

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPI
BACHARELADO EM DIREITO

GUILHERME ALVES DE SOUSA

MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO BRASIL: uma análise das
circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade do agente

TERESINA
2023

GUILHERME ALVES DE SOUSA

MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO BRASIL: uma análise das
circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade do agente

Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora do Centro
Universitário UNINOVAFAP, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Diná da Rocha Loures
Ferraz

TERESINA

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

S725m

Sousa, Guilherme Alves de Sousa.

Manifestação do direito penal do autor no brasil: uma análise das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade do agente / Guilherme Alves de Sousa. – Teresina: Uninovafapi, 2023.

Orientador: Profª. Dra. Diná da Rocha Loures Ferraz. Centro Universitário UNINOVAFAPI, 2023.

29 p.; 23cm

Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2023.

1. Conduta social. 2. Personalidade. 3. Autor. 4. Fato. 5. Pena. I. Título. II. Ferraz, Diná da Rocha Loures.

CDD 343.671

Catálogo na publicação
Francisco Renato Sampaio da Silva – CRB/1028

GUILHERME ALVES DE SOUSA

MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO BRASIL: uma análise das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade do agente

Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data de Aprovação: 20 / 11 / 23

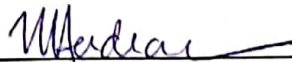
BANCA EXAMINADORA



Prof.ª Dra. Diná da Rocha Loures Ferraz

Centro Universitário UNINOVAFAPI

(Orientadora)



Prof.ª Dra. Marília Martins Soares de Andrade

Centro Universitário UNINOVAFAPI

(1º Examinador)



Prof.ª Ma. Cinthia Ayres Holanda

Centro Universitário UNINOVAFAPI

(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

A Deus pelas bênçãos que derrama em mim cotidianamente, por ser o meu ponto de equilíbrio e o meu norte.

Aos meus pais, Glória Alves e Atarcilio Pinheiro, por serem, para mim, modelos de virtudes e por terem me criado com muito amor e dedicação. Graças a eles pude enxergar o meu amor pelo Direito.

À minha namorada, Laryssa Cardoso, por acreditar em mim incondicionalmente. Sou muito grato pelas demonstrações de companheirismo e carinho diários, por me encorajar a perseguir meus sonhos, e por não permitir que eu desanimasse durante a confecção deste trabalho.

À professora doutora Diná da Rocha Loures Ferraz, pela orientação paciente e dedicada, pelo comprometimento e sabedoria transmitidos durante a realização desse trabalho.

Por fim, não poderia deixar de me referir ao pessoal da 2ª Promotoria de Justiça, onde estagiei por quase dois anos. Agradeço imensamente à promotora Rita de Fátima, aos assessores Carlos Eduardo e Mylla Sena e ao analista Renan Alexandre por terem me repassado inúmeros e significativos conhecimentos, por estimularem o amor que eu já nutria pelo Direito Penal, por acreditarem na minha capacidade e pelas cotidianas demonstrações de amizade.

RESUMO

O presente trabalho, realizado por meio de revisão bibliográfica, questiona a legitimidade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade do agente, previstas pelo artigo 59 do Código Penal, para vigorar como elementos orientadores da fixação das penas-base no Brasil. Para tanto, abordou-se, inicialmente, o conceito e origem do instituto do direito penal do autor e sua incompatibilidade com o sistema garantista trazido pelo texto constitucional vigente, o qual, com enfoque aos postulados culpabilidade, adota o direito penal do fato, que preconiza o enraizamento de uma responsabilização criminal pautada no ato efetivamente cometido e não por um juízo de valor acerca de atributos subjetivos do autor. Em seguida, adentrou-se no âmbito da punição dos transgressores das normas penais através de importante síntese da aplicação, individualização e finalidade das penas no país. Ato contínuo, realizou-se comedido investigação acerca da essência das circunstâncias judiciais supracitadas, demonstrando-se ser irrefutável que se configuram como manifestações de um direito penal do autor. Por último, foram confrontados os princípios da secularização, legalidade, ofensividade e responsabilização pelo fato com a premissa de que os sujeitos possam ser punidos mais severamente pelo que carregam em seu íntimo ou pela maneira que se relacionam socialmente. Verificou-se, ao fim do estudo realizado, que valorar a conduta social e a personalidade é ato que promove a estigmatização e a segregação social, e que fere, por derradeiro, as diretrizes do próprio Estado Democrático de Direito, o qual consagra a liberdade humana de se determinar conforme suas convicções e ideias.

Palavras-chave: Conduta Social. Personalidade. Autor. Fato. Pena.

ABSTRACT

This work, carried out by means of a bibliographical review, questions the legitimacy of the judicial circumstances of the agent's social conduct and personality, provided for in article 59 of the Penal Code, to be in force as guiding elements in setting base sentences in Brazil. Initially, the concept and origin of the institute of the criminal law of the perpetrator was addressed, as well as its incompatibility with the guarantor system brought in by the current constitutional text, which, with a focus on the postulates of guilt, adopts the criminal law of the fact, which advocates the rooting of criminal liability based on the act actually committed and not on a value judgment about the subjective attributes of the perpetrator. Next, we delved into the punishment of criminal offenders through an important overview of the application, individualization and purpose of penalties in the country. We then carried out a measured investigation into the essence of the aforementioned judicial circumstances, demonstrating that they are irrefutable manifestations of the perpetrator's criminal law. Finally, the principles of secularization, legality, offensiveness and accountability were compared with the premise that people can be punished more severely for what they carry inside or for the way they relate socially. At the end of the study, it was found that valuing social conduct and personality is an act that promotes stigmatization and social segregation, and which ultimately hurts the guidelines of the Democratic Rule of Law itself, which enshrines human freedom to determine oneself according to one's convictions and ideas.

Keywords: Social conduct. Personality. Author. Fact. Penalty.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República de 1988 foi desenvolvida a partir de princípios que norteiam toda a estrutura estatal e sua relação com seus cidadãos, cujo objetivo é consagrar a dignidade, cidadania e proteção do ser humano, em busca de maior consolidação do Estado Democrático de Direito, que se desenvolveu no Brasil após um longo processo histórico de conquistas políticas e sociais.

Nesse sentido, o Direito Penal busca tutelar os bens jurídicos fundamentais à sociedade, criando normas através das quais o Estado estabelece condutas ilegais e as respectivas sanções. Norteia-se, portanto, pelo conceito da Teoria Penal do Fato, onde a culpabilidade do transgressor deve ser avaliada pelo que efetivamente fez e não por um juízo de seus aspectos pessoais. Ocorre, por outro lado, que o sistema penal pátrio carrega ainda resquícios de um Direito Penal do Autor, onde o agente é punido especialmente por características de seu modo de ser e de relacionar-se com o meio social.

Assim, o Brasil adota o critério trifásico para a aplicação das penas, conforme reza o artigo 68 do Código Penal. Por esse modelo, o juiz inicialmente fixará a pena-base do acusado, com observância das circunstâncias judiciais positivadas no artigo 59 do diploma legal. Em seguida, investigará a presença de atenuantes ou agravantes a serem aplicadas ao caso concreto, de forma a delimitar o *quantum* da pena intermediária. Na última fase, verificará a (in)existência das chamadas causas de aumento ou diminuição de pena, fixando a pena definitiva.

Especificamente quanto à primeira etapa da dosimetria penal, vê-se que o legislador conferiu ao magistrado o poder-dever de verificar, para a fixação da pena-base, além da culpabilidade, os elementos subjetivos inerentes ao indivíduo, materializados através das circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade.

É de clareza solar, portanto, que as penas no Brasil avaliam mais do que a adequação da conduta do agente ao tipo penal, pois também investigam a vida pregressa do indivíduo, utilizando provas alheias aos autos, estereótipos sociais ou desvios de personalidade, situação que promove afronta aos princípios da secularização, legalidade, lesividade e responsabilização pelo fato, bem como ao próprio Estado Democrático de Direito.

Diante dos fatos apresentados, este trabalho fundamenta-se na necessidade contínua de ampliar a discussão acerca do tema e será apresentado na forma de estudo bibliográfico, o qual, utilizando o método lógico-dedutivo, objetiva evidenciar a inconstitucionalidade da utilização das circunstâncias pessoais da conduta social e da personalidade para agravar as penas-base no Brasil.

Nessa senda, busca-se demonstrar a incompatibilidade do Direito Penal do Autor com o Direito Penal do Fato abraçado pela legislação nacional, com enfoque no conceito da culpabilidade; identificar as vetoriais da conduta social e da personalidade como manifestações de um Direito Penal do Autor, bem como examinar a ilegitimidade destes institutos frente a alguns dos princípios limitadores da aplicação das penas no país.

Pontua-se, por oportuno, que o trabalho será confeccionado através de pesquisa bibliográfica, primando por textos, livros, teses, revistas e dissertações relevantes quanto à temática.

Destarte, a seção inaugural do presente trabalho será destinada à definição do direito penal do autor e demonstração das noções históricas que permeiam o seu surgimento, bem como será realizada a contraposição deste instituto e do direito penal do fato adotado pelo Brasil, utilizando-se das contribuições jurídicas ofertadas pelos postulados da culpabilidade.

Na seção seguinte, examinar-se-á as características da conduta social e da personalidade do agente, de forma a comprovar que se consolidam como vestígios de um direito penal do autor. Para aprimorar o entendimento sobre o tema, inicialmente foram trazidos à discussão conceitos introdutórios sobre as penas no Brasil, suas finalidades e individualização.

A seção derradeira, no que lhe diz respeito, se prestou a demonstrar a ilegitimidade das circunstâncias judiciais supracitadas quando confrontadas com o espírito dos princípios da secularização, legalidade, ofensividade e responsabilização pelo fato, enquanto balizadores da aplicação das sanções penais.

Desse modo, ao final do estudo, almeja-se responder os principais aspectos desse problema nacional, possibilitando uma contribuição à sociedade e à ciência, muito embora não seja o ímpeto desta pesquisa exaurir o tema.

2 A ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO AUTOR EM FACE DO DIREITO PENAL DO FATO

A atual Constituição Federal, de índole garantista, trouxe consigo a ampliação da previsão de diversos direitos fundamentais, inclusive primando pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Por este motivo, consagrou a culpabilidade como guia da responsabilização criminal.

É seguro dizer que a Carta Magna adota a teoria penal do ato, em respeito às diferenças que existem entre cada indivíduo, sejam elas decorrentes da personalidade, da conduta social, da pluralidade religiosa, ideológica, cultural ou outras existentes no país.

Noutra ponta, a ideia de criminalizar a personalidade e a conduta dos indivíduos surge a partir das discussões propagadas pelo positivismo criminológico e pela teoria do direito penal do inimigo, que pressupõem uma atuação mais rígida do Direito Penal em relação àquele que viole as normas, destinando-se à repressão e segregação dos criminosos do contexto social, inclusive suprimindo direitos, quando considerar-se necessário pela autoridade judicial (Pinheiro, 2017).

Não obstante, o direito penal do autor, que surge a partir das referidas correntes e defende a aferição do grau de periculosidade como critério para punir, ainda encontra abrigo em algumas normas da legislação brasileira. Logo, inicialmente importa o estudo deste instituto para que se demonstre, posteriormente, a sua ilegitimidade frente ao direito penal do fato.

2.1 Noções gerais sobre o direito penal do autor

A gênese do Direito Penal do Autor confunde-se com o próprio surgimento da Escola Positiva, desenvolvida em meados do século XIX, onde os interesses sociais se sobrepuseram aos individuais. Os estudos criminológicos, naquela época, passaram a ser norteados pelo interesse em assegurar que o corpo social fosse protegido contra a ação do delinquente.

Os estudos da corrente positivista apoiaram-se em três pilares distintos, os quais regeram a condução e evolução da criminologia, alheia à dogmática jurídica. O primeiro deles, definido como a Escola Positivista Biológica, foi encabeçado por Cesare Lombroso e caracterizava-se por defender a existência de um “criminoso nato”, constituído por anomalias antropológicas capazes de conduzir o indivíduo a um comportamento antissocial (Masson, 2019).

Noutra ponta, sobre a obra de Rafael Garofalo, Bitencourt (2020) esclareceu que o jurista alemão propôs que o criminoso fosse avaliado sob a ótica de seus aspectos psíquicos. Para tanto, criou o conceito natural do delito e partiu à exploração do estudo da periculosidade do autor, com base na verificação de sua idoneidade para integrar a vida em sociedade, inclusive suscitando a possibilidade de que o determinismo psicológico era transmitido de forma hereditária. Interessava a ele tão somente a incapacitação do delinquente, pois sequer acreditava no sucesso do processo de ressocialização.

Por outro lado, segundo as palavras de Masson (2019), Enrico Ferri fomentou o nascimento da Sociologia Criminal. Dentre as principais contribuições para essa esfera de conhecimento, defendeu que o livre arbítrio não se inseria no contexto da responsabilidade criminal, pois esta pautava-se em um determinismo biológico-social. Para ele, considerável parte dos delinquentes poderia ser ressocializada, à exceção dos criminosos habituais.

Dessa forma, extrai-se que para a Escola Positivista a responsabilização penal não buscava o protagonismo dos conceitos morais, já que o agente era visto como um ser patológico, tampouco importava a ressocialização do transgressor. Ao contrário, para os defensores dessa corrente, o delito deriva de fatores individuais, biológicos e sociais inerentes ao indivíduo, como resultado de um determinismo absoluto.

Além disso, o direito penal do autor também emerge da teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Jakobs (2007), cuja proposta era a separação do Direito Penal em dois ramos, um destinado ao Cidadão e o outro ao “Inimigo”. Ao cidadão infrator, isto é, aquele que cometeu dano reparável, seriam assegurados os princípios fundamentais e todas as garantias previstas no processo penal; contudo, àquele que oferta risco à coletividade, seriam atribuídas normas e penas mais duras, inclusive relativizando as garantias previstas por lei, seria ainda excluído do meio social, como forma de manter a estabilidade da ordem jurídica.

Para o jurista alemão, o cidadão se torna um inimigo quando integra organização criminosa e passa a exercer a atividade delituosa de forma reiterada e profissional. Assim, o pensamento de Jakobs volta-se para o indivíduo que não se subordina ao sistema normativo, atuando como um verdadeiro inimigo da sociedade (Neves, 2010).

A regra é a proteção da norma, então o ordenamento jurídico adotará uma postura rígida, inflexível frente àquele que se afasta do comportamento cidadão e que deverá ser encarado como não-pessoa (Jakobs, 2007). Os indivíduos, então, serão objetos do direito penal sempre que suas personalidades se afastarem dos padrões socialmente aceitos.

O Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs sustenta-se na premissa de que existem pessoas que jamais serão capazes de obedecer às normas, por isso carece da eleição dos inimigos para que alcance os seus objetivos, propondo atacar o direito à liberdade do infrator de forma exacerbada, ainda que inexista lesão a qualquer bem jurídico.

Diante do exposto, verifica-se que o direito penal do autor constitui um fenômeno complexo, composto e originado a partir de raízes diversas, o que impossibilitou que encontrasse definição unânime na literatura. Todavia, pode ser entendido como o reconhecimento de que as características subjetivas do indivíduo são preponderantes para a existência dos delitos, pois surgem em decorrência de sua própria periculosidade.

Nas palavras de Brunoni (2007, p. 2): “[...] por ser um ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do sujeito nocivo para o povo e do delinquente habitual, o autor deve ser punido ou neutralizado, porque representa um perigo à sociedade”.

Em harmonia com essa concepção, o crime servirá apenas de justificativa inicial para aplicar uma sanção retributiva mais severa àquele que oferece potencial ameaça ao Estado ou à

população. Não se pune, portanto, a simples adequação da conduta ativa ou omissiva ao tipo penal incriminador, mas avalia-se, principalmente, a má reputação do agente, os seus maus hábitos, como pressuposto para extirpar o risco à ordem social.

Em outras palavras, permite-se castigar de forma mais contundente aqueles que destoam dos padrões morais tidos como aceitáveis pelas pessoas, fazendo surgir um “tipo criminoso”, conceito que promove a inferiorização social e a estigmatização, à medida que criminaliza a personalidade. Nesses termos, os contumazes ao cometimento de delitos, os reincidentes, os viciados em tóxicos, os alcoólatras e os jogadores compulsivos, por exemplo, merecem ser punidos de forma mais severa.

No Brasil, com o advento da Carta Magna de 1988, consagrou-se o direito penal do fato, de onde se retira que o “homem” somente será responsabilizado pelo que efetivamente fez, não devendo a responsabilidade penal recair sobre o seu modo de ser.

Apesar disso, existem ainda diversas ramificações das ideologias da Escola Positivista e de Jakobs no ordenamento pátrio. Dentre elas, é possível citar as circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade; o instituto da reincidência; a contravenção penal da vadiagem, além de várias outras manifestações ainda vigentes no ordenamento nacional.

Estudar-se-á, a seguir, a ilegitimidade de punir pelo caráter e estilo de vida do agente, reafirmando-se, no caminho, que a reprovação deve ser estabelecida em função da gravidade da conduta, isto é, a censura deve recair sobre o fato praticado (Capez, 2019).

2.2 A incompatibilidade do direito penal do autor com o direito penal do fato consagrado no cenário jurídico nacional

A soberania popular, exteriorizada a partir de uma participação assídua na formação e atuação do governo, promoveu, a passos largos, o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a redução da interferência do ente estatal se fez necessária para a fortificação do princípio da liberdade e para a diminuição da discriminação no que concerne ao gozo de direitos e garantias (Dallari, 2002).

Aliás, as garantias e os direitos fundamentais inserem-se, na Constituição Federal, na condição de cláusula pétrea, portanto não podem ser revogados por meio de Emenda. Permite-se apenas, com vistas a impedir inovações legislativas que prejudiquem assuntos fundamentais à cidadania ou a forma federativa do Estado, que sejam ampliados pela atividade legislativa.

Outrossim, é inegável que o Direito Penal funciona como um mecanismo de controle social e criminaliza condutas nocivas aos bens jurídicos relevantes à coletividade, contudo está

adstrito à natureza garantista do texto constitucional e, através dessa perspectiva, a permanência do instituto do direito penal do autor no cenário brasileiro é negada pela própria essência do Estado Democrático de Direito.

Para Zaffaroni (2008, p. 53-54), “o discurso do direito penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoa”, pois ao apenado será negada a imposição de uma reprimenda adstrita ao ato lesivo. Pelo contrário, a ele será imposta uma pena que reflita um conteúdo antigarantista, pautado na ideia de periculosidade.

Ocorre que as normas, orientando-se pela ascensão da proteção da dignidade humana, passaram a evidenciar o protagonismo dos particulares. Foi nesse contexto que o chamado direito penal do fato desenvolveu as suas raízes dentro do procedimento de responsabilização penal. Aqui, a devolutiva estatal precisa ser balizada, quase de forma exclusiva, pelo ato cometido em conjunto à autonomia da vontade do autor, deixando de lado o caráter ou o modo de ser da pessoa.

Nesta esteira, a culpabilidade surge como um fator indissolúvel ao direito penal do fato e, para tanto, assume, na visão de Estefam e Gonçalves (2020), duas nuances dentro da organização jurídica nacional, tendo margem para atuar como um fundamento da pena ou referir-se ao nível de censurabilidade do comportamento. Veja-se que a primeira de suas acepções permite que ela funcione como um juízo de reprovação que recairá sobre o autor de conduta típica e ilícita, quando este for imputável, possuir condições de entender o caráter ilícito do fato e dele puder se exigir conduta diversa.

Por outro lado, pode a culpabilidade se constituir como um entrave à aplicação de penas desproporcionais, pois limita a dosagem da reprimenda de forma a adequar a resposta estatal à intensidade da conduta delituosa. Trocando em miúdos, significa medir o grau de censurabilidade do fato, o que traz, por exemplo, implicações para a determinação do tipo da pena a ser aplicada e o regime inicial para o seu cumprimento (Estefam e Gonçalves, 2020).

O Código Penal, por meio de algumas de suas normas, torna clara a intenção de que a reprimenda aplicável a fato ilícito deve preceder uma análise sobre o quão reprovável é a conduta do autor. É nesse sentido que o art. 29 desse diploma prevê que o sujeito que concorre de qualquer modo para o crime incide nas penas que lhe serão atribuídas, na medida de sua culpabilidade. Do mesmo modo, o art. 59 reforça que o juiz atenderá à culpabilidade, dentre outras circunstâncias, para a fixação de sanção necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (Brasil, 1940).

Essa dimensão denota, de forma incisiva, que o agente será punido por uma culpabilidade do fato, ou seja, em virtude daquilo que efetivamente é de sua autoria, desprezando-se, em certa medida, as qualidades que montam a sua identidade.

Por derradeiro, é certo que a culpabilidade, por um lado, impede que o poder punitivo do Estado se manifeste de modo discricionário, exigindo que o julgador se atenha aos preceitos legais e humanistas, e assegura que não seja adentrada à intimidade do indivíduo, mas, por outro, garante a aplicação de uma pena justa, razoável, medida com base no ato comissivo ou omissivo.

Quanto à culpabilidade do autor, Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 610) discorrem sobre o potencial ruinoso do instituto para o Direito Penal:

Exemplificando: o sujeito de maus hábitos os terá adquirido por frequentar 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 frequentar tabernas e prostíbulos, isto é, 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 estender a culpabilidade em função de uma *actio immoral in causa*, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo. Poucos conceitos podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal. Se, com o exposto, a teoria já não resultasse suficientemente aberrante, cabe acrescentar outro argumento muito claro: a personalidade do homem integra-se com caracteres adquiridos mediante vivência ou condutas anteriores, mas também com elementos herdados, isto é, com elementos que provêm de uma carga genética recebida. Uma reprovação da personalidade implica uma reprovação da carga genética, isto é, a reprovação de algo que é absolutamente estranho a qualquer conduta do sujeito.

Segundo os autores, a personalidade humana é reflexo da união entre experiências vividas e de elementos herdados geneticamente, portanto, censurar o “ser” quer dizer punir algo que não guarda conexão com o ato delitivo. De igual modo, entende-se que, quando os maus hábitos não constituírem condutas típicas, também não deverão ser passíveis de tutela penal, sob pena de violação ao princípio da reserva legal.

Ora, a culpabilidade, quando baseada em uma censura de caráter ou de atitude interna, permite que a retribuição estatal seja desproporcional ao injusto cometido. Hörnle (2003, p. 57), sobre a matéria, aduz que “se a censura da culpabilidade se baseia em um modelo de diferença, que indaga se as atitudes internas se afastam de um tipo ideal — como quer que se determine — isto implica a possibilidade ilimitada de quantificar essa diferença”.

A premissa de que é legítimo punir levando-se em conta a figura do agente, vale dizer, se constrói sobre a racionalização da periculosidade dos indivíduos, propondo que se tornem objeto de coação, contrapondo o pacífico entendimento que denota que “a dignidade da pessoa

humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (Silva, 2002, p. 105).

Assim, surgindo a culpabilidade como princípio corolário do direito penal do fato, entende-se, portanto, serem inconstitucionais as manifestações do direito penal do autor no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo porque tentam relativizar direitos e garantias, bem como os ideais democráticos que norteiam a condução do Estado.

3 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PESSOAIS ENQUANTO MANIFESTAÇÕES DE UM DIREITO PENAL DO AUTOR

O Direito Penal é um ramo do Direito Público que se destina à proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade, escolhidos por meio de critérios político-criminais pautados na CF/88 (Greco, 2022). Para tanto, atua como um mecanismo de promoção da justa ordem social, cuja finalidade é assegurar a convivência harmônica entre os populares e, como consequência, a paz social.

Por outro lado, também funciona como instrumento regulador do exercício do poder punitivo do Estado, vinculando-o à existência de um delito e da respectiva pena, consoante se depreende do artigo 1º do Código Penal e do artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Magna (Bitencourt, 2020).

A partir desses conceitos, quando um bem jurídico é violado por um particular, cabe ao magistrado, após verificadas as provas de materialidade e indícios suficientes de autoria, determinar ao perpetrador uma pena compatível e proporcional ao ilícito.

O julgador, no entanto, está vinculado aos limites e procedimentos legais. Dentre eles, destaca-se a observância ao modelo trifásico para dosar a pena. Inicialmente, portanto, faz-se necessário tecer breves comentários a respeito das penas no Brasil para que, posteriormente, seja possível aprofundar o estudo das circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade e a sua relação com o direito penal do autor.

3.1 Noções gerais sobre as penas e sua individualização no ordenamento jurídico nacional

As sanções penais podem ser conceituadas como a retribuição estatal, no exercício do *ius puniendi* e após findado o devido processo legal, ao indivíduo cuja conduta se amolda ao que a legislação define como crime ou contravenção penal. Consistem, portanto, na resposta ao mal injusto causado pelo autor de ato típico, ilícito e culpável (Masson, 2019).

As normas incriminadoras são constituídas por preceitos primários, correspondentes à descrição específica das infrações e por preceitos secundários, que trazem a cominação da pena correspondente, cuja finalidade, vale dizer, é abordada por três teorias principais.

Em suma, a Teoria Absoluta ou da Retribuição sustenta que o propósito da pena é punir o agente produtor do mal injusto com um mal justo, positivado. Noutra ponta, a Teoria Finalista ou da Prevenção apregoa a natureza utilitarista da pena, onde o fim imediato divide-se em uma prevenção geral, representada pela realização de ameaça de punição dirigida à população e em uma prevenção especial, onde a readaptação e a segregação social do delinquente funcionam como os meios adequados para evitar que ele torne a cometer delitos. A última delas, a Teoria Mista ou Conciliatória, esclarece que a pena, em verdade, possui ambas as funções, punitiva e preventiva (Capez, 2019).

No Brasil, se reconhece que a retribuição pura e simples se mostra insuficiente para acautelar o meio social da atividade criminosa. Em razão disso, adota-se a teoria mista ou eclética, buscando alcançar, por intermédio das sanções e de forma simultânea, a reeducação do criminoso e a prevenção do crime através da intimidação popular, em consonância com a redação normativa do art. 59 do CP.

Essa conjuntura, no entanto, é violada quando se permite reprimir os traços de personalidade de um sujeito, o seu modo de relacionar-se no trabalho, no âmbito conjugal e familiar, posto que o binômio prevenção-repressão eleito pela teoria mista se refere tão somente ao crime cometido, não incidindo sobre as particularidades daquele que será punido.

Urge ressaltar que, antes de estabelecer os fins da pena, é necessário examinar como deverá ser individualizada, de forma a ajustar-se a cada réu. Dessa maneira, o sucesso dos resultados da pena está intimamente relacionado à realização de uma reprimenda justa e compatível com o ilícito cometido e as circunstâncias que o envolvem.

Individualizar é tornar único, customizado, específico, distinto. Portanto, o princípio da individualização defende que a sanção seja aplicada com precisão incontestável, com fulcro no fato e no regramento adequado, atentando para as suas finalidades e para a impossibilidade de que o apenado seja destituído da sua condição de ser humano.

Ademais, expressa a ampliação da preocupação com a dignidade humana e homenageia o princípio da proporcionalidade, justamente por determinar a observância de um sistema rígido, metódico para que a pena seja fixada e recaia sobre o apenado, impedindo os excessos do arbítrio judicial e que as características subjetivas do sujeito sejam determinantes para a sanção.

Além disso, a Constituição Federal positivou o princípio em estudo por meio de seu art. 5º, XLVI, cuja redação revela que a individualização da pena e a adoção do tipo de pena adequada ao caso concreto serão reguladas por lei. O rol exemplificativo trazido pelo dispositivo permite, dentre outras, as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos (Brasil, 1988).

Masson (2019) ensina que o processo de individualização se reparte em três momentos. Na fase legislativa, o primeiro deles, os parlamentares editam leis abstratas que fixam, para os tipos penais, as reprimendas de acordo com a importância do bem jurídico e a gravidade da ofensa. Nesse ínterim, estabelecem os limites mínimo e máximo e as possibilidades de relativização.

O momento seguinte, chamado de judiciário, refere-se ao processo de confecção das penas. Será a oportunidade onde o magistrado escolherá, dentre as punições permitidas, aquela que melhor se amolda à realidade jurídica que lhe é apresentada e o modo de execução, atribuindo o *quantum* suficiente à prevenção e reprovação do ilícito. O julgador, nesta fase, atua sob a égide um poder discricionário vinculado, pois lhe é permitido, dentro dos parâmetros positivados, escolher a solução que entenda suficiente para atingir a justa aplicação da lei penal.

A última delas, a fase executória, revela-se no cumprimento da sanção, a qual denota o dever de individualização da pena no âmbito de sua execução aos órgãos do poder público, que devem zelar por um tratamento penitenciário único a depender das condições do sentenciado e do volume de pena que lhe foi imposta.

Além disso, a individualização, aliada aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, desempenha um papel fundamental quanto ao controle do poder estatal, já que atribui a responsabilização do réu com base na medida de sua culpabilidade, levando em consideração a gravidade do delito para que a solução jurídica seja aplicada ao caso concreto de forma proporcional, customizada e adequada ao fim almejado.

Segundo a preciosa lição de Bitencourt (2020, p. 970):

[...] Nesse sentido, a culpabilidade apresenta-se como fundamento e limite para a imposição de uma pena justa. Por outro lado, a culpabilidade também é entendida como um instrumento para a prevenção de crimes e, sob essa ótica, o juízo de atribuição de responsabilidade penal cumpre com a função de aportar estabilidade ao sistema normativo, confirmando a obrigatoriedade do cumprimento das normas.

Ao lume do exposto, entende-se que a pena, sobretudo a privativa de liberdade, jamais poderá resultar de um processo arbitrário, eminentemente discricionário, posto que incide sobre um dos direitos mais importantes ao ser humano, a liberdade. Logo, precisa ser aplicada com

fulcro nos diversos princípios e normas constitucionais que regulam a matéria e obedecer aos ditames penais referentes ao procedimento e dosagem da sanção.

Para este estudo, importa a individualização realizada pelo magistrado durante a aplicação da pena, confeccionada sob a orientação do modelo trifásico esculpido no art. 68, *caput*, do Código Penal. A pena, portanto, origina-se de um processo dividido em três momentos distintos e específicos. A princípio, são analisadas as circunstâncias judiciais e realizada a confecção da pena base. Ato contínuo, examinadas as agravantes e atenuantes, cujo resultado é a atribuição de uma pena intermediária. Após, são investigadas as causas de aumento ou diminuição de pena (Brasil, 1940).

A primeira fase da dosimetria da pena figura como a oportunidade em que o julgador irá valorar as circunstâncias judiciais delimitadas pelo CP, em seu art. 59, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima. Fixada a pena inicial, passa-se a segunda fase, onde serão verificadas as circunstâncias legais genéricas, isto é, as agravantes e atenuantes previstas taxativamente pelos artigos 61, 62 e 65 respectivamente. Fugindo à regra, o art. 66 prevê que a pena poderá ser diminuída por circunstância relevante não contemplada expressamente por lei (Brasil, 1940).

Em seguida, para a fixação da pena definitiva, o juiz buscará as majorantes e minorantes trazidas na parte geral e na parte especial do Código Penal. É preciso atentar ainda que, diferente do que ocorre nas circunstâncias exploradas na etapa anterior, as causas de aumento e diminuição de pena trazem consigo as quantidades fixas e variáveis delimitadas pelo legislador.

Ademais, delineados os aspectos relevantes que permeiam as penas, nos importa, em compatibilidade com o principal objetivo deste trabalho, ampliar o estudo acerca da conduta social e da personalidade, já que, além de desvirtuar as finalidades da pena à medida que direcionam-se à punição do autor por seus atributos subjetivos, são capazes de influenciar o estabelecimento do regime inicial para o cumprimento de pena, a possibilidade de substituição de uma pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e a concessão da suspensão condicional da pena (SURSI).

3.2 A adequação das vetoriais da conduta social e da personalidade ao conceito de direito penal do autor

O Código Penal foi publicado em 1940, oportunidade em que o Direito Penal era fortemente ligado às ideias do positivismo criminológico. Nesse período, o cenário jurídico

mundial regia-se pela busca da proteção social, fazendo a pena recair sobre a pessoa do delinquente, em detrimento do fato lesivo praticado por ele. Por isso, apesar das alterações legislativas feitas neste diploma legal ao decorrer dos anos, ainda existem normas vigentes que consideram tão somente a vida particular do infrator (Pinheiro, 2017).

A valoração da conduta social e da personalidade do agente vigora como um bom exemplo da permanência da ideologia positivista em nosso ordenamento, já que implica em utilizar-se de fatores alheios ao ato cometido, mas intrínsecos ao agente, para agravar a sua reprimenda.

Inicialmente, quanto à conduta social, nos importa verificar que a sua definição não é uníssona para os doutrinadores, em virtude da natureza subjetiva do instituto. Contudo, podemos entender que ele engloba o comportamento do acusado na comunidade em que está inserido, considerando-se as relações interpessoais no ambiente familiar, na vizinhança, no trabalho e nos espaços comuns.

Sobre o tema, leciona Greco (2022, p. 1322):

Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal.

Nessa esteira, para a conduta social, são verificadas as interações sociais do imputado. Veja-se, são avaliadas questões que sequer constituem o crime praticado ou circunstâncias que venham a envolvê-lo, mas apenas a vida privada do sujeito, penalizando-o por cada comportamento considerado imoral pelo magistrado.

Quanto à complexidade de auferir o comportamento humano, Bitencourt (2020) ressalta a possibilidade de pessoas terem a vida repleta de deslizos e infâmias, apesar de não possuírem quaisquer antecedentes criminais. Todavia, destaca ser possível que um indivíduo seja portador de antecedentes, mas destine a vida a atos de caridade e de relevância moral.

Cada pessoa é única, influenciada por diversas crenças religiosas, políticas, culturais, étnicas, condições econômicas, dentre outros. Logo, o próprio conceito de conduta social é falho, à medida que propõe que sejam avaliadas as cargas subjetivas de cada perpetrador, sujeitando-os à possibilidade de uma avaliação negativa decorrente de preconceitos, intolerância, diferenças ideológicas e entendimento do que é certo e errado (Paschoal, 2014).

Igualmente importante salientar que a análise das circunstâncias judiciais é atividade privativa do magistrado, competência que lhe fora outorgada pelo próprio Código Penal. Nesse ínterim, sabe-se que as circunstâncias subjetivas, dentre elas a conduta social, não dispõem de

critérios objetivos para a sua aferição, dependem, portanto, de um exercício discricionário do julgador, o qual, apesar de vinculado aos princípios da imparcialidade e fundamentação de suas decisões, é norteado por suas próprias crenças.

Ressalta-se, ademais, que a avaliação feita sobre a conduta do imputado resulta dos próprios interrogatórios e testemunhos em juízo. Sobre o tema, detalha Nucci (2023) que o magistrado precisa conhecer a pessoa julgada, justamente para saber a medida da reprimenda a ser aplicada. Para tanto, são fundamentais os questionamentos dirigidos ao acusado, durante o interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução.

A circunstância judicial em destaque anda na contramão do próprio texto constitucional, já que é direito dos cidadãos brasileiros não serem punidos sem prévia cominação legal. A observância dessa vetorial, por outro lado, garante que o indivíduo seja punido em duplicidade, primeiro pelo fato do qual é autor, segundo pela forma que conduz a sua vida.

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 609-610) ensinam que:

[...] Aristóteles não escreveu sua *Ética Nicomaquéia* partindo do que devia ter em conta que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei” (CF, art. 5º). Este princípio não tem vigência no campo da moral, mas é o fundamento de todo o direito penal, de modo que, se o abandonarmos, o direito penal deixa de cumprir a sua função de segurança jurídica e passa a pretender cumprir qualquer outra (a defesa da superioridade da raça, da ditadura do proletariado etc.), ainda que, na realidade, esteja cumprindo a função de dar sustento àqueles que detêm o poder conforme o seu arbítrio.

Neste diapasão, parece ilógico que os sujeitos devam suportar o aumento de suas reprimendas pela forma que levam a vida, em um contexto jurídico onde a regra é a prevalência dos direitos fundamentais e individuais. Interessa, por conseguinte, reforçar que o direito penal jamais deve servir de instrumento garantidor dos estigmas sociais, dos padrões morais, sob o risco de fazer ressurgir os períodos ditatoriais. Lhe cabe a repressão de condutas lesivas a bens jurídicos, mostrando-se alheio à possibilidade de punir pensamentos e comportamentos sociais (Paschoal, 2014).

Assim, a valoração da conduta social, à luz do princípio da responsabilidade, somente se justificaria se guardasse conexão com o crime praticado pelo agente. Em sintonia com esse entendimento, sustenta Estefam (2022, p. 530):

É preciso frisar que não se trata de punir o agente por seu modo de vida (seja ela qual for), porquanto a pena não pode ser mensurada com base em tais elementos. Conforme já tivemos a oportunidade de analisar, o Direito Penal democrático baseia-se no fato e não no autor. Daí por que só devem ser tomadas como relevantes para a dosimetria da pena atitudes que tenham alguma relação com o ato praticado.

Destarte, não se objetiva, com a discussão proposta, justificar comportamentos considerados destoantes dos padrões enraizados na sociedade, mas tão somente defender o direito de cada indivíduo ao livre arbítrio, de determinar-se de acordo com suas próprias ideias, sem que isso pese em seu desfavor caso venha a cometer um delito.

Noutra ponta, a tarefa de conceituar a circunstância judicial da personalidade do agente é ainda mais penosa, posto que o conteúdo do instituto sequer advém da seara jurídica, mas da psicologia e da psiquiatria. Segundo Masson (2020), é o perfil subjetivo do réu, nos âmbitos moral e psicológico, que servirá de base para verificar se determinado indivíduo tem inclinação ao cometimento de delitos.

Nucci (2023, p. 751), por sua vez, considera-a uma tendência biológica do indivíduo à delinquência, mas também que se origina a partir das condições em que o agente se formou e vive. Assim, enfatizou que “trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. Exemplos: agressividade, preguiça, frieza emocional, sensibilidade acentuada, emotividade, passionalidade, bondade e maldade”.

Outros autores partem para a defesa de que ela está intimamente ligada à própria índole e caráter do indivíduo. Nesse sentido, dispõem Estefam e Gonçalves (2020, p. 838):

Refere-se ao comportamento do réu no dia a dia e ao seu caráter, levando-se ainda em conta sua periculosidade. Personalidade, portanto, é a índole do sujeito, seu perfil psicológico e moral. As menções mais comuns em sentença são aquelas em que o magistrado fixa a pena-base acima do mínimo por entender que o acusado possui personalidade violenta, por ter sido tal fato mencionado por testemunhas que o conhecem.

Para Boschi (2011), a personalidade ultrapassa as demonstrações de caráter e de temperamento, e acrescenta que a busca pela determinação de seu conteúdo torna-se ainda mais complicada porque a sua racionalização é comumente feita através da eleição de paradigmas. Ocorre que essa circunstância não é estática, pelo contrário, encontra-se em mutação constante, em razão dos diversos estímulos sociais aos quais a população se submete cotidianamente.

É justamente a natureza complexa e o intenso aspecto pessoal da circunstância que tornam tão perigosa a sua aferição pelo magistrado para a dosagem da pena-base. Em princípio, falta, de forma geral, capacidade técnica aos julgadores para aferir um juízo assertivo e objetivo sobre a personalidade do réu, vez que o conhecimento adequado provém de outras áreas, praticamente alheias ao exercício da magistratura, tais como a psicologia e a psiquiatria (Silva, 2023).

Além disso, conforme dito alhures, o juiz também é detentor de seus valores morais e precisa julgar positiva ou negativa a personalidade de uma pessoa baseando-se tão somente que

ouve sobre ele, vez que o breve contato que terá com o imputado durante o decorrer do trâmite processual não lhe permite conhecê-lo de forma plena.

Portanto, aquele que será julgado precisa ser considerado um sujeito virtuoso, sob pena de ter a sua pena recrudescida. Novamente o indivíduo vê a sua moralidade questionada, restando o fato cometido em segundo plano, fato que viola o princípio da secularização, o qual se debaterá em tópico ulterior.

A personalidade considerada negativa pode inclusive atuar como a causa de uma má conduta social. Ora, um sujeito considerado portador de uma personalidade desajustada ou inclinada à prática de crimes, certamente terá péssimas relações sociais, restando, muitas vezes, à margem da sociedade. Daí decorre a possibilidade de as vetoriais supracitadas serem aplicadas de forma conjunta ou ao menos como se uma fosse consequência da outra.

De forma convergente, Costa e Costa Júnior (2010, p. 246) entendem por impossível desvincular a personalidade da consequente conduta social:

[...] A personalidade, para ser valorada em seu aspecto dinâmico e global, considerando o agente em seu meio social circundante ocasional ou permanente, que o pressiona e o faz reagir de forma passiva ou agressiva, não pode ser analisada isoladamente, destacada da conduta social.

Em outras palavras, há certa interferência conjunta do Direito Penal tanto no modo de agir do agente, quanto em seu íntimo, podendo transformar acontecimentos irrelevantes ao caso concreto, em fatos puníveis.

É importante demonstrar, em seguida, que as implicações do juízo sobre os aspectos pessoais do agente não se limitam apenas à fixação da pena-base. Nesse espectro, o Código Penal, por força do art. 33, §3º, condiciona a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade à observância das circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59. Considera, por meio do art. 67, a personalidade como circunstância preponderante, ao lado da reincidência e dos motivos determinantes do crime no caso de concurso entre agravantes e atenuantes (Brasil, 1940).

Não suficiente, exige que a conduta social e a personalidade sejam apreciadas juntamente de outras vetoriais para a substituição de uma pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou para a concessão da suspensão condicional da pena, que se configuram como medidas mais brandas se comparadas ao cerceamento da liberdade. Também é fato que prevê uma série de condições para as suas respectivas autorizações, contudo não se pode desconsiderar que exige expressamente a inspeção das circunstâncias judiciais ora analisadas (Brasil, 1940).

Então, diante da impossibilidade de examinar estas circunstâncias judiciais de forma eficaz do ponto de vista técnico, bem como em razão de acarretarem um verdadeiro julgamento moral do sujeito, aproximando-se dos valores exteriorizados pela corrente positivista e pela teoria penal do inimigo de Jakobs, ou por serem incompatíveis com uma constituição garantista e com os princípios norteadores do Direito Penal, faz-se necessário afastá-las do cenário jurídico nacional.

4 A ILEGITIMIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PESSOAIS FRENTE AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS SANÇÕES PENAIS

Os princípios, segundo Mello (1991), são verdadeiros mandamentos nucleares de um sistema, tratam-se de disposições fundamentais que irradiam sobre as diferentes normas, constituindo o seu espírito e servindo de parâmetro para a sua plena compreensão e inteligência, de forma a definir a lógica e racionalidade do sistema normativo.

Para Capez (2019), a interpretação e a aplicação das normas penais devem se basear nos princípios constitucionais e nas garantias individuais, afinal não é possível aplicar os tipos incriminadores de forma automática, padronizada, uma vez que além da adequação típica formal, também se faz necessária a apreciação ontológica do injusto.

Acrescenta o autor que a dignidade humana é o princípio reitor de todo o Direito Penal, o qual se fortifica por consequência da consolidação do Estado Democrático de Direito (Capez, 2019). Dele, derivam diversos outros, cuja função é orientar a eleição de bens jurídicos que merecem proteção, proteger os cidadãos frente ao *ius puniendi* estatal, e por último oferecer base para o exercício da regulação social.

Ante o exposto, importa o estudo de alguns dos principais princípios norteadores do direito penal, quais sejam, os princípios da secularização, legalidade, lesividade e responsabilização pelo fato. Demonstrar-se-á, no processo, como esses preceitos são incompatíveis com as circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade.

4.1 Princípio da secularização

O princípio da secularização na seara penal delimita o afastamento entre o direito e a moral, cuja consequência lógica é a redução da interferência estatal nas questões subjetivas dos indivíduos ou em suas consciências.

Ana Cristina Borba Alves emprega um conceito cirúrgico acerca do referido princípio, inclusive referindo-se às suas raízes históricas. Para ela, “utiliza-se o termo ‘secularização’ para indicar as transformações pelas quais passou a sociedade, a partir do Século XV, no que tange à separação que se operou entre a religião e a filosófica, em especial a moral do clero e o modo de produção das ciências laicas” (Alves, 2006, p. 89).

Neste cenário, a dogmática religiosa, por muito tempo, impôs aos indivíduos que agissem de acordo com os valores cristãos e aquele que agisse de modo diverso era considerado um transgressor da vontade de Deus e punido severamente por isso. Portanto, a cisão entre o que se entendia por crime e o pecado significou a busca pelo respeito à individualidade, bem como culminou na laicização dos Estados, processo que, por sua vez, foi o berço do processo da secularização.

Extraí-se, de logo, que a secularização do direito se insurgiu como uma reação humanista ao modelo inquisitório, criticando a concepção de que o delito relacionava-se ao pecado, razão pela qual se permitia punir o sujeito por suas convicções morais (Carvalho, 2020). Marca, portanto, a derrocada do controle social da igreja, o que deu ensejo à ampliação da preocupação com o ser humano.

Para Silva (2023), a partir da separação entre a moral e o direito, resta ao indivíduo, no exercício de sua própria individualidade, observar os regramentos éticos. Ao direito penal, portanto, cabe tutelar os comportamentos humanos exteriorizados em condutas, desde que capazes de levar ao bem jurídico algum dando ou ao menos um risco concreto, sendo vedado ao Estado sancionar a moralidade.

Quanto ao direito dos cidadãos de não ter a sua moralidade contestada pelo Estado, Ferrajoli (2010) sustentou que a previsão legal e a sanção penal não devem servir para coibir a moral do condenado. O ente estatal, portanto, deve respeitar a essência de cada indivíduo, já que não pode impedir que os particulares detenham personalidades “ruins”.

Assim, o princípio em questão defende, em essência, a liberdade de pensamento, crenças, opiniões, ideias e permite que cada pessoa possa determinar-se de acordo com sua própria carga subjetiva. Manifesta-se na Carta Política, por exemplo, quando assegura a livre manifestação de pensamento, a inexistência de privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica e a inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

A atual estrutura constitucional se constrói também sob a influência da distinção entre moral e direito, isto porque demanda a garantia dos direitos fundamentais e individuais e o respeito às diferenças, bem como impõe que o Estado não invada de forma discricionária a

esfera íntima do cidadão. Dessa forma, quando evidente a ausência de lesividade da conduta e da personalidade capaz de legitimar a intervenção penal, não há o que falar em responsabilização penal.

4.2 Princípio da legalidade

O ente estatal detém prerrogativa exclusiva de punir aquele que viola as normas, contudo não se trata de um poder absoluto, carece de parâmetros e limites prévios. O princípio da legalidade, nesse contexto, atua como um instrumento limitador da interveniência estatal que atente, de forma arbitrária, contra a liberdade individual.

O princípio em testilha encontra previsão legal no art. 5º, inciso XXXIX da Carta Magna e no art. 1º, do Código Penal, cujos respectivos conteúdos determinam que não há crime sem lei anterior que o define e nem pena sem prévia cominação legal (Brasil, 1940, 1988).

Leciona Masson (2019) que o princípio da reserva legal possui dois fundamentos, um de cunho jurídico e o outro de caráter político. O primeiro deles diz respeito à determinação cirúrgica do conteúdo do tipo penal e da sanção a ser aplicada e à vinculação do magistrado ao mandamento legal, inclusive para a concessão de benefícios legais. O segundo, por sua vez, refere-se à proteção do ser humano em face do arbítrio do Estado no exercício de seu poder punitivo.

Para que atinja as suas finalidades, do princípio da legalidade decorre a premissa de que as normas devem elaborar com precisão e de forma cristalina a conduta, devendo haver uma completa subsunção entre o comportamento e o modelo abstrato positivado na lei. Em razão disso, garante-se que ações ou omissões consideradas lícitas ao tempo do ato ficarão a salvo de qualquer sanção criminal.

Também incumbe a ele proibir que os *costumem* ou a *analogia in malam partem* sejam as fontes de criação de crimes e penas, e coibir ainda a retroatividade da lei penal, apesar de que este último se vê relativizado, pois a CF/88, em seu inciso XL, permite que a lei atinja fatos pretéritos a sua vigência quando beneficiar o réu (Greco, 2022).

Nesse ínterim, é fundamental a interpretação do princípio da legalidade sob a ótica material, onde se defende o respeito ao conteúdo das normas, obedecendo-se às proibições e imposições previstas para que os direitos fundamentais sejam efetivados. Assim, externaliza o seu caráter garantista. Ferrajoli (2001, p. 66) explica:

O sistema das normas sobre a produção de normas - habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com fundamento constitucional - não se compõe somente de

normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos. Assim, uma norma - por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade - por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção.

Demonstrada a importância de que a legalidade extrapole o universo da simples obediência às formas prescritas por lei para a criação dos crimes, importa realçar que permitir que valores como periculosidade ou anormalidade social sejam suficientes para identificar um delito faz ressurgir os tipos penais de autor, os quais ensejam que as penas tornem a ser aplicadas com função exclusivamente preventiva, em função de uma proteção social.

O direito penal do autor, portanto, anda na contramão do princípio à medida que sustenta a legitimidade de que as penas sejam agravadas, por exemplo, pela personalidade e conduta social do agente, isto é, fatos que antecedem o cometimento do ilícito que se pretende julgar e que sequer guardam relações diretas com o conteúdo da norma que traz a previsão daquele delito.

4.3 Princípio da lesividade ou da ofensividade

O princípio da lesividade pressupõe que a tipificação dos crimes se justifica somente nos casos onde exista, pelo menos, perigo concreto de dano a um bem jurídico tutelado pela norma penal. A intervenção estatal, nestes termos, deverá ser realizada quando houver efetivo dano a um interesse relevante à sociedade (Bitencourt, 2020).

Impõe, por conseguinte, um dever de abstinência do legislador quanto à edição de normas que versem sobre comportamentos incapazes de lesar o bem jurídico ou pelo menos colocá-lo em risco iminente. Dessa forma, segundo Greco (2022), o princípio da ofensividade é resultado do processo de separação entre a moral e o direito, e proíbe a incriminação de atitudes internas, simples estados ou condições existenciais, condutas que se limitem ao próprio autor ou a comportamentos desviados que não afetem qualquer bem jurídico.

Em outras palavras, ninguém será punido por seus pensamentos e sentimentos. Por exemplo, se a ira de uma pessoa não é exteriorizada, não existirá, para o direito, conduta penalmente relevante. De igual forma, não é punível o suicídio, isto porque, apesar de significar, na prática, ferir o direito à vida, a conduta não atinge o direito de terceiros, permanece na própria esfera íntima do autor.

Ao princípio ora analisado também interessa, em consonância com a concepção de que a responsabilização penal deve pautar-se eminentemente no ato ou fato cometido, impedir que

seja castigado o modo de ser do sujeito, a sua personalidade, pois punir aquilo que as pessoas carregam em seu âmago, nas palavras de Zaffaroni (1996, p.73), configura um autêntico direito penal do autor. Vejamos:

Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ‘ser’ de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana.

Outrossim, proíbe que as condutas desvirtuadas, mas desprovidas de potencial lesivo aos bens jurídicos, sejam igualmente objeto de atuação do Direito Penal. Em síntese, a conduta social do indivíduo, mesmo que considerada repulsiva, imoral ou desprezível pela coletividade, não merece intervenção estatal sempre que não ferir o direito alheio.

Por fim, o princípio da ofensividade traduz-se em uma ferramenta de tolerância a qual o Estado está vinculado, isto é, assegura que o ser humano tenha a sua liberdade plena, sem que precise suportar restrições ou sanções baseadas no ser, pensar, expressar ou fazer, salvo quando implicarem em afronta ao direito de outrem (Silvestroni, 2004).

4.4 Princípio da responsabilização pelo fato

O princípio da responsabilidade pelo fato é aquele que melhor expressa a ilegitimidade de que sejam valorados o comportamento e a personalidade do agente, sobretudo, porque coaduna com o pensamento de que o direito penal não se presta a punir pensamentos, ideologias, nem o modo de ser das pessoas. Preocupa-se, em verdade, com fatos exteriorizados capazes de lesar bens jurídicos que estejam objetivamente tutelados por norma específica, com a respectiva sanção (Capez, 2019).

As circunstâncias pessoais não podem, dessa forma, ser decisivas para a punição de um indivíduo quando margeiam ou alheios ao próprio fato cometido, porque agem como um autêntico direito penal do autor, situação que fere a própria essência de um Estado de Direito.

Aliás, “um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado de Direito Liberal se inclinará sempre em direção a um Direito Penal do Fato” (Roxin, 1997, p. 177). Portanto, não se aplicará a pena desprezando o fato, de forma reducionista ao autor. Responsabilizar o sujeito pelo ato cometido pressupõe que, em harmonia com o princípio da lesividade, a existência de crime exige comprovada lesão ao bem jurídico ou ao menos um risco real e provável.

É nesse sentido que se faz inconcebível arguir compatibilidade entre o direito penal do autor e o princípio da responsabilização pelo fato, pois aquele autoriza que o poder punitivo do

Estado seja exercido após apreciada a natureza do indivíduo, enquanto este impõe mensurar o *modus operandi* empregado em um delito, as circunstâncias que o envolvem e a gravidade do ilícito.

Ressalte-se, ademais, que a identidade e individualidade de cada pessoa é resultado das experiências sociais experimentadas durante o decurso da vida, portanto essas características jamais serão estáticas. Ao contrário, estão sempre se refazendo para adequar-se às sutis ou significativas alterações das realidades sociais.

Dentro deste cenário, a responsabilização penal pelo fato exige que o comportamento esteja descrito em lei e que a ele seja cominada uma sanção, portanto, está condicionada a determinação dos tipos penais enquanto manifestação do princípio da legalidade.

Neste cenário, não se desconsidera que as circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade encontram morada na narrativa do 59 do CP, contudo é imprescindível que se observe que elas põem a análise do âmagô sujeito em posição de superioridade em detrimento do ato posto a julgamento, fato que desrespeita os postulados da legalidade e da culpabilidade calcada no direito penal do fato.

Logo, permitir que sejam reprimidos os traços de personalidade ou comportamentos que destoem dos padrões socialmente aceitos quando não configurem crimes é atentar contra a própria concepção de dignidade humana, corroborando com os fenômenos da discriminação e estigmatização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da breve discussão suscitada, restaram delineados os aspectos que caracterizam o direito penal do autor, verificando-se que o seu surgimento decorre dos valores externados pela Escola Positiva e pelo Direito Penal do Inimigo e pressupõe que os indivíduos sejam avaliados pelo grau de periculosidade que oferecem à sociedade, pouco importando se cometeram ato lesivo a bem jurídico protegido por norma.

De igual modo, reforçada a importância de manter, no ordenamento jurídico pátrio, a responsabilização penal pelo fato, com atenção ao postulado culpabilidade, característica inseparável de um Direito Penal mínimo, pois entende que deve ser considerada a autonomia da vontade do autor quando se pretende punir determinado ato.

Pincelou-se também sobre alguns pormenores que dirigem a aplicação das penas, destacando-se o processo de individualização realizado nos moldes do modelo trifásico previsto

pelo Código Penal, além de suas finalidades e importância para que se mantenha em ordem a sociedade.

Nesse instante, também se pôde concluir que a conduta social e a personalidade, quando exigem que o julgador, na primeira fase da dosimetria penal, se preste a investigação do modo que o acusado conduz a própria vida e dos valores, sentimentos que carrega internamente, envenenam a finalidade da pena, enquanto dirigida à reprovação do delito e prevenção do crime, posto que investigam circunstâncias alheias ao fato.

Aliás, agravar a pena de uma pessoa com fundamento nestas vetoriais significa retomar uma arriscada união entre direito e moral, reconhecer a legitimidade de punir por fatos não positivados em lei, anteriores ao próprio cometimento do delito, e possibilitar que atos incapazes de oferecer ao menos um perigo concreto de lesão aos bens jurídicos sejam penalmente relevantes. De igual forma, faz com que seja o apenado o objeto da norma, em detrimento do fato.

Assim, a própria mensuração das circunstâncias judiciais em evidência, além de gerar uma rotulação e seletividade criminosa, é incompatível com os princípios da secularização do direito, legalidade, lesividade e responsabilização pelo fato.

Por óbvio, vê-se no Brasil um cenário jurídico de amplas garantias individuais e coletivas, onde o ser humano assume uma posição central, restando protegida a sua liberdade de autodeterminar-se de acordo com suas próprias vontades e convicções. A manutenção das vetoriais em estudo para recrudescer a pena-base, nesse contexto, permite que seja criminalizada a própria individualidade das pessoas, e desrespeita, por conseguinte, a própria natureza do Estado Democrático de Direito, enquanto protetor do princípio da dignidade da pessoa humana.

É razoável entender, ao lume da argumentação apresentada no decorrer deste trabalho, que as circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade se configuram como manifestações e vestígios do odioso direito penal do autor no ordenamento jurídico nacional, razão pela qual são ilegítimas para servirem de instrumento para agravar as sanções dentro do processo de individualização da pena.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Ana Cristina Borba. **A reincidência no sistema penal brasileiro**. Revista Jurídica, São Paulo, v. 54, n. 348, out. 2006.
- BARBOSA, Ebevaldo de Araújo. **Direito Penal do autor face ao princípio da culpabilidade**. 2015. Monografia (Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) – Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2015.
- BITENCOURT, Cézar Roberto. **Coleção Tratado de direito penal, parte geral**, volume 1. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 20 out. 2023.
- BRASIL. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2023.
- BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, 11ª ed., 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm. Acesso em: 20 out. 2023.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CARVALHO, Pedro Henrique Franco de. **Resquícios do direito penal do autor no Brasil**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.
- CARVALHO, Salo D. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2020.
- COSTA, Fernando José da; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- ESTEFAM, André L. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías - La ley dei más débil**. Madri: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direitos e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOÉS, João Victor Bernardes. **Direito ao esquecimento: A consagração do Direito Penal do autor**. 2019. Monografia (Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal: volume 1, parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 24. ed. Barueri (SP): Atlas, 2022.

HÖRNLE, Tatjana. **Determinación de la pena y culpabilidad**. Notas sobre la Teoria de la Determinación de la Pena en Alemania. Buenos Aires: Di Placido, 2003.

JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**, vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOHAMED, André Nascimento. **O Direito Penal do autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2010. Artigo Científico (Pós- Graduação em Direito) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

NEVES, Emília de Freitas. **Direito penal do inimigo: Uma afronta ao Estado Democrático de Direito**. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: volume único**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

OLIVEIRA, Josiane Araújo de; SANTOS, Letícia Mendes dos; GONÇALVES, Érica Oliveira Santos. **O princípio da responsabilidade pelo fato na aplicação da pena**. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Presidente Antônio Carlos FUPAC Teófilo Otoni, Minas Gerais, 2020.

PASCHOAL, Luana. **A conduta social e a personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PINHEIRO, Victor Hugo Arruda. **Devo ser punido também pelo que sou ou somente pelo que cometi?** Um estudo sobre a valoração da conduta social e personalidade do agente através da análise de julgados da Justiça Criminal Potiguar. 2017. Monografia (Bacharelado em

Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

ROXIN, Claus. **Direito penal:** parte geral. Volume I, Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito.** In: Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2002.

SILVA, Liliane Paulart. **O direito penal do autor nas circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade do agente na aplicação da pena.** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Instituição de Ensino Superior do Grupo Ânima Educação, Curitiba, 2023.

SILVESTRONI, Mariano H. **Teoria constitucional del delito.** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal – Parte general.** Buenos Aires: Ediar, 1996.

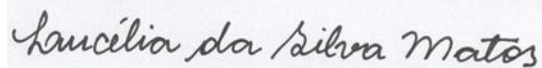
ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Eu, Lucélia da Silva Matos, graduado(a) em Letras pela Universidade Estadual do Piauí, declaro para o Centro Universitário UNINOVAFAPI que revisei o Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito intitulado **MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO BRASIL**: uma análise das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade do agente, do aluno Guilherme Alves de Sousa. Declaro ainda que o presente trabalho encontra-se de acordo com as normas ortográficas e gramaticais vigentes.

Teresina, 17 de novembro de 2023.



CPF: 073.819.623-14/ RG: 3992820

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPI

REPOSITÓRIO DA BIBLIOTECA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPI

Termo de Autorização para Publicação Eletrônicas de Teses, Dissertações e Trabalhos de Conclusão de Curso no Repositório Institucional do Centro Universitário UNINOVAFAPI**1. Identificação do Material Bibliográfico:**

- | |
|--|
| ☐ Tese |
| ☐ Dissertação |
| ☐ Monografia |
| ☒ TCC Artigo |

2. Identificação do Trabalho Científico:

Curso de Graduação: DIREITO
Programa de pós-graduação:
Título: MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO BRASIL: uma análise das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade do agente
Data da Defesa: 20/11/2023

3. Identificação da Autoria:

Autor: Guilherme Alves de Sousa
Orientadora: Diná da Rocha Loures Ferraz
Coorientador:
Membros da Banca: Diná da Rocha Loures Ferraz (orientadora); Marília Martins Soares de Andrade (1º examinadora); Cinthia Ayres Holanda (2º examinadora)

AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAÇÃO NO REPOSITÓRIO DA BIBLIOTECA

Autorizo ao Centro Universitário UNINOVAFAPI a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o texto integral da publicação supracitada, de minha autoria, em seu repositório, em formato PDF, para fins de leitura e/ou impressão pela Internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Centro Universitário a partir desta data. Ainda por este termo, eu, abaixo assinado, assumo a responsabilidade de autoria do conteúdo do referido trabalho científico, estando ciente das sanções legais previstas referentes ao plágio.

Local: Tucuruva - PI Data: 20/11/2023

Guilherme Alves de Sousa
Assinatura do(a) Autor(a):

Diná Ferraz
Assinatura do(a) Orientador(a):