

O CRIME, O CRIMINOSO E A PENA: O PRECÁRIO QUADRO DA APRECIÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE NA FIXAÇÃO DA PENA BASE NO BRASIL

Livia Paula de Almeida Lamas¹.

¹ *Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado. Especialista em Direito Público. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu. FACIG – Manhuaçu/MG.*

RESUMO

Este trabalho realiza uma abordagem crítica acerca da análise da personalidade do réu durante a fixação da pena base e os aspectos polêmicos que envolvem tal situação. O objetivo da pesquisa se encontra no fato de que, na fixação da pena base, o legislador deixou um grande espaço para a discricionariedade do juiz, o que pode resultar em interpretações inconstitucionais e violadoras dos direitos e das garantias fundamentais. O trabalho busca demonstrar que, a depender da postura adotada pelo magistrado, a aplicação da pena resultará em uma afronta aos princípios defendidos por um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Pena base; Personalidade; Crime; Criminoso.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com Santos *et al.* (2005), a crescente demanda por alimentos tornou o uso da irrigação imprescindível em todo o mundo, não somente restrita a regiões semi-áridas, a exemplo do Nordeste brasileiro, mas estendendo-se para regiões semi-úmidas, visando um aumento da produtividade ou da possibilidade de uma segunda safra.

Este trabalho tem como objetivo realizar uma abordagem crítica acerca dos aspectos polêmicos que envolvem a análise da personalidade do agente no Brasil, circunstância presente na aplicação da pena base.

A relevância deste estudo se encontra no fato de que, na fixação da pena base, o legislador deixou um grande espaço para a discricionariedade do juiz; fato que, do ponto de vista prático, envolve a apreciação de aspectos bastante subjetivos, relacionados ao imputado como pessoa.

De tal modo, essas circunstâncias judiciais podem adquirir um conteúdo nebuloso, quando não inconstitucional, a depender da interpretação dada pelo juiz.

“No momento da sentença penal condenatória, o sistema revela toda sua perversidade ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado com averiguação probatória.” (CARVALHO e CARVALHO, 2002, p.30)

Isso, para Ferrajoli (2002), viola os princípios sobre os quais se funda o garantismo clássico, como: legalidade estrita, materialidade, lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal e presunção de inocência.

Conforme se demonstrará, esses critérios negam a autonomia moral do ser humano, desvelando uma incongruência: o Estado Democrático de Direito estabelece parâmetros de justiça, racionalidade e legitimidade na aplicação da pena, no entanto, esses parâmetros são, muitas vezes, negligenciados pelos operadores jurídicos.

2. CRITÉRIOS ORIENTADORES DA APLICAÇÃO DA PENA BASE NO BRASIL

É através do cálculo da pena que o Estado-juiz, exercita o seu *ius puniendi*,

Lamas (2015)

ou seja, direciona o seu poder de reprovação ao indivíduo que agiu de forma contrária ao direito, ao praticar um fato típico, ilícito e culpável.

A conduta em conformidade com a ordem é conseguida por uma sanção proporcionada pela própria ordem. O princípio de recompensa e punição – o princípio da retribuição –, fundamental para a vida social, consiste em associar uma conduta em conformidade com a ordem e a conduta contrária à ordem com a promessa de uma vantagem ou com a ameaça de uma desvantagem, respectivamente, na condição de sanções. (KELSEN, 2001, p.226)

Segundo Pachukanis (1988, p.133), “a transformação da pena de reparação em medida adequada de defesa social e de reeducação dos indivíduos socialmente perigosos exige a solução de uma enorme tarefa de organização”. A par disso, a legislação penal brasileira adotou, em seu artigo 68, o sistema trifásico, concebido pelo mestre Nelson Húngria, que estabelece que a pena será calculada observando-se três fases distintas e sucessivas descritas abaixo.

Primeiramente, o julgador deverá encontrar, a partir da análise das oito circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a chamada pena base.¹ “A pena inicial fixada em concreto, dentre dos limites estabelecidos *a priori* na Lei Penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes” (BOSCHI, 2004, p.610).

Cada uma dessas oito circunstâncias judiciais “deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica” (GREGO, 2004,

p.610), sob pena de nulidade. Em síntese, o juiz deverá analisar, separadamente, a culpabilidade (grau de reprovabilidade do ato praticado pelo réu); os antecedentes (vida pregressa do agente); a conduta social (o comportamento do réu junto à sociedade); a personalidade do agente (o seu retrato psíquico); os motivos (as razões que antecederam e impulsionaram o agente a cometer o delito); as circunstâncias (como o crime ocorreu); as consequências do crime (os efeitos que decorreram do delito) e, por fim, o comportamento da vítima (quando a conduta dessa influencia em seu próprio prejuízo).

Nessa etapa, a pena base poderá variar entre o mínimo abstratamente cominado ao crime e o máximo legalmente previsto pelo tipo penal.

Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve elevá-la acima do piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas as circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição da pena máxima. (MASSON, 2010, p.606)

A aplicação do critério trifásico, no entanto, apresenta questões polêmicas, mais especificamente, na análise da personalidade do réu, pois este é um procedimento complexo, principalmente ante a ampla liberdade concedida ao juiz para avaliar elementos de natureza subjetiva sobre a pessoa do imputado.

Essa discricionariedade proporcionada ao magistrado para trabalhar com os vetores previstos no artigo 59 do Código Penal preocupa os garantistas, notadamente, porque é tênue o limite que separa a consideração dessas circunstâncias sob uma perspectiva constitucional, daquela que “coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais.” (CARVALHO, 2002, p.19)

O caminho para a redução do cidadão à *nuda vita* será percorrido mais

¹ Art 59 CP - O juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites.

Lamas (2015)

rapidamente onde o contexto do Estado de direito precedente for mais débil e vice versa. Uma mesma lei pode representar uma gravíssima lesão aos direitos humanos fundamentais em um contexto institucional débil (policías corruptas, poder judiciário com escassa independência, tradição pouco democrática, ampla exclusão social, distribuição polarizada de riquezas (...) é justamente onde os Estados de direito apresentam mais defeitos reais ou históricos que mais se precisa cuidar da intangibilidade do modelo ideal que deve orientar seu aperfeiçoamento. (ZAFFARONI, 2007, p. 152)

Nesse sentido, é fato que a sociedade “sempre reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos. A discriminação, no exercício do poder punitivo, é uma constante derivada de sua seletividade natural” (ZAFFARONI, 2007, p. 152). Assim, encontrar soluções para o que se deva entender por personalidade do agente, é um dos desafios enfrentados pelos tribunais brasileiros.

No Brasil, vigora o sistema do livre convencimento motivado das decisões judiciais, através do qual o magistrado tem a liberdade para decidir de acordo com o que considerar mais adequado, desde que respeitados os limites fixados pela lei e pela Constituição. “O juiz, portanto, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis.” (CAPEZ, 2010, p. 381)

A obrigação de fundamentar as decisões é pressuposto lógico de um Estado Democrático de Direito e funciona como limite à peculiar discricionariedade da função de juiz. Nesse sentido, a Constituição Federal é imperativa ao estabelecer em seu inciso IX do artigo 93 que:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou

somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Da mesma forma o inciso III, do artigo 381 do Código de Processo Penal dispõe que: “A sentença conterá: - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.”

Apesar disso, a situação brasileira é nitidamente obscura no tocante à aferição personalidade do agente para a fixação da pena base; posto que, devido à elevada discricionariedade permitida ao magistrado, fica difícil o controle de seus atos. Dessa forma, ainda que haja fundamentação na sentença, o Estado Democrático de Direito corre o risco de ter o seu dever de proteção aos direitos humanos fundamentais frustrado, pois “o direito e o arbítrio, estes dois conceitos aparentemente opostos, estão na realidade estreitamente ligados” (PACHUKANIS, 1988, p. 90)

Nota-se, portanto, que os limites legais a que o juiz deve satisfazer são pequenos frente à gama de possibilidades que lhe são abertas, o que pode ocasionar decisões violadoras dos direitos fundamentais dos apenados. “O problema da determinação da pena pelo juiz identifica-se em grande parte com o problema dos espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial.” (FERRAJOLI, 2002, p. 323)

El problema principal de nuestros días es la ausencia de una respuesta claramente racional en relación a este aspecto. Por ello, se há onvestigado y teorizado com el fin de establecer critérios coherentes y racionales para erradicar, reducir o, al menos, delimitar la discrecionalidad (en muchos casos sinónimo de arbitrariedad) de las decisiones judiciales. (QUIRÓS, 2013, p. 133)

Diante desse contexto, em que é conferida uma ampla liberdade de escolha ao juiz, muitos desses acabam adotando uma postura clássica do Direito ao calcular a pena base, ou seja, adotam uma atitude neutra ao agir exatamente de

acordo com o que a lei determina. Dessa forma, seus atos não podem ser questionados quanto à legalidade.

“O juiz não cria o Direito, ele aplica a lei. (...) e a aplica de maneira neutra. Mesmo que se trata de uma lei injusta, deve o juiz adotá-la (para gerar certeza jurídica).” (GOMES, 2007) Ao juiz não cumpre o papel de “discutir, alterar, corrigir, negar ou substituir a lei.” (FERRAJOLI, 2002, p. 323)

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro. (BECCARIA, 1764, p.11)

Outros juízes, por sua vez, acreditam que, se agirem de acordo apenas com a sua consciência, estarão assumindo uma postura imparcial do caso concreto e, com isso, assegurando os direitos fundamentais do apenado. No entanto, diante da discricionariedade que lhes é proporcionada pela própria lei, acabam realizando uma interpretação baseada em critérios nitidamente morais, pois, “o juiz é um ser humano. Por traz da decisão encontra-se toda sua personalidade.” (ROSS, 2000, p. 168)

Hoje, torna-se impossível passar por cima da idéia de que a sociedade de massa não exclua a manipulação das mesmas. Os mecanismos formais que garantem o funcionamento democrático dessas sociedades, por serem imprescindíveis, não são suficientes para assegurar um protagonismo real dos cidadãos em condições aceitáveis de igualdade (ZAMORA, 2008, p.19).

Como resultado dos dois posicionamentos supramencionados, ao julgar estritamente vinculado ao que impõe a lei sem aferir critérios de razoabilidade e proporcionalidade na sua aplicação, o juiz poderá frustrar o dever de proteção que lhe é imposto pelo Estado Democrático de Direito, pois poderá agir de modo insuficiente ou mesmo deixar de

agir, quando lhe era exigido uma postura garantista.

Por outro lado, ao se deixar guiar por sua consciência, por mais que o juiz se esforce para ser objetivo e imparcial em seu julgamento, ele sempre estará condicionado pelas circunstâncias ambientais que o cercam.

Onde a refutação é impossível significa que a técnica de definição legal e/ou judicial do que é punível não permite juízos cognitivos, mas apenas juízos potestativos, de forma que a livre convicção não se produz sobre a verdade, mas sobre outros valores. [...] a hipótese legal e/ ou judicial não está formada por proposições que designam fatos, senão por juízos de valor ou de significado indeterminado. (FERRAJOLI, 2002, p. 135)

Nota-se, portanto que, na maioria das vezes, o magistrado dificilmente estará apto a analisar a personalidade do réu, pois “a noção de personalidade do acusado normalmente auferida pelos magistrados padece de profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico” (CARVALHO, 2002, p. 57)

Cada homem tem sua maneira própria de ver; e o mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos. O espírito de uma lei seria, pois, o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da fraqueza do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o ofendido, enfim, de todas as pequenas causas que mudam as aparências e desnaturam os objetos no espírito inconstante do homem. (BECCARIA, 1764)

3. PERSONALIDADE E CRIME

De acordo com o artigo 59 do Código Penal brasileiro, o juiz deverá analisar a personalidade do agente ao fixar a Pena base. “A incidência da pena sobre uma conduta típica sofre a refração da pessoa que delinuiu, pois o agente do crime terá a punição graduada em razão

Lamas (2015)

dos traços que lhe marcam a personalidade.” (MARQUES, 2002, p. 65)

Essa determinação legal, no entanto, por carecer de definição formal, deve ser apreciada com cautela pelo magistrado, a fim de que suas decisões não ultrapassem os limites da reprovabilidade do fato, ou o que é pior, afrontem garantias constitucionais.

Definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui como todo indivíduo atributos próprios de sua personalidade. (BOSCHI, 2002, p. 211)

“Entende-se por “personalidade” a síntese de todos os elementos que concorrem para a conformação mental de uma pessoa, de modo a lhe conferir fisionomia própria (PENTEADO FILHO, 2013, p. 143)”. Trata-se do conjunto de aspectos afetivos, cognoscitivos, fisiológicos e morfológicos do indivíduo.

Como a lei não define, nem especifica como deve ser aferida a personalidade do agente para a aplicação da pena base, dentre os critérios utilizados para se avaliá-la, muitos operadores do Direito usam como suporte algumas ideias consagradas pelo iluminismo (BECCARIA, CARRARA, CARMIGNAMI). A punibilidade baseada no livre arbítrio e o nítido caráter de retribuição da pena, apesar de muito criticados pela doutrina, é amplamente acatada em decisões judiciais.

A intenção do acusado depende das impressões causadas pelos objetos presentes e das disposições precedentes da alma. Esses sentimentos variam em todos os homens e no mesmo indivíduo, com a rápida sucessão das idéias, das paixões e das circunstâncias. (BECCARIA, 1764, p.45)

Dessa forma, a análise da personalidade do agente leva em consideração “sua responsabilidade moral e se sustenta pelo livre arbítrio”

(PENTEADO FILHO, 2013, p. 143), ou seja, baseia-se no fato de o homem ser um ser racional e, como consequência, poder efetuar um cálculo dos benefícios esperados (prazer) e os eventuais prejuízos que podem decorrer de sua conduta.

A vontade, no sentido particular que de ordinario lhe attribuem os psychologos e criminalistas, é a faculdade ou poder de querer ou não querer, isto é, a faculdade que tem o espirito humano (...) Ora, se o homem é um ser intelligente e livre; se pela intelligencia elle comprehende e aprecia o que é bem e o que é mal; se pela liberdade ou vontade tem o poder de preferir o bem ao mal; e se, preferindo este a aquelle, tem consciencia de que essa escolha corre por sua conta e risco, segue-se que a responsabilidade do homem por suas acções livres ou voluntarias é bem fundada, e que legitima a intervenção da lei penal que o chama á contas quando por elle é d desobedecida e contrariada em suas justas prescripções.(SOUZA, 1872, p. 47)

Por outro lado, aspectos científicos dos estudos criminológicos (LOMBOSO, FERRI, GARÓFALO) também são largamente utilizados ao se analisar a personalidade do agente. Com base nessa escola, considera-se os fatores biológicos, sociológicos e físicos na etiologia delinquencial. “We may repeat that this new science studies the criminal in his organic and in his psychical constitution, for these are the two inseparable aspects of human existence.”² (FERRI, 1996)

Lombroso (2007), um dos expoentes desse pensamento, classificou os delinquentes em cinco tipos: nato, louco, ocasional, habitual e passional. Modernamente, o tipo nato (tipo instintivo de criminoso, com seus estigmas de degeneração) não é considerado pelos juristas, assim como o louco (alienado mental, semi-loucos, matoides e os

² Podemos repetir que esta nova ciência estuda o criminoso em sua constituição orgânica e psíquica, pois estes são dois aspectos inseparáveis da existência humana.

fronteiriços), não são objeto de análise para fins de fixação da pena base por serem considerados inimputáveis.

O criminoso ocasional (aquele que eventualmente comete um crime), o criminoso habitual (o reincidente da ação delituosa) e o criminoso passional (aquele que pratica o delito tomado pelo arrebatamento, pelo ímpeto), por sua vez, são tipos amplamente utilizados pelos aplicadores do Direito ao analisarem a personalidade do agente.

A análise da personalidade do criminoso habitual, em particular, devido ao alto índice de delinquência, está entre as mais utilizadas pelos magistrados em suas sentenças. Ao analisar a personalidade na fixação da pena base, muitos juízes atentam para traços genéticos ou desvios psicológicos do agente que caracterizem certa predisposição ao crime.

A predisposição indica uma facilidade de recepção de um estímulo externo, uma estrutura adaptada a particulares reacções (...). A inclinação representa uma situação psico-ética intermédia (...). A tendência revela uma disposição duradoura para agir de determinado modo. (ALTAVILLA, 1964, p. 283-286 *passim*)

Personalidade, segundo esse pensamento, “é o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais.” (MASSON, 2010, p. 609) O juiz deve observar traços na personalidade do condenado que o identifique “como *anormal*” e o diferencie do homem comum. Assim, os indivíduos considerados como potenciais delinquentes sofrerão penas mais rigorosas.

O reconhecimento da existência de uma personalidade em estado perigoso (periculosidade) do agente faz com que os juízes, ao aplicarem a pena, deixem de se preocupar com a gravidade do ato criminoso e passem a se preocupar com natureza do criminoso.

O pensamento de Garofalo (1893), que atribuía uma grande importância à

análise de aspectos morais e psicológicos do delinquente, para a aferição da sua punibilidade, bem como de Enrico Ferri, que se utilizava de modelos integrativos do Direito com a psiquiatria e com a sociologia, servem de base para muitas sentenças criminais.

Esse posicionamento, todavia, é severamente criticado pelos garantistas, seja “por sua escassez de evidências e falta de precisão no uso de conceitos,” (SYKES, 2002, p. 55-56) seja porque:

Ao castigar e reprimir a identidade desviante independentemente das ações realizadas, as normas penais constitutivas pressupõem que somos, natural ou socialmente, diferentes, e expressam, com isso, a intolerância para com as pessoas anormais ou simplesmente diferentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 404)

A fragilidade desse aforismo reside no fato de que somente um laudo médico seria apto a comprovar algum tipo de distúrbio mental, sendo a análise realizada pelo juiz completamente inadequada para tal fim. Atribuir ao agente uma personalidade propensa ao crime, sem o prognóstico adequado, pode extrapolar os limites da culpabilidade pelo fato, adotado nos Estados Democráticos de Direito.

Para Dotti (2002, p. 344), “somente a culpabilidade por um fato determinado poderá se justificar num regime penal de garantias individuais”, pois “o homem não pode ser punido pelo que é”, mas tão somente pelo que fez.

Aceitar que os magistrados se utilizem desse pensamento fere ao princípio da isonomia e permite que retornemos “ao tempo em que os indivíduos eram executados porque divergiam, e não pelo que faziam” (BOSCHI, 2002, p. 212). Todas as pessoas são penalmente iguais, não sendo admissível ao juiz desmoralizar identidades. “Quando a pessoa é tratada como um puro ente perigoso (não pessoa), ela é inevitavelmente privada de sua condição de pessoa” (ZAFFARONI, 2007, p. 165).

Buscar em alguma misteriosa patologia do delinquente a razão última do comportamento é uma velha estratégia tranquilizadora. Estratégia ou pretexto que, por outro lado, carece de apoio real, pois são tantos os sujeitos 'anormais' que não delinquem como os 'normais' que infringem as leis. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p.77)

Nesse sentido, Lyra (1971, p.77) enfatiza que "não há 'personalidade de criminoso'. Há homens ou mulheres, com ou sem personalidade, que se tornam autores de crimes. Procura-se o homem criminoso e encontra-se o homem mesmo." "As ações de um homem anormal (irresponsável) são tão determinadas por uma série de causas (hereditariedade, condições de vida, meio, etc.), como as ações de um homem inteiramente normal." (PACHUKANIS, 1988, p.129)

Por conta disso, parte da doutrina descarta a teoria biológica e psicológica da propensão à delinquência, por acreditar que para analisar a personalidade do agente, o juiz deve verificar os valores que influenciaram a sua formação psicológica. As chamadas concepções funcionalistas entendem que "os comportamentos de desvio, seriam expressões de uma 'patologia social', da desestruturação das normas sociais culturais e da adesão a normas e valores subculturais." (DORNELLES, 2008, p. 21)

A criminalidade atual também tem constatado que a atitude criminosa se faz cada vez cada vez mais presente em pessoas "normais", do ponto de vista sócio-cultural, e isso exige novas reflexões sobre as relações entre a psicopatologia e o ato delituoso.

Ultimamente, alguns autores que pesquisam sobre crimes e delinquências afirmam não haver entre eles déficits ou psicopatologias relevantes o suficiente para se associar a personalidade do agente ao comportamento criminal. Dessa forma, os comportamentos transgressivos estariam relacionados com processos da personalidade ligados a valores da realidade do agente e não com a ideia de

incapacidade para agir de outra forma que não a criminosa.

A exigência de análise da personalidade faz com que o juiz entre nas particulares características do agente, a exemplo do modo e o meio em que cresceu e foi criado, seus valores morais e seu temperamento, que podem tê-lo influenciado ao cometimento da infração penal (GREGO, 2002, p. 617).

Dessa forma, antes de aferir critérios de valor à personalidade, o magistrado deve realizar um estudo sobre o histórico de vida do agente, que inclua sua família, o seu modo de vida, a maneira com que foi educado, a sua sexualidade e as relações deste com a sociedade.

A análise da personalidade, aqui, necessita responder a uma pergunta que se tornou fulcral — "quem és" tu, afinal, para além de seres o responsável pelo crime tal? o que significa compreender os motivos que orientaram o criminoso ao cometimento do delito. (FOUCAULT, 1961)

Essa acepção da personalidade, contudo, também é alvo de críticas, pois se trata de um procedimento impraticável ao magistrado. Primeiramente, porque "o juiz não tem a capacidade técnica, profissional e científica para realizar aquela que seria tarefa pertinente à lida dos psicólogos e psiquiatras" (FERREIRA, 1998, p. 88). E, ainda que tivesse tais conhecimentos, ele demandaria de tempo para realizar um estudo sobre a personalidade do réu, o que é, praticamente, impossível ante a crescente demanda de processos criminais.³

A personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências, como a Psicologia e a Psiquiatria, e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito. (TELES, 1996, p. 107)

³ Hoje em dia, tornou-se, inclusive, fato corriqueiro os juízes preferirem sentenças sem antes ter o mínimo contato com o réu.

Assim, a tarefa de avaliação da personalidade do condenado conferida ao magistrado é extremamente difícil, uma vez que a personalidade humana não é uma estrutura rígida.⁴

Em segundo lugar, “influi bastante, para tornar injusta uma sentença, o facto do juiz pertencer a uma classe social diversa da do réu” (ALTAVILLA, 1964, p. 519), bem como, de possuir hábitos sociais, religiosos e culturais diferentes. Desse modo, deixar ao arbítrio do magistrado a aferição de critérios de valor sobre a personalidade do agente, acreditando que sua decisão será imparcial, é pura ingenuidade e constitui um perigo ao princípio da isonomia.

O magistrado também não está imune à opinião pública, o que, para Altavilla (ALTAVILLA, 1964, p. 519), constitui “um dos elementos que mais perturba o juiz.” Esse fator pode influenciar negativamente sua atividade, pois “cria-se um estado colectivo de expectativa da sentença do juiz, o qual, involuntariamente, é levado a proferir a sua sentença num sentido que o tornará mais popular.”

A questão que colocamos é que inexistem condições mínimas de o julgador, no processo, estabelecer este juízo (...) A noção de personalidade do acusado normalmente aferida pelos magistrados padece de profunda anemia significativa (...) ferindo, pois os princípios da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade. (ALTAVILLA, 1964, p. 56-57)

Por fim, a personalidade pode ser traduzida como algo característico de cada indivíduo, um dado particular que embora possa ser parecido, não se repete em outra pessoa, da mesma forma e com igual intensidade, motivo pelo qual a

⁴ “A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: ‘o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade - cada um a tem como entende’. Clássico julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido na Apelação Criminal n. 70004496725/2002, relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho

Constituição assegura a todos a liberdade para apresentar qualquer comportamento, desde que este não configure um ato ilícito.

De toda sorte, se a Constituição Federal confere primazia aos direitos fundamentais do indivíduo, amparando a sua liberdade e sua privacidade, não cabe ao juiz averiguar fatos que não apresentem ligação com o ato criminoso.

A determinação do artigo 59 do Código Penal brasileiro, que obriga o magistrado a analisar a personalidade do agente, sem que este esteja apto a fazê-la, portanto, não faz sentido em um Estado Democrático de Direito, a menos que esta seja considerada, apenas:

Para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se sua conduta (*lato sensu*) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais) elas não podem ser utilizadas para aumentar sua pena, prejudicando-o.⁵

4. CONCLUSÃO

Este trabalho considerou algumas questões polêmicas que envolvem a análise da personalidade do agente na aplicação da pena base no Brasil. Constata-se que, como o legislador não definiu de modo seguro os critérios que o julgador deve utilizar ao avaliar tal aspecto, o espaço deixado para a discricionariedade do juiz poderá, dependendo da postura que este adotar, resultar em análises inconstitucionais e,

⁵ Apelação-crime nº 70000907659, 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS; julgado em 15/6/2000.

Lamas (2015)

consequentemente, em uma pena base baseada em critérios pouco ortodoxos.

A discussão a respeito da análise da personalidade do agente basicamente gira em torno de dois argumentos: o livre arbítrio da pessoa e, por outro lado, nas características biológicas/sociológicas que a empurraria a agir dessa ou daquela forma (maniqueistamente).

Atualmente, no entanto, outros fatores têm se contraposto a essas teorias, pois tem se constatado que existem conflitos na sociedade, que levam as pessoas a se posicionar de forma contrária a lei.

A tarefa de avaliar a personalidade do agente para se fixar a pena base deve ser analisada, portanto, como um procedimento dos mais complexos no exercício do poder punitivo do Estado, uma vez que, se a cominação de uma pena não pode se fundar em critérios matemáticos, é na legitimidade da atividade judicial e nas garantias do sistema que ela deve se pautar.

Dessa forma, para que uma pena possa ser aplicada adequadamente, é preciso se levar em consideração a singularidade do caso concreto e da pessoa acusada de infringir a norma. Devendo-se ter o máximo de cautela para que essa atuação seja mais do que legal; sobretudo, legítima e justa.

5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILLA, Enrico. **O Delinquente e a Lei Penal**. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1964.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 1764
http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_a_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf.
 Acesso em 15 de agosto de 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 2

ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança: Entre pombos e falcões**. 2 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERRI, Enrico. **Criminal Sociology: Project Gutenberg's Etext of Criminal Sociology**. 1996. eBooksBrasil.com

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la folie à l'âge classique**. Paris: Gallimard. 1961.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. Tradução Luiz Flávio Gomes, 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

GAROFALO, Rafael. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão pena**. Porto, Imprensa Portuguesa, 1893.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal**. 10 abril 2007. Disponível em: <www.lfg.blog.br> Acesso em 28/11/2014

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Lamas (2015)

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Rio de Janeiro: Ícone Editora, 2007.

LYRA, Roberto. **Nôvo Direito Penal**. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. 3. Campinas: Millenium, 2002.

MASSON, Kleber. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. São Paulo: ed. Método, 2010.

PACHUKANIS, E.B. **Teoria do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 213

QUIRÓS, Diego Zysman, **Revista Derecho Penal**: Sistemas penales comparados y determinación de la pena en Europa Año II - nº 6 - Diciembre 2013 <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/05/miscelaneas06.pdf>, acesso em 02/12/2014.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2000.

SOUZA, D' Braz Florentino Henriques de Souza. **Lições de Direito Criminal**. 2 ed. Pernambuco. 1872

SYKES, Gresham M. **Crime e sociedade**. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1969.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. v. II. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007

ZAMORA, José Antônio. **Th. W. Adorno Pensar contra a barbárie**. São Leopoldo: Editora Nova Harmonia, 2008.