

DA INAPLICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA

Soraya Moradillo Pinto

Juíza de Direito da 4ª vara crime da Comarca de Salvador – Ba, Graduada em Direito pela Ucsal/Ba, Graduada em Psicologia pela Faculdade Ruy Barbosa/Ba, Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela UES-RJ, Pós-Graduada em Ciências Criminais pela UNAMA-AM, Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Baiana de Direito, Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA - Argentina, autora do livro *Infiltração Policial nas Organizações Criminosas* ISBN:978-85-7453-636-1, autora do livro *O Autismo e o Inconsciente* ISBN: 978-85-62336-14-0, e-mail: sorayamoradillo@hotmail.com.

Resumo: No Estado Democrático de Direitos, a Constituição Federal, garante a liberdade como absoluta prerrogativa do indivíduo, só limitável mediante lei que obedeça aos princípios constitucionais penais, explícitos e implícitos nela estabelecidos. Desse modo, os princípios da legalidade, intervenção mínima, humanidade, pessoalidade e individualização da pena limitam o poder de arbítrio do Estado na atribuição da responsabilidade penal, atrelando a culpabilidade ao juízo de reprovação da conduta para a imposição da sanção castigo, inviabilizando a aferição de elementos subjetivos da conduta que se encontrem fora do fato delituoso responsabilizado. Destarte, o presente trabalho demonstra que a criminalização pela conduta de vida, foge à recepção do direito penal brasileiro por ferir princípios garantistas o que inviabiliza a valoração, na dosimetria da pena, das circunstâncias judiciais da personalidade e conduta, vez que tal criminalização é modelo de Direito Penal autoritário, incompatível com o Estado garantista.

Palavras-chave: Conduta. Culpabilidade. Garantias. Liberdade. Personalidade. Princípios.

1. Introdução

Uma Constituição, em um Estado Democrático de Direito, mais que uma Carta de Poderes, é uma Carta de Direitos, haja vista consagrar mais os direitos individuais e sociais do que os poderes estatais. Destarte, a Lei Maior restringe os poderes do Estado em favor do cidadão.

A aludida argumentação se valida pelo fato da Declaração Universal dos Direitos Humanos ter consagrado princípios universais que, tendo sido adotados pela Constituição brasileira, funcionam hoje como garantias constitucionais de direitos individuais, limitando-se, deste modo, os poderes estatais.

ENTRE ASPAS

Alicerçando-se no acima exposto, não se pode negar que o Direito Penal procede potencialmente da Constituição, pois a Carta Magna estabelece os seus fundamentos e determina seus limites, o que implica na elaboração de princípios penais em virtude de suas bases constitucionais. Consequentemente, o *jus puniendi* é limitado pelos limites que a Constituição define para o Estado.

Vale lembrar que a missão do Direito Penal, atualmente, é tutelar os bens jurídicos e os valores ético-sociais, sendo considerada como crime qualquer conduta que os viole, sujeitando o indivíduo a sanção como forma de punição ou castigo. Outrossim, os princípios penais constitucionais, tais como: o da legalidade dos crimes e das penas; o da culpabilidade; da humanidade; da pessoalidade; da individualização da pena; entre outros, existem em razão da própria natureza de um Estado Democrático de Direito. Todos esses princípios, sendo penalmente tutelados, relacionam-se intimamente com os valores constitucionalmente protegidos como a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa, a justiça, a humanidade, entre outros, como norteadores das normas penais.

Desse modo, o Estado garantidor de direitos individuais, não pode punir pelo simples fato de punir, por ser esta uma característica de Estados autoritários; Estado este que pode dispor como quiser da noção de bem jurídico com vista a uma atividade punitiva desenfreada.

Em razão do sistema jurídico penal brasileiro ter adotado a teoria da criminalização pelo fato, o indivíduo autor de crime somente responde pelo que ele fez e não pelo que ele é, sendo a culpabilidade pela conduta de vida rechaçada pelo direito penal brasileiro por dizer respeito à subjetividade do indivíduo, seu mundo interno que resulta de marcar singulares na sua formação e que se compõe pelas suas emoções, pensamentos e sentimentos, cuja investigação adentra a seara da psicologia e da psiquiatria.

Desse modo, ainda que psicólogos fossem, os magistrados não estariam autorizados, por força de princípios constitucionais a avaliar na dosimetria da pena, critérios como o da personalidade e conduta social do acusado, posto que estas circunstâncias judiciais não dizem respeito à reprovabilidade da conduta delituosa imputada, indo de encontro ao princípio da secularização que impede que os juízos emitidos pelo julgador versem acerca do caráter, moralidade e outros aspectos subjetivos da personalidade do acusado.

Entende-se, destarte, que tal problemática pode ser solucionada pelo reconhecimento na sentença, da impossibilidade da aplicação desses critérios por colidirem com os postulados que fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro, embasado no Estado democrático de direitos.

Assim, o presente trabalho busca demonstrar, através de uma análise embasada em aportes teóricos, que na dosimetria da pena o magistrado não poderá levar em conta a subjetividade do indivíduo fora do ato delituoso que a ele se imputa.

A metodologia utilizada é a do estudo exploratório e descritivo, envolvendo a pesquisa bibliográfica.

Desse modo, a fim de alcançar seu objetivo este artigo abordará os seguintes tópicos correlatos: o Estado Democrático de Direito; o direito de liberdade bem jurídico de relevante valor; a responsabilidade penal; a pena como sanção pela conduta ilícita; garantias constitucionais penais; valoração dos critérios subjetivos na dosimetria da pena e o Direito Penal do fato e Direito Penal do autor.

2. O Estado Democrático de Direito

A Constituição de 1988 foi promulgada no intuito de se instituir um Estado Democráti-

co, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 1988).

O Estado Democrático Moderno brotou dos conflitos e lutas contra o absolutismo, principalmente com a asserção dos direitos naturais do indivíduo humano. Foi esse fenômeno que desenvolveu as ideias dos jusnaturalistas, dos quais se pode citar Locke e Rousseau, ainda que estes não tenham recomendado a adoção de governos democráticos.

Porém, com as mudanças sofridas no tempo e a admissão de que era possível a existência do Estado Democrático, as ideias de Rousseau foram consideradas um marco para o surgimento do Estado Democrático. É baseado nesses princípios que Dalmo de Abreu Dallari (2005, p.147) destaca que:

É através de três grandes movimentos político-sociais, que se transpõem do plano teórico para a prática, os princípios que iniciam conduzir o Estado Democrático: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta, a influência direta de Rousseau.

Como se pode observar todo esse movimento iria ganhar uma nova dimensão nos séculos subsequentes e todas as lutas tinham o objetivo de desbancar o absolutismo nesses Estados onde eclodiram os movimentos. Por consequência, essas revoluções influenciaram fundamentalmente no atendimento pleno aos anseios de liberdade dos colonos.

Passadas décadas de insatisfação e incertezas, por meio de um poder centralizado, em 1889, veio a Proclamação da República, dando ao Brasil novas características de mudança para os rumos do país e do povo brasileiro. Logo depois da tomada do poder, já com a forma de governo republicano, o Brasil ganha uma Constituição para direcionar os destinos da nação.

Com o desencadeamento da Segunda Guerra mundial, os problemas sociais se agravaram e a Carta Magna brasileira já não atendia aos avanços provocados pelos movimentos sociais, causados por uma Constituição profundamente individualista, que, em nome das reivindicações proletárias que entusiasmavam o mundo, serviu de combustível para desencadear a Revolução de 1930.

Em 1930, Getúlio Vargas assumiu o poder provisório através de Decreto e exerceu o cargo de Presidente de maneira discricionária, não só o Poder Executivo como também o Legislativo, até que fosse eleita a Assembleia Constituinte, para reorganizar constitucionalmente o país. A Constituição de 1934, apoiada na Constituição alemã de Weimar, teve vida curta em decorrência das divergências ideológicas dos constituintes, com sentimentos, de anarquistas, comunistas, socialistas, liberais, cristãos, anticristãos, positivistas, corporativistas, entre outros, que não tiveram a capacidade para editar uma constituição a altura das aspirações brasileiras.

ENTRE ASPAS

O presidente Getúlio Vargas, verificando a necessidade de retificação dos problemas causados pela Assembleia Constituinte, tratou de editar uma nova Carta Magna em 1937, outorgada, documento este de cunho ditatorial populista e fez, com o apoio das Forças Armadas e a classe operária, tendo esta durado até 1946, quando foi editada uma nova Constituição Federal, trazendo no seu bojo alguns direitos e garantias fundamentais.

Passado o período da “República Velha”, seguida do golpe militar de 1964, o Brasil envolveu-se num período conturbado na luta contra o Regime Militar, através de movimentos sociais e entidades que para manter seus ideais, tinha que utilizar mecanismos de repressão contra aqueles que atentaram contra a ordem nacional.

Com a Lei da Anistia, em 1979, inicia-se uma luta para a instituição de um Estado Democrático de Direito. Elege-se o primeiro Presidente Civil, através de um Colégio Eleitoral. Em seguida, criou-se uma Assembleia Nacional Constituinte para a formação e edição de uma nova Constituição Federal com objetivo de atender às verdadeiras aspirações do povo brasileiro.

Essa nova Constituição Federal que foi promulgada em outubro de 1988, foi apelidada de “Constituição Cidadã”, pelas suas características e conteúdo de seu texto, principalmente no tocante ao seu artigo 5º, seus incisos e parágrafos, que fundamentam os direitos e garantias fundamentais que também se chamam de direitos humanos fundamentais.

A CF/88 garantiu em seu artigo 1º, que o Brasil fosse um Estado Democrático de Direito, de acordo com o seu princípio da indissolubilidade, do vínculo federativo, sua soberania, sua cidadania, seu princípio da dignidade da pessoa humana, seus valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político, do princípio da soberania popular e da democracia representativa. Lenio Luiz Streck (2001, p.22) declara que:

Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como *algo substantivo*, porque contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização.

Ao contrário de constituições anteriores, principalmente as ditatoriais, o fundamento maior era a ordem, agora com novo texto constitucional, o fundamento maior é a liberdade. Segundo Geovane Moraes (2005, p. 132-133), que cita um ementário do superior Tribunal de Justiça sobre o Estado Democrático de Direito e Liberdade:

A liberdade é a regra do Estado de Direito Democrático e a restrição à liberdade é a exceção, que deve ser excepcionalíssima, aliás. Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória ou seja, ainda que condenado por sentença judicial, o acusado continuará presumidamente inocente até que se encerrem todas as possibilidades para o exercício do seu direito da ampla defesa. Assim, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá finalidade meramente cautelar. A lei define as hipóteses para essa exceção e a Constituição Federal nega validade ao que o Juiz decidir sem fundamentação. O pressuposto de toda decisão é a motivação; logo, não pode haver fundamentação sem motivação. Ambos só poderão servir gerando na decisão a eficácia pretendida pelo Juiz se amalgamadas com suficientes razões.

Assim, a Constituição passou a ser escrita em código superior, formal e rígido, para organizar mais racionalmente o Estado. Porém o valor diretivo, o vetor axiológico que motivou e guiou a escrita da Constituição, não foi organizar o Estado, mas garantir a liberdade individual¹. A liberdade foi, então, concebida como absoluta prerrogativa do indivíduo, só limitável mediante uma lei igual para todos em função do interesse comum.

A liberdade individual foi o valor que fundou um novo tipo de Estado que, por substituir e impor o império da lei ao império do rei, submetendo todos os indivíduos ao direito, foi chamado Estado de Direito, tendo por conteúdo no primeiro momento histórico, um regime político derivado da ideologia do liberalismo, se chamando Estado Liberal de Direito.

Surgindo a Constituição escrita na Europa e na América, o Estado de Direito já aparece historicamente como Estado Constitucional, no qual toda a lei fica submetida à Constituição, posta como lei maior, fundamento de toda ordem jurídica.

A Constituição escrita, com separação de poderes e declaração de direitos, seria o necessário e o bastante para debelar o arbítrio de poder e garantir a liberdade do indivíduo. Mas essa crença logo se revelou uma ilusão do liberalismo revolucionário da primeira hora liberal. Não tardou a verificação de que a lei, embora feita pelos agentes do poder legislativo em nome do povo em função do interesse comum, não raro feria a Constituição e, por consequência, agredia os direitos que significavam liberdades. Daí a necessidade histórica de, para garantir a liberdade individual contra o arbítrio político, mediante a Constituição escrita, garantir a própria Constituição mediante o controle da constitucionalidade das leis.

Eis como à necessidade histórica de garantir a liberdade pela Constituição, sobreveio a necessidade histórica de garantir a constituição pela constitucionalidade. Nesse ponto, Lenio Luiz Streck (2001, p. 22) afirma que:

A Constituição ainda deve “constituir-a-ação”, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um “silêncio eloqüente” acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de “norma diretiva fundamental”. Numa palavra: sob o manto de uma “baixa constitucionalidade”, olvidou-se o constituir da Constituição; mas, muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, baseado em uma Constituição que regulamentada e ao mesmo tempo limita o poder, legitimando-o pelo respeito aos direitos fundamentais, a finalidade precípua do ordenamento punitivo deve ser a de proteger os direitos humanos e os bens jurídicos essenciais à sua coexistência, à exemplo do direito de liberdade.

3. O direito de liberdade bem jurídico de relevante valor

O homem é um ser social em sua essência e por viver em sociedade, suas ações podem interferir na vida de outras pessoas. A fim de que esta interferência ocorresse de forma construtiva, foram sendo criadas ao longo do tempo, de forma escrita ou não, regras e normas de comportamento visando à preservação da paz nesse contexto. Esse conjunto de regras tornou-se um grupo que hoje é chamado de Direito.

ENTRE ASPAS

Nesse sentido, o direito à liberdade passou a ser citado nas mais variadas formas, sempre colocando o indivíduo como elemento de um conjunto, no qual exerce influência e ao mesmo tempo é influenciado, ou seja, para existir o convívio harmonioso entre estas pessoas, tornou-se, de fato, indispensável que fossem definidas regras claras, apresentadas sob qualquer forma.

A Constituição Federal, consagra no seu art. 5º o direito de liberdade como de relevante valor, sequenciando-o logo após o direito à vida, evidenciando que em uma sociedade que se pretenda democrática há que abrigar um rol de valores que em razão da sua importância social e visto como mecanismo de proteção dos direitos humanos, numa dimensão individual-social, seja resguardado de agressões, pondo os indivíduos à salvo de agressões e dos abusos do Poder Estatal.

Considera-se a liberdade como um estado no qual as pessoas se supõem livres de coações ou limitações, desde que se esteja agindo de forma lícita, pautada por princípios legais e éticos cristalizados no seio da sociedade.

De modo geral, a expressão “liberdade” denota a condição de uma pessoa não ser submetida ao domínio de outra e, por esse motivo, ter absoluto poder sobre ela mesma e sobre suas ações.

O pensamento atual é de que nenhuma sociedade na qual a liberdade, em todas as suas formas de expressão, não seja respeitada, é livre, qualquer que seja a sua forma de governo; e nenhuma será completamente livre se não houver liberdade absoluta e irrestrita.

Nessa esteira, cada um pode buscar o seu próprio bem, à sua própria maneira, contanto que não tente privar os outros do seu, ou impedir seus esforços em consegui-lo. Na concepção de Francesco Carnelutti (1956, p. 37) a liberdade:

[...] no es la abstracta posibilidad de escoger entre el bien y el mal, sino la concreta potencia de esgoger el bien, y así la fuerza de liberación del peso de la carne; de donde, si la acción buena es ejercicio, la acción mala es no ejercicio de libertad; cada vez que sucumbo, en lugar de superarme, al deseo o, digamos también, a la tentación, ésta no es libertad sino servidumbre².

Daí inferir-se que uma coisa é ser livre e outra é exercer a liberdade. Nenhum servo pode libertar-se, mas quem é livre pode servir.

Segundo Norberto Bobbio (1992, p. 52), a liberdade é “o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída”. É, portanto, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou simplesmente, uma autonomia.

Saliente-se que a liberdade opõe-se ao autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima, posto que esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Nesse sentido, autoridade e liberdade são situações que se complementam por que:

[...] a autoridade é tão indispensável à ordem social [...] como esta é necessária à expansão individual. [...] O problema está em estabelecer, entre a liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão médio possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expressão de sua personalidade (SILVA, 1996, p. 226).

Infere-se destarte, que toda lei que limita a liberdade precisa ser normal, moral e legítima, ou seja, consentida por aqueles cuja liberdade restringe.

Desse raciocínio depreende-se que a liberdade só tem sentido se for exercida dentro da ordem, da hierarquia e da disciplina, pois do contrário, se cada um fizesse o que quisesse em detrimento do bem comum o resultado seria uma anarquia que só traria prejuízos para a coletividade. Diante disso, pode-se afirmar que os direitos de liberdade são relativos e limitados, o que é corroborado por David Hume (2007, p. 112) quando declara que “em nenhum lugar do universo há contingência, nem indiferença e nem liberdade”.

Assim, diante da tendência humana ao exercício da liberdade em todas as suas ações externas, se estas sofrem restrições, malogram-se o desenvolvimento e o crescimento do indivíduo desprezando-se sua dignidade e seus direitos, o que, de certa forma, se constitui no que se pode chamar de violência externa.

Partindo do pressuposto de que todos nascem livres e iguais perante a lei, com obrigações e direitos, pode-se fazer uso do direito à liberdade para o lado positivo tanto quanto o negativo, de forma consciente. Pelo que, todo aquele que confundir liberdade com licenciosidade, certamente, será cobrado pela sociedade.

4. A responsabilidade penal

Para que uma pena seja aplicada, é necessário que a realização da conduta típica (descrita na Lei), contrária ao ordenamento jurídico, reste evidenciada e provada, com identificação precisa do seu autor, estando tal responsabilização intrinsecamente ligada à culpabilidade.

Com efeito. Hassemer, (*apud* CARVALHO. CARVALHO, 2004, p. 37) “diagnostica que conceito de culpabilidade representa um grave inconveniente, visto que constitui um dos instrumentos mais difíceis e obscuros do sistema jurídico-penal”.

A dogmática tradicional trata a culpabilidade pressupondo a capacidade de autodeterminação do indivíduo, embasada na cognição e na finalidade da conduta. Desse modo, a noção de culpabilidade é empregada a partir da assunção de um juízo de reprovabilidade imposto ao indivíduo pela realização de um injusto penal quando podia ter atuado de maneira diversa (CARVALHO. CARVALHO, 2004, p. 45).

Hans Welzel (1993, p. 76) aduziu que a capacidade prescindiria da possibilidade de escolha (volição) entre condutas previamente cognoscíveis (representadas), sendo, destarte, “a falta de autodeterminação conforme um sentido em um sujeito capaz”.

A incidência da responsabilização penal exige assim a existência do crime como fato típico, antijurídico e culpável.

4.1. Crime

Conforme os ensinamentos de Guisepe Bettiol (1977) duas correntes opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime. Uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub espécie iuris*, no sentido de considerar o crime todo fato humano, proibido pela lei penal. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando crime; todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade.

ENTRE ASPAS

Sob o aspecto formal, crime será toda conduta que atente ou colida frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado. Considerando o seu aspecto material, conceitua-se o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

Como se pode perceber, o conceito formal e material não traduz o crime com precisão, pois que não conseguem defini-lo. Surge assim, outro conceito, chamado analítico, porque realmente analisa as características ou elementos que compõem a infração penal.

Sobre o conceito analítico de crime, preleciona Francisco de Assis Toledo (1991, p. 80):

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídicos –penais) protegidos. Essa definição é porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outras mais analíticas, apta a por à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. É entre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

Segundo a visão finalista, o fato típico, é composto pelos seguintes elementos:

- a) conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva.
- b) resultado (nos crimes onde se exija um resultado naturalístico).
- c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado.
- d) tipicidade (formal e conglobante)

A antijuridicidade, que é sinônimo de ilicitude, é aquela relação de contrariedade, de antagonismo entre conduta do agente e o ordenamento jurídico. Assim, na precisa conceituação de Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 324):

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).

No conceito formal, crime é toda ação ou omissão proibida ou ordenada pela lei, sob ameaça de pena. Sob o aspecto material, o crime é um desvalor da vida social, uma conduta que se proíbe, com a ameaça de pena, porque constitui ofensa a um valor da vida social, ou seja, a um bem jurídico.

Sob o prisma analítico, conceitua-se o crime como sendo a ação humana, antijurídica, típica, culpável e punível. Mas a punibilidade não constitui um requisito do crime. A punibilidade, como possibilidade jurídica de imposição de sanção, é consequência jurídica do crime, pois se ela fosse requisito do crime, extinta a punibilidade o crime não subsistiria.

Assim, a conceituação de crime como conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável, é a definição dos adeptos da teoria naturalista e de vários seguidores da teoria finalista da ação.

4.2. Conduta

Observa-se que, pelo conceito de crime, a existência deste, imprescinde do elemento conduta e sabemos que, conduta é vontade exteriorizada do homem dirigida a um fim. Dentro desta concepção, nega-se toda possibilidade de separar o fim da vontade.

Para grande parte da nossa doutrina, a vontade nada mais é do que um querer do momento corporal, despida de qualquer conteúdo finalístico, ou, por outras palavras, a conduta, embora voluntária, prescinde do fim a que essa conduta se dirige. Argumenta José Frederico Marques (1966, p. 43-44).

Sem que a vontade, ou ato psíquico interno se incorpore a um ato externo, não há fato punível nem ação delituosa. Para que a vontade externa do autor seja plenamente relevante é preciso, como diz Menzeger, “que se transforme em acontecimento natural, em um movimento corporal em um processo do mundo externo e sensível”.

Dentro do conceito puro de ação, escreve Aníbal Bruno (1959), que a ação se define “como comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior”.

Para Welzel (1987), a ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer final e não puramente causal. A finalidade ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade, de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim determine finalmente.

Ainda para Welzel (1987), a atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, mas é resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. A finalidade é, por isso – dito graficamente – “*vidente*” e a causalidade é “*cega*”.

Aduz César Bittencourt (1999), que a ação compõe-se de um comportamento humano exterior de conteúdo psicológico, que é a vontade dirigida a um fim, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e da consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e o momento corporal dirigido ao fim proposto.

A vontade consciente do fim, que dirige todo acontecer causal, apresenta-se, assim, como elemento fundamental da ação e, por conseguinte, de toda estruturação analítica do delito.

4.3. Culpabilidade

A culpabilidade é o último elemento do conceito analítico do delito que realiza juízo de reprovação pessoal sobre o autor de conduta punível. É no juízo de culpabilidade que se verifica a possibilidade de censurar o indivíduo que a praticou.

Culpabilidade é conceito jurídico-penal estritamente vinculado ao ordenamento jurídico vigente, pois no Estado de Direito não se pode violar a liberdade individual sem expressa autorização legal.

O conceito formal de culpabilidade se caracteriza, diante dos elementos que o ordenamento jurídico exige como pressupostos, para a reprovação do autor do fato punível.

Em sentido material, a culpabilidade considera as razões pelas quais se reprova o autor

do fato punível, de modo a justificar a atuação repressiva do Estado. O juízo de reprovação pessoal não pode se realizar pelo simples contraste entre o fato naturalístico e as disposições normativas, que caracteriza formalmente a culpabilidade, mas encontrar justificação na utilidade social da punição.

Assim, a reprovação deve possuir razão de ser, vinculada a atuação do direito penal na realidade social, e a concepção material da culpabilidade põe em evidência a legitimidade da punição no caso concreto. O conteúdo material da culpabilidade identifica o denominador comum de todos os critérios necessários à caracterização da reprovação, bem como a mensuração de sua intensidade constitui objeto para a valoração jurídica que considera a possibilidade de reprovação do autor do injusto.

Ao adotar a teoria finalista, o Código Penal brasileiro recepcionou a teoria normativa pura da culpabilidade. O dolo e a culpa são excluídos da culpabilidade e inseridos no tipo penal, enquanto a consciência da ilicitude é desvinculada do dolo e analisada sob os ditames da culpabilidade. A culpabilidade, desta forma, traz consigo três elementos, a saber: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Assim, a imposição de uma pena de caráter criminal exige a concorrência destes três dados mencionados.

Desse modo, caracterizada e provada a conduta delituosa, justificada estará a aplicação da pena como forma de sanção.

5. A pena como sanção pela conduta ilícita

Ao autor do fato típico, antijurídico e culpável se imporá uma sanção por força do controle sócio-jurídico-penal que é um controle normativo exercido por meio de um conjunto de normas que foram criadas previamente pelo Estado com o objetivo de regular as relações humanas, possibilitando uma convivência pacífica entre os indivíduos, atribuindo a estes, direitos e obrigações.

Nilo Batista (1999) assevera que, desde o surgimento das sociedades estas se movem em sistemas de regras. Aduzindo ainda o ilustre jurista que o Direito Penal não existe apenas para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais, mas é disposto pelo Estado para fazer com que algo se realize, para cumprir finalidades para e dentro de uma sociedade que se organizou de determinada maneira.

Assim, a violação da norma penal acarreta a sanção que se denomina pena.

5.1. Conceito de pena

Segundo Samolão Shecaria (2002); O conceito de pena, sempre foi alvo de divergência entre os doutrinadores penalistas como Franz Vonz Liszt, Edmundo Mezger, Guiseppa Bettiol, Francesco Antolisei, Aníbal Bruno, Frederico Marques dentre outros, os quais a conceituam de acordo com a visão da finalidade preventiva, repressiva, punitiva, retribucionista e ressocializadora que dela têm.

De acordo com Antônio Sodré de Aragão Moniz (1952), a Escola Clássica, que tem como principais expoentes, Cesare Beccaria e Francesco Carrara, formula o conceito de pena embasada no mal que merece castigo, em decorrência de uma falta criminosa cometida pelo seu autor de forma voluntária e consciente. Para esta escola, a pena é um “justo castigo”, é o mal

que redime outro mal, é a repreensão da conduta de um sujeito livre que deliberou agir ilícitamente. Sendo meio de intimidação àquele que já cometeu um crime, constringendo-o a não reincidir, bem como da comunidade como um todo, que passa a conceber a punição como consequência necessária da prática de crimes.

Ainda na visão do mesmo doutrinador o conceito de pena, para a Escola Positiva, representada por Cesare Lombroso, autor de *L'uomo delinquente*, e Enrico Ferri, se sustenta na defesa social, como aduz Moniz (1952, p. 267) “um remédio contra o crime, e, na sua aplicação, não tem em vista o castigo, mas a defesa social”.

Assim, o conceito de pena evoluiu ao longo do tempo, ou seja, daquele proposto por Franz Vonz Liszt, para quem a pena consistia em um mal imposto pelo juiz ao delinquente em razão do delito por este cometido, com o objetivo de expressar a reprovação social, tanto ao ato praticado quanto ao seu autor. Ao dado por Damásio de Jesus (1991, p. 457), para quem “a pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado através de uma ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição do seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.”.

Eugênio R. Zaffaroni define la pena como privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito en la medida tolerada por el sentimiento social medio de seguridad jurídica y que tiene por objeto ressocializarlo, para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados³ (ROJT, 2004, p. 168)

Entretanto, até o século XVIII, viveu o entendimento da pena como castigo ou punição, imposta pelo detentor do poder de punir, ao autor de crime ou infração penal, com o fim de exemplá-lo e evitar a prática de novas infrações, servindo também como meio intimidatório social. Desse modo, o castigo como pena surge no contexto material da dívida, prescindindo da noção moral de culpa.

Francesco Carnelutti (1955, p.16) afirma que a pena nasce da relação causal entre um mal e outro, isto vale dizer que a pena é um mal que se impinge a uma pessoa em razão de um outro mal que causou.

La conexión causal entre un mal y el otro, de donde proviene a este último el carácter de pena, se encuentra, en el caso que estamos observando, un síntoma en la identidad de la persona, que padece el primero e infiere el segundo; aparece así que el segundo mal es, como se dice, una reacción contra el primero⁴ (CARNELLUTI, 1955, p. 16)

Mas, Carnelutti (*apud* BITTENCOURT, 1973, p.52), não via a pena, apenas como um mal em si mesma, ao afirmar que do entendimento da sua aplicação deriva o entendimento sobre a dor, pois a dor não é um simplesmente um mal, mas a reação da vida contra o mal, porquanto ela, como a fome e sede é uma sábia defesa da natureza. Por isso é fecunda. Desse modo, uma alma angustiada pela dor é como a terra que se revolve, assemelhando-se assim, a pena, à ação de arar a terra. Destarte, o mal é negativo, mas a dor é positiva e, desse modo, a positividade da pena é a dor.

A pena de prisão é sempre afliativa e dolorosa para o condenado, pois retira-lhe a liberdade, bem jurídico que somente se sobrepõe à vida, se bem que não se pode conceber o

ENTRE ASPAS

exercício do direito à vida sem liberdade. Fiodór Dostoiévski (2006, p. 17) retrata muito bem a revolução que tal aflição causa no condenado; quando declarou:

E eu pensava, desalentado, que anos e anos se passariam e, tal como agora, ficaria espiando pela fresta, não vendo nada mais, que a mesma muralha, o mesmo barranco, a mesma sentinela e apenas um trechinho do céu; não o céu que cobre o presídio, mas sim aquele ao fundo, distante, livre.

A pena engessa a alma do condenado, macula o seu orgulho, encolhe a sua autoestima, o rotula e o marca pelo resto da sua existência.

Na sua obra *Vigiar e Punir*, Michel Foucault (2007) declara com propriedade que a privação da liberdade a partir do século XIX deixou de ter como alvo o corpo do condenado para focar a sua alma.

Na condição de prisão pena, ao cárcere é delegado o papel ressocializador, onde o objetivo não é somente a punição, mas também a recuperação do apenado.

À proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem o coração, as leis poderão satisfazer com provas mais fracas para pedir a prisão” (BECCARIA, 2001, p. 26.)

Em razão do caráter aflitivo da pena, o Estado, para exercer a cobrança da responsabilidade penal em nome da sociedade, deve fazê-lo com observância das garantias constitucionais penais.

6. Garantias constitucionais no Direito brasileiro

Em uma democracia, com no Brasil, o Estado não possui um poder absoluto, apresentando várias limitações, existindo inclusive previsão em lei de garantias individuais e coletivas constitucionalmente asseguradas ao indivíduo para com os seus iguais e destes para com o Estado.

Desse modo, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, elenca aos longos de seus dispositivos inúmeros princípios norteadores ao regular funcionamento do poder jurisdicional do Estado.

Os princípios constitucionais penais inseridos quase que em sua totalidade no art.5º da nossa Constituição Federal devem orientar o legislador ordinário na adoção de um sistema penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista (BITENCOURT, 2002).

Neste diapasão a Constituição é o início das demandas penais e processuais penais, e desse modo, nenhuma norma infraconstitucional poderá ser aplicada sem a observância dos seus ditames.

A Constituição brasileira contempla no seu texto, alguns deles inequivocamente explícitos e outros encontram implícitos no contexto da norma. Dentre os princípios explícitos, destacam-se os da legalidade, intervenção mínima, humanidade, pessoalidade e individualização

da pena, como os que merecem especial destaque por se encontrarem de certa forma tão entrelaçados e dependentes uns dos outros, quase como se fossem sub-princípios de um único, sendo que quando da aplicação da lei penal todos eles deverão ser observados.

Falarei aqui brevemente sobre os princípios elencados, direcionando maior atenção para o princípio da individualização da pena por ser o principal foco deste nosso trabalho.

6.1. O princípio da legalidade

O princípio da reserva legal, ou da legalidade, está insculpido no art. 5º inciso XXXIX da CRFB, possuindo o seguinte teor: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Luigi Ferrajoli (2006) assinala que de todos os princípios garantistas, o da legalidade é aquele que caracteriza especificamente o sistema cognitivo, ocupando um lugar central no sistema cognitivo. Em sentido lato se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito. Por outro lado, no estrito, exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal. Disso infere-se que a legalidade estrita, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes. Ela garante a verificabilidade e a falseabilidade⁵ dos tipos penais abstratos, assegurando, mediante as garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que formam seus elementos constitutivos.

A norma constitucional, expressa com tal postulado a exigência de que as leis penais, especialmente de natureza incriminadora, sejam claras, certas e precisas de forma a vetar ao legislador a elaboração de tipos penais ambíguos.

6.2. O princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima decorre do caráter fragmentário e da natureza subsidiária do direito penal, posto que, por se tratar a intervenção penal de forma drástica de reação do Estado frente ao delito, o direito penal deve ser a *última ratio* e como tal, somente deve ser acionado quando todos os demais ramos do direito se revelarem incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem em sociedade.

Para Luiz Flávio Gomes (2007) o princípio da intervenção mínima é de natureza marcadamente político-criminal, e segundo os seus aspectos somente os bens juridicamente mais relevantes devem merecer a tutela penal e somente devem ser punidos penalmente os ataques mais intoleráveis.

Não se pode olvidar que tal princípio encontra-se vinculado ao pensamento iluminista de penas justas e que terminou sendo editado na Revolução Francesa e consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Em sendo assim, o caráter fragmentário do direito penal é um postulado do *jus puniendi*, estando o seu núcleo substancial constituído pela essencialidade do bem jurídico e pela intolerabilidade da ofensa, enquanto a subsidiariedade encontra-se fundada no exame razoável de todas as perspectivas para se constatar que o ordenamento jurídico não disponha de nada melhor que o direito penal para a tutela do bem jurídico, ressaltando Luiz Flávio Gomes (2007) que, para àqueles que propugnam por uma finalidade preventiva de tutela subsidiária dos bens

jurídicos, tal caráter é uma consequência da supremacia do valor da liberdade como direito fundamental do Estado de Direito.

6.3. O princípio da humanidade da pena

O princípio em análise não se encontra fundado apenas na Constituição Federal brasileira, mas também em pactos internacionais, sendo princípio universal inscrito no art.5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, celebrada em Paris/França, pela 3ª Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, através da Resolução nº 217, França, no ano de 1948, que assim estabelece que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (ONU. 2010 p.2)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos deve ser considerada a base internacional do princípio da humanidade da pena. Ainda no âmbito internacional, se pode dizer que o princípio da humanização das penas encontra-se inserido no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 1969, ratificada pelo Brasil, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica e na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura 1985, ratificada pelo Brasil em 1989.

A humanização das penas “apresenta-se como uma diretriz de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com princípios da culpabilidade e da igualdade” (PRADO, 2005, p.124).

Luiz Regis Prado (2005, p.123) ensina que:

[...] a idéia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passou-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas.

A consagração de tal princípio, segundo Luis Luisi (1991) deve-se ao movimento iluminista, cujos adeptos do movimento advogavam a transformação do Estado, afirmando a existência de direitos inerentes à condição humana os quais, por força do contrato social do qual se erigiu o Estado, devem ser respeitados e assegurados, pelo que o direito penal se vincula a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo necessário e sem penas degradantes.

Consoante lição de Jescheck (*apud* GOMES, 2007, p.550):

O princípio impõe que todas as relações humanas que o Direito penal faz surgir no mais amplo sentido se regulem sobre a base de uma vinculação recíproca, de uma responsabilidade social frente ao delinqüente, de uma livre disposição à ajuda e assistência sociais e de uma decidida vontade de recuperação do condenado [...] dentro dessas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade.

Este princípio visa evitar os abusos e as arbitrariedades por parte do Estado e pode ser encontrado em diversos dispositivos constitucionais da Constituição brasileira.

A REVISTA DA UNICORP

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

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:

[...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; 20

Com efeito. Tais princípios são importantíssimos para a manutenção do Estado Democrático como pedra angular do limite estatal, porquanto todos os atos e todas as leis devem para ela convergir.

6.4. O princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena tem sido muito descuidado pela doutrina, comprometendo tanto as garantias individuais quanto a segurança jurídica, resultado que é do exagerado desenvolvimento que envolveu a teoria do delito (ZAFFARONI, 2002), posto que quanto mais inadequada se mostrar a forma de quantificação, maior será o campo da arbitrariedade.

Para Ricardo Schmitt (2009, p. 76) o referido princípio “se mostra indispensável por permitir que seja eleita e aplicada a justa sanção penal a determinado indivíduo, quer seja em sua espécie, em seu quantum, bem como na forma de sua execução”.

A individualização da pena se encontra estatuída no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assim estabelece:

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;

ENTRE ASPAS

- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

O dispositivo legal acima transcrito impõe que a pena deve ser aplicada de forma individualizada com relação a cada agente que tenha perpetrado ou participada do crime, devendo, a cada um deles, ser aplicada uma pena de acordo com a gravidade de sua conduta delituosa.

Neste diapasão a lei deverá determinar, em razão das circunstâncias e modo de execução pelo qual se deu a infração, o tipo e a quantidade de pena a ser aplicada, respondendo o agente no caso de concurso de pessoas na medida de sua culpabilidade. Assim dispõe o art.29 do código penal pátrio: 21

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

De acordo com Geovane Moraes e Rodrigo Junior Capobianco (2009) a individualização da pena ocorrerá em três etapas: cominação, aplicação e execução. A cominação é a fase legislativa em que o legislador define os comportamentos tidos como criminosos e determina a qualidade e quantidade desta. A aplicação é a fase em que o juiz aplica a pena estabelecida em lei ao indivíduo que cometeu o ato criminoso e a execução é a fase em que, após transitada em julgado a sentença penal, o Estado coloca em prática a pena estabelecida na fase de aplicação.

Para cada fato típico a lei penal brasileira prevê o máximo e o mínimo de pena a ser cominada ao agente infrator, e o aplicador, o juiz, deve analisar o fato, em todas as suas circunstâncias, bem como os motivos do crime, e em conformidade com o art.59 do CP⁶ e o art. 387 do CPP⁷, fixar uma pena base, para depois analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes, fixando a pena provisória. Em seguida observará a existência de causas especiais de diminuição ou de aumento da pena, chegando a uma pena definitiva em conformidade com o art. 68 do CPP⁸.

As penas serão cumpridas em estabelecimentos penais distintos, de acordo com o regime aplicado ao condenado na sentença, prevendo a Lei de Execuções Penais a progressão de regimes e estabelecendo regime mais brando (domiciliar⁹), desde que o condenado preencha os requisitos do art.117, ou mais gravoso (RDD¹⁰), com base em seu comportamento.

7. Valorização dos critérios subjetivos na dosimetria da pena

O direito penal brasileiro adotou o direito penal de culpabilidade do ato, cujo princípio obsta a responsabilidade objetiva, ou seja; pelo princípio da culpabilidade, não há crime sem dolo e sem culpa (*nullum crimen sine culpa*). Não havendo pena se a conduta não for reprovável ao autor. “Desse modo, a pena relaciona-se diretamente ao agente do fato criminoso, evitando-se a malfadada responsabilidade penal objetiva, ao menos como regra geral” (NUCCI, 2007).

O princípio da culpabilidade decorre da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, que preserva a intimidade de todo ser humano, do arbítrio do Estado.

Por estar o juízo de culpabilidade atrelado ao fato, nenhum argumento poderá ser considerado para elevar a reprimenda além dos limites estabelecidos por ela, dessa forma ao dosar a pena, mesmo encontrando-se previstos no art. 59 do Código Penal pátrio as circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social, não pode o magistrado valorá-las por afetarem garantias constitucionais penais baseadas nos princípios da humanidade, legalidade, individualização da pena e intervenção mínima.

7.1. Da circunstância judicial da personalidade do réu

O juízo valorativo de tal circunstância é incompatível com o princípio da refutabilidade das hipóteses, pois não apresenta possibilidade de verificação processual nem pelo magistrado nem pelas partes.

Com efeito. Calvin Hall; Gardner Lindzey ; John Campbell (2000) ressaltam que existem poucas palavras na língua portuguesa que exercem tanto fascínio quanto o termo personalidade, podendo tal termo referir-se popularmente à habilidade ou perícia social, isto é à efetividade com que o indivíduo consegue eliciar¹¹ reações positivas em uma variedade de pessoas em diferentes circunstâncias ou à impressão mais forte e destacada que ele cria nos outros.

Psicologicamente a palavra personalidade tem uma variedade de significados e que nenhuma definição substantiva de personalidade pode ser generalizada, porque a definição de personalidade dependerá da linha teórica adotada pelo observador. E assim, “consiste em uma série de valores ou termos descritivos que descrevem o indivíduo que está sendo estudado em termos das variáveis ou dimensões que ocupam uma posição central dentro de uma teoria específica” (HALL; LINDZEY ; CAMPBELL, 2000, p. 33).

Existe uma multiplicidade de teorias da personalidade, cada uma dessas teorias enfatizam diferentes componentes do comportamento do sujeito. As teorias psicodinâmicas enfatizam os motivos inconscientes e seus conflitos intrapsíquicos, as estruturalistas se fixam nas diferentes tendências comportamentais que caracterizam o indivíduo e as experienciais observam a maneira pela qual o sujeito percebe a realidade e experiência seu mundo.

Falarei aqui brevemente sobre as 3 teorias da personalidade que julgo principais. Teoria Psicanalítica Clássica de Sigmund Freud, Teoria Analítica de Carl Jung e a Teoria Psicanalítica contemporânea com a contribuição de Erik Erikson, nos seus principais aspectos.

7.1.1. Teoria Psicanalítica Clássica de Sigmund Freud

Freud dividia a personalidade em três níveis: consciente, pré-consciente e o inconsciente. Para ele o consciente corresponde ao seu significado normal do cotidiano. Ele inclui todas as sensações e experiências das quais estamos cientes em todos os momentos, sendo um aspecto limitado da personalidade, isto porque somente temos o tempo todo na nossa consciência, uma pequena parte dos nossos pensamentos, sensações e lembranças. O inconsciente é a parte maior e invisível, moradia dos instintos, dos desejos que regem o nosso comportamento sendo o depósito de forças que não conseguimos ver e controlar.

Entre esses dois níveis (consciente e inconsciente) está o pré-consciente, que é o

ENTRE ASPAS

depósito de lembranças, percepções e idéias das quais não estamos ciente no momento, mas que podemos trazer facilmente para o consciente.

Entretanto, mais tarde, Freud (1923) revisou esse conceito e introduziu três estruturas básicas na anatomia da personalidade: o id, o ego e o superego.

O id corresponde ao conceito inicial do inconsciente, sendo o reservatório do instinto e da libido estando relacionado à satisfação das necessidades corporais, agindo de acordo com “princípio do prazer¹²”. Ele nos conduz ao que queremos, quando queremos, sem levar em consideração o que os outros querem, é uma estrutura amoral, egoísta, primitiva, insistente e impulsiva, que não tem consciência da realidade.

O ego, o mestre racional da personalidade, cujo objetivo não é contrariar os impulsos do id, mas ajudá-lo a obter a redução da tensão que almeja, é ele quem decide quando e como os instintos do id devem ser satisfeitos e qual a melhor maneira. E ele que tenta adiar ou redirecionar a satisfação do id em função das exigências da realidade, ele opera de acordo com o “princípio da realidade¹³” que se opõe ao princípio do prazer. É o ego que nos induz a se dar bem com as pessoas da qual não gostamos, porque a realidade requer esse comportamento como uma forma adequada de satisfazer as necessidades do id.

O superego é a moralidade interna de consciência que é adquirida por volta dos 5 (cinco) ou 6 (seis) anos e que no início é constituída por regras de conduta ditada pelos pais. É o aspecto moral da personalidade: a introjeção de valores e padrões dos pais e da sociedade. Ele busca a perfeição moral, ele busca inibir totalmente as necessidades do id e ele não admite compromisso com as suas demandas.

Calvin Hall; Gardner Lindzey ; John Campbell (2000) argumentam que, para Freud a personalidade é formada por volta dos 5 anos, estando sujeita a poucas mudanças depois disso, contudo, estudos do desenvolvimento da personalidade ao longo do tempo indicam que a personalidade muda drasticamente com o passar do tempo, se desenvolvendo em resposta à tensões fisiológicas, frustrações, conflitos e ameaças.

Assim, o sujeito aprende a reduzir a sua tensão, modelando o seu comportamento segundo o da outra pessoa, assumindo as características de outra pessoa e tornando essas características parte da sua personalidade. Essas identificações, na maioria das vezes ocorre inconscientemente, e podem se dar por amor, por medo, ou como forma de recuperar um objeto perdido.

Quando a pressão é excessiva, segundo Freud (1923), o mecanismo de defesa do ego é acionado para aliviá-la, surgindo daí a repressão, a projeção, a formação reativa, a fixação e a regressão.

Calvin Hall; Gardner Lindzey ; John Campbell (2000) aduzem que a repressão atua na lembrança de situações e pessoas, na percepção do presente e no funcionamento fisiológico do corpo, sendo o afastamento involuntário de algo da consciência. A projeção é a atribuição de impulsos perturbadores a outra pessoa. A formação reativa se constitui na substituição de um impulso ansiogênico pelo seu oposto, portanto, a luxúria pode tornar-se virtude e o ódio pode tornar-se amor. A fixação e a regressão são responsáveis pela irregularidade no desenvolvimento da personalidade.

7.1.2. Teoria Analítica de Carl Jung

Para Carl Jung o conceito de inconsciente não é o mesmo que o de Freud, se formando a partir do consciente, ou seja, dos conteúdos reprimidos pelo ego. Segundo informam Calvin

Hall; Gardner Lindzey ; John Campbell (2000) A psique ou personalidade total consiste nos seguintes sistemas: ego, inconsciente pessoal, inconsciente coletivo e seus arquétipos (a anima, o animus e a sombra).

O ego encontra-se no centro da consciência, sendo o responsável pelo sentimento de identidade com o qual o inconsciente trabalha numa relação compensatória e complementar, produzindo conteúdos e reagrupando os já existentes. Portillo (2010) diz que para Jung o inconsciente não é estático e que nele se encontram em movimento conteúdos pessoais adquiridos durante a vida do sujeito.

Jung classificou o inconsciente em pessoal e coletivo. Os próprios autores Hall, Lindzey e Campbell (2000), já citados, recordam que o inconsciente pessoal, para Jung, consiste em umas “experiências que outrora foram conscientes”, mas que agora estão reprimidas, suprimidas, esquecidas ou ignoradas, isto porque foram experiências fracas demais para “deixar uma impressão consciente demais na pessoa”.

Todos os conteúdos do inconsciente pessoal formam um imenso banco de dados que poderão surgir na consciência à qualquer momento, assim como os complexos “uma constelação de sentimentos e pensamentos, percepções e memórias que existem no inconsciente pessoal” (HALL; LINDZEY ; CAMPBELL, 2000, p. 88) e que possui um núcleo, que como um ímã atrai várias experiências, citando como exemplo o complexo materno.

Já o inconsciente coletivo é o dominador do ego e do inconsciente pessoal, sendo os materiais que foram herdados da humanidade, e como os seus conteúdos são predisposições latentes eles necessitam das experiências pessoais para expressar-se. Os traços funcionais do inconsciente coletivo foram chamados por Jung de arquétipos.

Segundo Calvin Hall; Gardner Lindzey ; John Campbell (2000, p. 89):

Arquétipo é uma forma universal de pensamento (idéia) que contém um grande elemento de emoção. Essa forma de pensamento cria imagens ou visões que correspondem na vida normal de vigília a algum aspecto da situação consciente. Por exemplo, o arquétipo da mãe produz a imagem de uma figura de mãe que é então identificada com a mãe real. Em outras palavras, o bebê herda uma concepção pré-formada de uma mãe genérica que determina em parte como ele perceberá a sua mãe.

Vanilde Gerolim Portillo (2010) , já citada, observa que sendo o homem um ser gregário por natureza, desenvolve ele “características básicas para a adaptação social”, arquétipo que Jung chamou de “persona”, uma máscara que o sujeito exibe com o objetivo de “facilitar a comunicação com o seu mundo externo, com a sociedade onde vive e de acordo com os papéis dele exigidos” objetivando ser aceito pelo seu grupo social, sendo benéfica quando “auxilia a convivência em sociedade e maléfica quando o sujeito se identifica com o próprio papel que desempenha se distanciando da sua própria natureza. Desse modo, um juiz não é juiz o tempo todo. Em casa ele é pai, esposo, o filho e assim, outras máscaras ele estará usando. Quando ele é possuído por sua “persona”, torna-se-á uma pessoa difícil de se conviver, posto que passará a exigir que as outras pessoas se comportem igual a ele.

O anima e o animus, informam Hall; Lindzey; Campbell (2000, p. 91) são “as características masculinas e femininas que são encontradas em ambos os sexos” e que não são somente produtos biológicos mais também “fruto das experiências raciais do homem com a mulher e da mulher com o homem”.

De acordo com Portillo (2010, p. 1):

A valorização do comportamento viril no homem, desde criança e o desencorajamento do comportamento mais agressivo nas mulheres, poderá provocar uma anima ou animus subdesenvolvidos e potencialmente carregados de energia, atuando no inconsciente.

A sombra ajuda a completar a pessoa, ela é o arquétipo que consiste nos instintos animais e que quando projetada para fora se torna, no dizer de Calvin Hall; Gardner Lindzey ; John Campbell (2000, p. 91) “o diabo ou um inimigo”. Ela permeia a consciência e grande parte dos conteúdos do inconsciente pessoal, sendo responsável pelos pensamentos e sentimentos desagradáveis. Ainda citando Portillo (2010); quando o sujeito reconhece a sombra, passa a questionar toda a consciência de si, mergulha no desconhecido, fica “sem chão” sendo necessário ser possuidor de um ego muito bem estruturado para poder reconhecer que tudo aquilo que projetou no outro, principalmente aquelas coisas das quais menos gosta, são coisas dele e de “mais ninguém”. A sombra representa o que falta a cada personalidade consciente, ela contém conteúdos que podem emergir à qualquer momento e quanto “mais unilateral se torna o consciente”, mais a “persona é banhada de prupurina e mais acentuados são os elementos que compõem a sombra”.

Para a teoria analítica, o Self é o ponto central da personalidade, o ordenador dos processos psíquicos, é ele quem dá a personalidade equilíbrio, unidade e estabilidade, mas para que ele possa emergir é necessário que todos os componentes da personalidade estejam totalmente desenvolvidos, pelo que ele não se torna evidente a partir da meia-idade, quando o sujeito inicia um processo de esforço para mudar o centro da personalidade.

Jung acreditava que os seres humanos estão sempre progredindo para um desenvolvimento mais completo e descreveu quatro estágios de desenvolvimento: infância, idade adulta, meia-idade e velhice, ressaltando que o desenvolvimento pode ter movimento regressivo ou progressivo e que mesmo o efeito regressivo pode ajudar a encontrar um caminho descobrindo conhecimentos úteis no consciente os quais permitirão ao sujeito superar as frustrações. “Para ter uma personalidade sadia e integrada, todos os sistema precisam atingir o grau mais pleno de diferenciação, desenvolvimento e expressão” (HALL, LINDZEY & CAMPBELL, 2000, p. 103), chamando-se processo de individuação aquele por meio do qual tal estado é atingido.

7.1.3 Teoria psicossocial do desenvolvimento

Pela teoria psicossocial do desenvolvimento de Erikson, 08 estágios são demasiadamente importantes para a personalidade do sujeito. Ocorrendo os quatro primeiros no período de bebê e da infância, um no período da adolescência, que é um período transacional, e os outros três durante a idade adulta e a velhice. Sendo a adolescência o estágio mais importante para a personalidade em decorrências das crises de identidade que o cerca.

Durante esses estágios ocorrem crises específicas e que tem raízes em estágios prévios e consequências em estágios subsequentes; assim os modos psicossociais, relações significativas, forças, patologias e antipatias básicas, princípios de ordem social, ritualizações de união e ritualismos, são diferentes em cada estágio, sendo nesses estágios que o sujeito se desenvolve. Destarte, se em um estágio, como por exemplo, o da ritualização, promove na

criança a liberdade da auto-expressão e a amorosidade, deve ela ser estimulada a desenvolver um senso de autonomia e auto controle, para evitar que se torne, segundo explicam Hall; Lindzey ; Campbell (2000); fechada, dissimulada, indecisa e envergonhada.

Ao longo desses estágios o sujeito pode desenvolver virtudes e adquirir e defeitos de caráter.

Aduzem Hall; Lindzey ; Campbell (2000, p. 176) que:

A concepção de ego de Erikson era bastante socializada e histórica. Além de fatores genéticos fisiológicos e anatômicos que ajudam a determinar a natureza do indivíduo, também existem importantes influências culturais e históricas [...] Erikson também especulou sobre as dimensões que uma nova identidade d ego poderia assumir (1974). Uma identidade, segundo ele, precisava estar ancorada em três aspectos da realidade. O primeiro é a fatualidade: “um universo de fatos, dados e técnicas que podem ser verificados com os métodos observacionais e com as técnicas de trabalho da época” [...]. Depois existe um senso de realidade [...]. A terceira dimensão é a realidade.

Nessa esteira, podemos concluir que cada uma das teorias abordadas possui seu método próprio de pesquisa para a avaliação da personalidade. Vários testes psicológicos e que somente podem ser aplicados por psicólogos muitas vezes se mostram necessários para a aferição de traços da personalidade à exemplo do CPS (Escala de Personalidade de Comrey), Roschach, a técnica de Zullinger ou Z-Teste, TAT – Teste de Apercepção Temática, conforme modelo interpretativo de Murray, o DFH – Desenho da Figura Humana, HTP, o MMPI e o IFP-Inventário Fatorial de Personalidade, comentados exhaustivamente por Jurema Alcides da Cunha (2009). Tais testes exigem do psicólogo não apenas uma sólida fundamentação em psicologia, mas também conhecimento da sua aplicação e manejo.

À vista do quanto exposto, para poder o juiz fundamentar o juízo sobre a personalidade do réu terá que indicar em qual teoria aportou a sua análise e qual a metodologia por ele utilizada, o que foge do seu campo de saber, porquanto este encontra-se delimitado ao jurídico e não à psicologia, à psiquiatria ou à psicanálise.

Assim, toda avaliação feita pelo magistrado no sentido de aferir a personalidade do acusado padecerá, como bem posiciona Amilton Bueno de Carvalho e Salo Carvalho (2004, p. 57) de “profunda anemia significativa”, posto que não detendo ele o domínio do conhecimento e da técnica não poderá proferir uma decisão fundamentada, ferindo o principio da ampla defesa e da jurisdicionalidade.

Rodrigo Moraes (*apud* CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 58), enfatiza que “a decisão tem de ser verificável. As partes devem poder apreender o processo de racionalização nela desenvolvido e de todos os elementos por meio dos quais o juiz formou o seu convencimento”. Não raro, os juízes criminais, quando consideram a circunstância judicial da personalidade tecem superficialmente comentários sobre o temperamento e o caráter do acusado, sem que se tenha realizado um estudo da história de vida daquele e das suas relações, etapas nas quais evolui a sua personalidade.

Mesmo que apto estivesse o magistrado a realizar tal tarefa, o juízo sobre a personalidade do acusado seria “ilegítimo” em razão de se encontrar firmado em valoração estritamente moral do “ser” do acusado (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 58), fechando a porta para o

juízo de culpabilidade do fato, adotando princípios autoritários do modelo de direito penal do autor, ferindo o princípio da secularização pelo qual a jurisdição somente pode versar sobre fatos penalmente proibidos, os únicos que podem ser provados e refutados pela defesa.

7.2. Da circunstância judicial da conduta social

Também a conduta social é um elemento subjetivo que não pode ser valorado na dosimetria da pena, por dizer respeito ao “ser” do acusado e retratar traços da sua personalidade, que como já vimos não pode ser valorada pelo julgador o qual deve obediência aos princípios constitucionais.

A conduta de vida do homem é pautada pela sua própria história, pelo desenvolvimento da sua psiqué, pelas influências sociais e culturais as quais está exposto desde a sua infância. Punir um homem pela forma moral como ele se comporta nas suas relações sociais é aviltar o direito penal, pois o relacionamento social do indivíduo é fruto do seu caráter.

Guilherme Nucci (2007, p. 203) argumenta que ao criar ambientes de risco, a sociedade fomenta o despertar das condutas delituosas, inserindo grupo de pessoas na “marginalidade social”. Depreende-se de tal assertiva que a forma como o indivíduo pauta a sua conduta na sociedade é fruto do atuar dessa mesma sociedade para com ele. O juiz não tem que avaliar o atuar do sujeito no exercício da sua “persona”, mas sim o atuar do sujeito no cometimento do injusto, como grau de reprovabilidade da sua conduta. “Não se pode penalizar um homem por ser o que escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de auto-determinação” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 119), o nosso ordenamento jurídico, em que pese as distorções que nele se apresentam, não consagrou o direito penal do autor.

8. Direito penal do fato e direito penal do autor

Sustentando o direito penal brasileiro ser a pena uma retribuição pela reprovabilidade da conduta, tendo o sujeito a liberdade de autodeterminar-se, a “consagração da culpabilidade reconhece ao indivíduo a qualidade de pessoa capaz de conduzir-se racionalmente no ambiente social” (GALVÃO, 1995, p. 142). Daí ser o exame da culpabilidade, um juízo de valor que comporta graduação e que conforme preleciona Fernando Galvão (1995, p. 143), “se fosse observado não seria possível que dois indivíduos acusados pela prática de um mesmo crime recebessem penas idênticas”, pois as variações da reprovabilidade da conduta estão vinculadas às condições pessoais do agente, indiscutivelmente, nas circunstâncias da situação de fato em que a sua conduta se verificou.

Desse modo, quando o Direito Penal deixa de valorar o ato por ele mesmo, pelo seu potencial injusto e perigoso, para valorá-lo como sintoma de uma personalidade do sujeito, ele nega a autonomia moral do homem para fundar-se em uma concepção antropológica que serve de sustentáculo ao direito penal do autor, o qual considera o homem dentro de uma concepção determinista.

Segundo o pensamento de Luigi Ferrajoli (2006) o Direito Penal de autor é um pensamento autoritário que desenvolve uma antropologia da desigualdade, pois somente podemos conceber a culpabilidade como um elemento normativo do delito e não do réu, pois, uma pessoa somente pode ser punida pelo que fez e não pelo que é.

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 610) aduz que alguns autores mais moderados, entendem, equivocadamente, ser possível uma combinação em reprovar-se o autor pelo seu ato e pela sua conduta de vida, posto que “qualquer pretensão de combinar ambas as reprovações cai em uma culpabilidade de autor, atualmente chamada de “culpabilidade pela conduta de vida”.

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 in moral 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”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 610)

Ultimamente se tem abandonado a perspectiva garantista ao vincular a culpabilidade ao julgamento ético/moral do autor vinculando-a à sua personalidade.

Rosa Maria Cardoso da Cunha (*apud* CARVALHO; CARVALHO, 2004, p.45) afirma que: “no âmbito da individualização da pena, a qual deveria se relacionar com a culpabilidade pelo fato, examina-se sempre a culpabilidade do autor, a sua personalidade culpável”.

Tal anomalia que deixa de ter como eixo o fato criminoso para ter senão um determinado tipo de autor, é uma forma, como bem ressalta Luiz Flávio Gomes (2007), de tratar determinados criminosos que, por não apresentarem garantias de fidelidade a direito devem ser considerados como não-pessoas, sem direitos e garantias fundamentais do cidadão, um inimigo, para quem se reserva um direito penal especial, o direito penal do inimigo, sustentado por Mezger em seu tempo, e defendido, na atualidade por Jakobs, o que é inconcebível dentro de um Estado Democrático de Direitos.

9. Considerações finais

Foi demonstrada a importância dos princípios constitucionais penais dentro do sistema constitucional garantista, não só sob a ótica dos direitos e garantias individuais, mas principalmente sob a perspectiva abrangente das exigências do próprio Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que existe uma estreita relação entre os bens jurídicos protegidos pela norma penal e os valores fundamentais da sociedade que são garantidos pela Constituição. Logo, é certo afirmar que o conteúdo e a legitimidade das normas penais são oriundos dos princípios constitucionais.

Também foram apontadas no texto constitucional, que as vigas-mestras do Estado de Direito têm por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder.

Verificou-se que pelo princípio da secularização o estado não está autorizado a si imiscuir coercitivamente na vida moral do cidadão e muito menos, deve ele promover moralidade mediante coação, pois o seu mister é a tutela da segurança jurídica que se assenta nos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna.

Quanto ao critério adotado para a dosimetria da pena, imposta como sanção por violação do regramento penal, sobre o qual gravita a segurança jurídica, resta evidente que não se referindo eles ao fato ilícito imputado, mais sim ao “ser” do indivíduo, não devem ser analisa-

ENTRE ASPAS

dos em função de se encontrar o sistema jurídico penal brasileiro atrelado ao princípio da culpabilidade do fato recepcionado pela Constituição Federal.

Finalmente, atingindo o objetivo deste trabalho, abordou-se através das diversas teorias que cercam o conceito de personalidade, a impossibilidade da sua avaliação sem o conhecimento técnico científico sobre o comportamento humano e que desse modo, a investigação da subjetividade do indivíduo depende de conhecimentos que fogem da área jurídica para adentrar a seara técnica da psicologia e da psiquiatria, exigindo conhecimento dos vastos aportes teóricos que permeiam essas áreas do conhecimento científico. Conhecimento técnico que o magistrado não possui, tornado-o inapto para formular uma análise das circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social do agente, por ocasião da fase da dosimetria da pena, como se lhe impõe o art. 59 do Código Penal pátrio.

Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret. 2001.

BETTIOL, Guisepe. *Direito Penal*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

BITTENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal*, (parte geral), 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte geral*, v.1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *CRIME*, São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., 1973.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, out. de 1941.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal* (parte geral), vol. I (tomo I), Rio: Forense, 1959.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *El Problema de La Pena*. Tradução de Santiago Sentis Meleno, Buenos Aires: E.J.E.S, 1955.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CUNHA, Jurema Alcides. *Psicodiagnóstico – V*, 5ª ed. Porto Alegre: Artmed. 2009.

A REVISTA DA UNICORP

- CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter Retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DAMÁSIO, E. de Jesus. *Direito Penal: parte geral*, v.1. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1991p. 457. 35
- DOSTOIÉVISK, Fiodór. *Recordação da casa dos mortos*. Tradução Nicolau S. Peticov, São Paulo, Nova Alexandria, 2006. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 34ª ed. RJ : Vozes, 2007.
- FREUD, Sigmund. O ego e o id (1923). In *FREUD, Sigmund. O Ego, O Id e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1969. P.27-77. (Edição *standard* Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, 19).
- GALVÃO, Fernando, *Aplicação da Pena*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- GRECO, Rogério; GALVÃO, Fernando. *Estrutura Jurídica do Crime*, Belo Horizonte, Melhoramentos, 1999.
- GOMES, Luís Flávio; GARCIA, Antônio; MOLINA, Pablo; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*, v.1. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HALL, Calvin S; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B, *Teorias da Personalidade*, 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos Del Derecho Penal*. Barcelona : Bosch, 1984.
- HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Decrecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1981.
- KOCHER, Henerik. *Dicionário de expressões e frases latinas*. Disponível em: < http://www.hkocher.info/minha_pagina/dicionario/r03.htm> Acesso em: 13.06. 2010.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, vol. II, São Paulo: Saraiva 1966.
- MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Geovane; CAPOBIANCO, Rodrigo Julio. *Como se preparar para o exame de ordem: Penal*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2009.
- MONIZ, A. Sodré de Aragão. *As três Escolas Penais: clássica, antropológica e crítica* (estudo comparativo). 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952.

ENTRE ASPAS

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 36

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. “*Fatores Subjetivos na Medição da Pena: Uma Abordagem Crítica*”. 1999. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1999.

PRADO, Luiz Reis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. I. Parte geral – 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PORTILLO, Vanilde Gerolim, *Jung e os conceitos básicos da Psicologia Analítica*, 2001, disponível em: < http://www.portaldapsique.com.br/Artigos/Jung_e_a_psicologia_analitica.htm>. Acesso em 13.06.2010.

ROJT, Julio M. *Fundamentos Del Derecho Penal*. Argentina: Editorial Quórum. 2004.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*. 4ª ed. Salvador: Podivm, 2009.

SHECARIA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Correia. *Teoria da Pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFARRONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editorial Jurídica do Chile, 1987.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 11ª ed. Santiago, Editorial Jurídica do Chile, 1993.

Notas

1. 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: [...]
2. Não é a abstrata possibilidade de escolher entre o bem e o mal, senão o concreto poder de escolher o bem,

e assim a força de libertação do peso da carne; de onde, se a boa ação é exercício, a má ação é não exercício da liberdade; cada vez que sucumbo, em vez de me superar, ao desejo ou, digamos também, à tentação, esta não é liberdade, mas servidão (tradução minha).

3. Eugenio R. Zaffaroni define a punição como a privação de direitos legais em que o Estado impõe ao autor de um delito, na medida tolerada pelo sentimento social médio de segurança jurídica, e que tem por objeto ressocializá-lo a fim de evitar novos ataques a bens jurídicos tutelados (tradução minha).

4. O nexo de causalidade entre o mal e outro, é de onde provém o caráter de pena, se encontra, no caso em que estamos observando um sintoma da identidade da pessoa que tem o primeiro e deduz o outro, aparecendo o segundo mal como uma reação contra o primeiro (tradução minha).

5. As condições da verificabilidade e da falseabilidade, a propósito de uma afirmação, dependem da semântica da linguagem na qual seja formulada, quer dizer, do fato de que sabemos exatamente a que nos referimos com as palavras que nela utilizamos (FERRAJOLI, 2006).

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

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

7. Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal).

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

8. Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes; 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.

9. Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

ENTRE ASPAS

10. 11Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

[...]

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

11. Extrair uma resposta ou reação.

12. Princípio pelo qual o id opera para evitar a dor e maximizar o prazer.

13. Princípio pelo qual o ego opera para providenciar as limitações adequadas à expressão dos instintos do id.