do CPP vincular a decisão do juiz ao laudo psiquiátrico- por entender o juiz incapaz de analisar a *periculosidade*- e ao mesmo tempo o artigo 59 do CP conceber o juiz apto a analisar a personalidade do agente.

A doutrina majoritária examina a personalidade do agente a partir de um ponto de vista moral, a exemplo de Mirabete e Fabbrini (2010, p. 100) que entendem a personalidade como “qualidades morais, a boa ou má índole, o sentimento moral do criminoso, como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínseca a seu temperamento.”

Exceção, na doutrina, parece ser o entendimento de Ney Moura Teles (2006). O autor entende que o juiz não tem capacidade técnica para definir a personalidade; para o autor apenas psicólogos e psiquiatras estão aptos a julgar a personalidade.

No entanto, ainda que a definição de personalidade seja vinculada à um perito da área de psicologia (ou psiquiatria) este só poderá definir *o que é a personalidade* a partir de uma teoria. Como explanado no segundo capítulo deste trabalho, não há consenso dentre as tantas teorias da personalidade, sobre *o que é a personalidade*. Deste modo, o Estado não pode prejudicar o sujeito – ao analisar sua personalidade – pois este exame depende do ponto de vista teórico adotado, e em se tratando de um Estado Democrático de Direito, com pluralidade de vozes, não há possibilidade de

eleição de determinada teoria. Neste ponto a definição de periculosidade encontra-se na mesma encruzilhada teórica.

Esta “*qualidade moral*” que amiúde encontramos nas definições de personalidade parece um exemplo paradigmático de como este critério –por não ter consenso em sua definição - recai, a rigor, em análises morais do julgador, seus valores, crenças e preconceitos.

Os juízos morais são deveras totalitários e simplistas, já que acabam, frequentemente, dividindo a sociedade entre sujeitos bons e maus, sujeitos com *conduta ilibada* ou *voltada à prática criminosa*. Pautando-se em seus próprios juízos de valores –e não em critérios objetivos- os magistrados deixam a *justiça* a cargo do “bom senso”.

Desta maneira, pelos diversos motivos apresentados, o exame da personalidade do agente, na etapa da dosimetria da pena revela um atentado aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, pautado no princípio da presunção de inocência, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, entre outros, que devem garantir a todo cidadão brasileiro um julgamento *justo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 22 mar. 2015.

_____. **Decreto-lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 22 mar. 2015.

_____. **Lei n. 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm> Acesso em 22 mar. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

_____. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007.

DONATI, Patrícia Tolotti Rodrigues. Individualização Da Pena. In: **Sapere Aude**. Ano 2, v. 10, maio, 2014. Disponível em: <<http://revistasapereade.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=152&mid=199&fileid=212>> Acesso em: 22 abr. 2015.

DOTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FADIMAN, James; FRAGHR, Robert. **Teorias da Personalidade**. São Paulo: Editora Harper e Row do Brasil, 1979.

FALCONI, Francisco. Breves considerações sobre o princípio da individualização da pena. In: Opus Iuris. Disponível em: <<https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/09/03/breves-consideracoes-sobre-o-principio-da-individualizacao-da-pena/>> Acesso em 10 maio 2015.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, São Paulo: Editora Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro Forense, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Culpabilidade, graduabilidade da culpa e culpa temerária . In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 861, 11 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7593>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

HALL, Calvin S.; LINDZEY, G.; CAMPBELL. **Teorias da personalidade**.. 4 ed. Porto Alegre: Editora Artmed, 2000.

JORIO, Israel Domingos. Princípio do "non bis in idem": uma releitura à luz do direito penal constitucionalizado. In: **BuscaLegis**. Disponível em: <Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12570-12571-1-PB.pdf>

LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.B. **Vocabulário de Psicanálise**. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1967.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal 1**. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos artigos. 1o ao 5o da Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASIO, J.D. **Introdução as obras de Freud, Ferenczi, Grodek, Klein, Dolto, Winnicott, Lacan**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1995.

_____. **Lições sobre os sete conceitos cruciais da psicanálise**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editora, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Anderson Lodetti de. **Individualização Judicial da Pena: constituição, garantismo e criminologia** 2003. 230 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

PASCHOAL, Luana. **O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo Penal como Bricolage de Significantes**. 2004. 450 f. Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

STRECK, Lenio Luiz . Como se mede a “régua” para aplicar a lei: quem a fixa?. 2013. In: **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-24/senso-incomum-mede-regua-aplicar-lei-quem-fixa>> Acesso em 18 maio 2015.

TALAFERRO, Al. **Curso Básico de Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

VIANI, Silvano. **Técnica de aplicação da pena**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro - I, II**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.