

A PERSONALIDADE DO AGENTE E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Fábio Agne Fayet¹
Ingrid Bays²
Isadora Bays³

RESUMO: A presente pesquisa versa sobre uma das circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro para a aplicação da pena-base, qual seja, a personalidade do agente. O estudo destina-se a demonstrar a importância da vetorial da personalidade na hora da aplicação da pena, se é possível considerá-la desfavorável ao agente, bem como se o magistrado é suficientemente capaz de atestá-la. Não obstante, será aqui apresentada a relevância desta circunstância judicial na motivação da condenação e qual a sua relação com grandes linhas de pensamento do Direito Penal, tais como o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo. Assim, verificar-se-á se pode haver a valoração negativa da vetorial da personalidade, bem como quais são as consequências que resultarão de tal feito.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação da pena. Circunstâncias judiciais. Direito penal do inimigo. Personalidade do agente.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Limites da vetorial da personalidade nas motivações das decisões criminais condenatórias. 2.1. O que é e para que serve a vetorial da personalidade: quem deve atestá-la? 2.2. Importância da vetorial da personalidade na motivação da condenação: manifestação do direito penal do inimigo ou do direito penal do autor? 3. A valoração da vetorial da personalidade como violação ao princípio da individualização da pena. 4. Considerações finais. 5. Referências

¹ Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS; Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal; Professor de Direito Penal; Advogado criminalista com endereço profissional à Rua Múcio Teixeira, nº 660, Bairro Menino Deus, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, CEP: 90.150-090; e-mail: prof.fabio@fayet.adv.br; Professor de Direito Penal da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG;

² Pós-graduanda em Direito Processual Penal pela Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha (2014). Advogada no escritório Fayet Advocacia Criminal (OAB/RS nº 96.662).

³ Graduanda do 5º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha – FSG; Monitora do professor Fábio Agne Fayet na disciplina de Direito Penal I da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG; Estagiária na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Núcleo de Caxias do Sul, com a Defensora Pública responsável Alice Backes de Leon;

1 INTRODUÇÃO

Dentre as muitas circunstâncias eleitas pelo legislador penal brasileiro como critérios para a fixação da pena-base pelo magistrado, uma delas é de grande destaque no artigo 59 do Código Penal Brasileiro por conter um nítido resquício do Direito Penal do Autor e, em seguimento a este, do Direito Penal do Inimigo. Tal circunstância judicial é a personalidade do agente, que aqui será estudada minuciosamente. Ainda, o presente estudo tem como objetivo refletir sobre os limites da vetorial da personalidade nas motivações das decisões, analisando o que é a personalidade e quem poderá atestá-la, qual é a sua importância para a motivação da condenação e qual é a sua relação entre o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo, com o que se pretende atingir o desígnio deste trabalho e concluir as questões que aqui serão formuladas.

É indispensável compreender que a personalidade do agente poderá ser definida de diferentes formas, dependendo principalmente das preferências teóricas do doutrinador que dissertar sobre o tema, bem como que tal circunstância judicial não apresenta possibilidades de ser verificada processualmente pelo magistrado, sendo necessário o auxílio de ciências correlatas ao direito para realizar tal definição. A partir desta afirmação surgem algumas indagações, como se quando existe uma limitação para o juiz utilizar a vetorial da personalidade estará se aumentando a padronização da pena e, conseqüentemente, estará se ferindo o princípio constitucional de direito da individualização da pena. Para responder a tais questões, será verificada, por meio da utilização de doutrinas pátrias e estrangeiras cada subdivisão essencial sobre o referido tema, valendo-se de tantos exemplos e explicações quanto necessários para sanar as dúvidas do leitor.

2 LIMITES DA VETORIAL DA PERSONALIDADE NAS MOTIVAÇÕES DAS DECISÕES CRIMINAIS CONDENATÓRIAS

O legislador estabeleceu no Código Penal limites para a pena, possibilitando que o juiz, na hora de sua aplicação, eleja o quantum ideal entre o mínimo e o máximo, valendo-se da sua discricionariedade e da fundamentada exposição do seu raciocínio. Ou seja, o magistrado está sujeito aos critérios que a lei estabelece, mas tem a possibilidade de fazer as suas opções até chegar a uma aplicação justa da lei.⁴ Deste modo,

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 146/147

ao pré-determinar parâmetros para a aplicação da pena, o Código Penal intenta reduzir ao máximo o arbítrio do juiz, muito embora seja ainda elevada a discricionariedade na fixação da sanção penal em decorrência dos elementos abertos previstos no artigo 59 do Código Penal.⁵

A partir desta afirmativa, analisar-se-á, neste ponto, uma das vetoriais impostas para o estabelecimento da pena-base, qual seja, a personalidade do agente. A pena-base é aquela que atua como ponto de partida, como parâmetro para as operações que virão adiante, correspondendo “a pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos a *priori* na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e aumentos necessários”.⁶ Ressalta-se, também, que a determinação da pena é uma das fases mais importantes do processo penal, visto que é neste momento que se perdem ou se restringem direitos fundamentais da pessoa humana. A sanção imposta pelo Estado, além de necessária, deve ser aplicada de forma justa. Bem por isto, é preciso o que o processo penal se valha de recursos técnico-científicos para conhecer a personalidade do delinquente, circunstância judicial prevista no artigo 59, *caput*, do Código Penal que ora passa a ser analisada.⁷

2.1 O QUE É E PARA QUE SERVE A VETORIAL DA PERSONALIDADE: QUEM DEVE ATESTÁ-LA?

A conduta do indivíduo é seguramente influenciada por seu patrimônio genético, mas não é absolutamente determinada por ele, visto que é, igualmente, consequência do seu processo de vida, configurando a consistência de seu comportamento.⁸ Podem ser considerados como elementos característicos e formadores da personalidade a idade do réu, o seu desenvolvimento físico e mental, a educação que recebeu, o meio em que foi criado e em que tem vivido, seu grau de instrução ou de cultura, o fato de sentir ou não remorso, dentre outros.⁹ Porém, para Boschi, a personalidade é mais complexa do que simples demonstrações de caráter ou de temperamento, não sendo tarefa fácil determinar-lhe o conteúdo,

⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 36.

⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 187.

⁷ ABREU, Ricardo Luiz de. **A personalidade do agente como circunstância judicial da aplicação da pena**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 104, v. 9, p. 14, 2001.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 186. Também neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 517.

⁹ ABREU, Ricardo Luiz de. **A personalidade do agente como circunstância judicial da aplicação da pena**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 104, v. 9, p. 14, 2001.

também porque aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. A personalidade é, então, muito mais do que a singela avaliação que as pessoas fazem uma das outras, sendo indiscutível que ela não se sintetiza “naquele conjunto estático, permanente, de elementos hereditários ou atávicos de identificação humana”.¹⁰

Conforme expõe Toledo, poucos termos são propósitos de definições tão distintas como o da personalidade. Praticamente todos os autores que dissertam a respeito do tema transmitem seu próprio ponto de vista, sua própria descrição, seu próprio método e sua concepção pessoal do que deveria ser o objeto da pesquisa sobre personalidade.¹¹ Deste modo, quando se observa a vetorial da personalidade estabelecida no artigo 59 do Código Penal e as afirmações acima expostas, imediatamente percebe-se que não há viabilidade de uma verificação processual da personalidade do agente pelo magistrado na hora da aplicação da pena.¹²

A personalidade não é algo que se origina com o indivíduo e que nele se consolida. Na verdade, ela se remodela, continuamente, com oscilações na intensidade, abarcando, além das manifestações genéticas, os traços comportamentais e emocionais que são herdados ou que foram adquiridos, sendo que são eles que permitem a distinção de um indivíduo a todas as outras pessoas.¹³ Ainda, contesta-se a própria probabilidade de conhecimento da personalidade, pois se reconhece que ela é dinâmica, visto que por estar à mercê de estímulos e traumas ela se modifica, sendo construída permanentemente, de modo que o juiz não poderia indicar a personalidade do acusado com base nos limitados elementos informativos que os autos de um processo lhe fornecem.¹⁴ Tal entendimento é reforçado por Carvalho e Carvalho, quando estes declaram que “para poder fundamentar o juízo sobre a personalidade do réu, deveria o juiz indicar qual o conceito de personalidade em que se baseou para a tarefa, qual a metodologia utilizada, quais foram os critérios e os passos seguidos e, em consequência, em qual momento processual foi-lhe possibilitada a averiguação” cujo campo não se delimita ao meio jurídico, mas sim à psicologia, à psiquiatria e à psicanálise, sendo, portanto, completamente trans-

¹⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 171

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 253.

¹² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 54.

¹³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

¹⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 173.

disciplinar.¹⁵ Por conta destas limitações, nota-se que hoje, conforme nos traz Boschi, é perceptível a falta de conhecimento técnico do magistrado para julgar a personalidade do réu, quando este, em suposto cumprimento do artigo 59 do Código Penal, restringe-se apenas a fazer declarações genéricas como “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, ou seja, declarações que nada dizem tecnicamente, exceto em nível de caráter ou temperamento.¹⁶

Não obstante, observa-se que a verificação da personalidade do

¹⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 54. Os referidos autores prosseguem no entendimento do tema, mostrando que para haver um parecer técnico sobre a personalidade do autor é necessário, no mínimo, que sejam realizadas algumas etapas: “a primeira, referente à fase da Testagem Psicológica de Inteligência e Personalidade, compreende dois testes: (1º) teste objetivo, baseando em itens e questões específicas para fornecimento de escores e perfis sujeitos à análise (p. ex., Inventário Multifásico da Personalidade Minesota, MMPI, Inventário Multifacial de Milton MCMI, Inventário de Estado-Traço de Ansiedade STAI, Inventário ou Questionário de Personalidade Eysenck EPQ etc.); (2º) teste projetivo, que apresenta estímulo cujo significado não é imediatamente óbvio, pois o grau de ambiguidade força o sujeito a projetar suas próprias necessidades na situação de testagem (p. ex., Teste de Apercepção Temática TAT, Teste de Rorschach, Teste de Associação de Palavras etc.) Contudo, o psiquiatra ainda não está habilitado a produzir diagnóstico acerca da personalidade do indivíduo, requerendo, ainda, realizar a Entrevista Psiquiátrica, onde, entre outros dados, será colhida a História Psiquiátrica do paciente e será feito o Exame do Estado Mental (EEM). Não obstante o percurso já traçado, outros testes ainda podem ser necessários para definir os traços da personalidade do agente, que são os Estudos Diagnósticos. Tais testes compreendem exame neurológico, tomografia computadorizada, entrevistas diagnósticas, psiquiátricas adicionais, entrevistas com familiares etc. Apenas neste momento o profissional (psiquiatra) poderá estar capacitado a fornecer um diagnóstico sobre a personalidade do paciente. Lembre-se, ainda, que o método estabelecido é fruto da eleição de um determinado conceito. Em havendo opção diversa, nova metodologia seria empregue” (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 57). Ainda, ao deslizar pelos entendimentos da psicologia, encontram-se importantes informações sobre a personalidade, como: “(...) são diversas as definições de personalidade, as quais podem tender para diferentes perspectivas. Apesar disso, esses autores alertam que nenhuma definição isolada da personalidade é completa, portanto, não deve ser generalizada. A despeito da divergência sobre como o tema pode ser mais bem definido, há um consenso geral de que a personalidade é uma inferência abstrata, um conceito ou um construto, mais do que um fenômeno tangível com existência material” (COUTO, Gleiber; PIRES, Drummond Pires; NUNES, Carlos Henrique Sancineto da Silva. **Os contornos da psicologia contemporânea: temas em avaliação psicológica**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012, p. 128).

¹⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172. A afirmação do autor é corroborada por jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tais como: “Ementa: APELAÇÃO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. PENA. 1. A reprovabilidade da conduta é informada pelas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Ou seja, quando da fixação da pena-base, são observadas as circunstâncias em seu conteúdo material, desvinculadas de um valor ideal, atribuído a cada uma delas. A circunstância é analisada de forma casuística, inexistindo um quantum pré-definido e fixo. Diante disso, a pena-base é fixada em parâmetros suficientes e necessários à reprovação e prevenção. A partir da pena cominada são identificadas uma série de critérios e orientações doutrinárias orientadores da censurabilidade. A pena-base parte, necessariamente, do mínimo cominado afastando-se desse patamar mínimo, na medida da incidência de circunstâncias desabonatórias, aptas a ensejar o deslocamento penológico, até atingir o termo médio, situação essa restrita aos casos extremos, onde as circunstâncias apresentem-se deveras negativas e dignas de uma maior reprovabilidade. 2. No caso em apreço, mesmo levando-se em conta os vetores judiciais considerados negativos, tais como a culpabilidade (exacerbada por cumprir o réu pena no regime semiaberto), os antecedentes (por registrar, inclusive, sentença penal condenatória transitada em julgado), a personalidade (por ser agressiva) (...)” (Apelação Crime Nº 70054722046, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013).

rêu no decorrer do processo não poderá ser feita mediante um exame de personalidade ou um exame criminológico no decurso da instrução criminal, pois isto seria uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Ainda, a referida análise vem sendo cada vez mais limitada após a criação da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que surgiu, dentre outros motivos, para impedir que os inquéritos e processos inconclusos sejam usados para fins de aferição da personalidade na primeira etapa do sistema trifásico de dosimetria penal.¹⁷ Para Zaffaroni e Pierangelli, tais dificuldades poderiam ser sanadas mediante a utilização de um sistema processual bifásico, ainda não adotado no Brasil.¹⁸

O entendimento de que é necessária uma verificação mais técnica para a valoração negativa da circunstância da personalidade do agente na hora de aplicação da pena, que, inclusive, exigiria o auxílio das ciências correlatas, é colocado a parte por uma cota da doutrina. Neste sentido, Nucci acredita que quando o agente comete um crime, particularmente nas situações em que a característica negativa de sua personalidade for o que o impulsionou, como uma inveja incontrolável, esta deverá ser levada em conta para o estabelecimento da pena, sendo necessário, ainda, que haja um nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente.¹⁹ Para o referido autor, em casos de uma postura de agressividade específica, o magistrado deverá levar isto em conta para a elevação da pena, visto que não foi mera liberdade de expressão a cultivação de inveja que atingiu uma potência suficiente para o agente matar seu semelhante, sendo, portanto, outro elemento da personalidade a ser detectado pelo julgador ao aplicar a pena. Ele também afirma que em casos como o mencionado “não é preciso ser psicólogo para encontrar o tipo invejoso ou maldoso, pois a prova testemunhal é plenamente capaz

¹⁷ SÚMULA 444/STJ que dispõe: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 833. Prossegue o referido autor: “*Creemos que, se efetivamente se quisesse implantar esse informe, se faria mister dividir o processo, ou juízo, em duas partes – como sucede, algumas vezes, nos Estados Unidos –; na primeira se estabelecendo a autoria e a classificação legal do fato, e, numa segunda etapa, procede-se a individualização da pena. De outra maneira, pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar no âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa, que a lei presume inocente, e que de modo algum autorizam os mais elementares princípios do Estado de Direito*”.

¹⁹ Para explicar a relação de nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do acusado, o autor traz o seguinte exemplo: “*(...) não é porque alguém é egoísta ou exageradamente individualista que merecerá pena exacerbada ao cometer um homicídio, por razões outras que não se ligam a tais fatores. Mas, se porventura alguém mata outra pessoa, com quem divide uma habitação, somente para preservar seu ‘espaço’, cultivando e enaltecendo sua porção egoística, tal elemento deve ser levado em consideração para a fixação da pena*” (NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 153 p. 02, 2005).

de ofertar dados para essa busca”.²⁰ Por fim, Nucci menciona que o juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso que é, inclusive, utilizado para descobrir a própria culpa do réu.²¹

2.2 IMPORTÂNCIA DA VETORIAL DA PERSONALIDADE NA MOTIVAÇÃO DA CONDENAÇÃO: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO OU DO DIREITO PENAL DO AUTOR?

Ao estudar a personalidade do agente, verifica-se, logo de início, que a mesma foi mantida como uma vetorial a ser analisada para aplicação da pena-base mesmo após a reforma do Código Penal Brasileiro em 1984. Diante de tal constatação, nota-se que ela é “um dos principais legados da tradição autoritária dos modelos de Direito Penal do Autor”.²² Sabe-se que para a criação de um sistema punitivo, tem-se por base o fato ou o autor. Quando tratamos de um sistema que leva em conta exclusivamente o fato, destacado do agente, tem-se um legítimo “Direito Penal do fato” (Tatstrafrecht). Ao oposto deste, quando se considera unicamente o autor, destacado do fato, há um puro “Direito Penal de autor” (Täterstrafrecht).²³ Encontra-se um exemplo do Direito Penal do Autor nas ideias propostas por alguns positivistas quando estes trazem que é possível identificar no homem as causas mecânicas do crime, abstendo-se do fato em si, e substituindo a imputabilidade pela periculosidade.²⁴ Os doutrinadores Zaffaroni, Batista, Alagia e Skolar, por sua vez, classificam o Direito

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 189/190.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 153, p. 02, 2005.

²² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 60.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 250/251.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 251. Sabe-se ainda que no Direito Penal brasileiro a periculosidade é verificada nos casos de inimputáveis sujeitos à aplicação de medida de segurança, visto que não sofrem juízo de culpabilidade. Nucci explica os casos de periculosidade real e presumida: “é real quando há de ser reconhecida pelo juiz, como acontece nos casos de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP). Para aplica uma medida de segurança ao semi-imputável, o magistrado precisa verificar, no caso concreto, a existência de periculosidade. É presumida quando a própria lei a afirma, como ocorre nos casos de inimputabilidade (art. 26, caput, CP). Nesse caso, o juiz não necessita demonstrá-la, bastando concluir que o inimputável praticou um injusto (fato típico e antijurídico) para aplicar-lhe a medida de segurança” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral; parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 597/598). Ainda neste aspecto, extraem-se explicações em: LOPEZ-REY, Manuel. Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 19, p. 19-25, 1983 e RUIZ-FUNES, Mariano. **Algunos conceptos sobre la peligrosidad**. Revista La Ley, Argentina, v.3, p. 943-950, 2011.

Penal do Autor como a situação em que o criminalizado se vê apenado por ser inferior, sendo que “o discurso do Direito Penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoas”.²⁵ Deste modo, cabe aqui analisar se o indivíduo deverá ser punido pelo que ele fez ou pelo que ele é.²⁶

Em uma linha próxima de pensamento, identifica-se que derivado do Direito Penal do Autor tem-se o Direito Penal do Inimigo, ideia desenvolvida por Jakobs. Este, por sua vez, criou essa teoria funcionalista radical que foi muito criticada por retomar elementos positivistas de um Direito Penal do Autor.²⁷ Jakobs acredita que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”, ou seja, para ele é possível dividir o Direito Penal em dois polos: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.²⁸ O Direito Penal do Cidadão é feito para as pessoas, e só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento social, baseando-se na ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.²⁹ Já por inimigo, compreende-se aquele que, em virtude de seu trabalho, comportamento ou ligação com específica organização, assumiu postura de abandono ao direito. Deste modo, visto que o inimigo se recusou a ingressar no estado de cidadania, ele não poderá usufruir dos benefícios daqueles que têm o conceito de pessoa (cidadão), e por ser negado como um sujeito processual, acaba se tornando uma não-pessoa.³⁰

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio Janeiro: Revan, 2003, p. 132/133.

²⁶ Tal indagação já foi análise da biologia criminal, sendo que Cesare Lombroso destacou-se como referência deste movimento ao escrever seu livro, *L'uomo delinquente*. O referido autor acreditava que a delinquência no homem derivava de um retardamento do desenvolvimento embrionário, fazendo com que o indivíduo portasse caracteres próprios de uma condição sub-humana. Ainda, Lombroso desenvolveu um complexo e disseminado movimento teratofóbico fundamentado em teorias da degeneração, ou seja, a criminalidade do homem é hereditária e contagiosa, tanto no plano vertical (da descendência), como no plano horizontal (a comunicação social). Sendo assim, ao analisar a personalidade do agente como circunstância fixadora da pena-base, nota-se que Lombroso ainda se faz sentir (FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 233/237). Ver também, na esteira desse entendimento: ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 297/316.

²⁷ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 386

²⁸ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

²⁹ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo**. Revista Bonjuri, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.

³⁰ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 388. *A análise do Direito Penal do Inimigo não se dá tão somente pela diferenciação entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo. Além, é relevante que se traga a discussão que esta proposta de Jakobs possui fundamentos filosóficos no contrato social de Kant, Fichte, Hobbes e Rousseau. Para Kant aquele que ameaça frequentemente ao Estado e a sociedade e que não aceita o chamado*

Bem pelo fato de ser considerado uma não-pessoa, o inimigo tem um tratamento diferenciado, ou seja, ele será interceptado no estado prévio ao cometimento do delito, uma vez que se combate a sua periculosidade (eliminação de um perigo).³¹ Nessa seara, o controle repressivo do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo se pauta na razão direta da temibilidade do delinquente e não na gravidade de sua ação. Assim, pune-se o ato criminoso quando ele existe, mas o ato ilícito tem valor de sintoma de personalidade, portanto, “o proibido e o reprovável ou perigoso seria a personalidade e não, o ato”.³²

3 A VALORAÇÃO DA VETORIAL DA PERSONALIDADE COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Está bem delineado na doutrina que a punição não será efetivada em consideração do modo de ser de uma pessoa, pois para decidir se

*“estado comunitário-legal” deverá ser tratado como inimigo. Hobbes por sua vez acredita que o criminoso não pode ser castigado como súdito, mas somente como um inimigo nos casos que se de alta traição do Estado. Já Fichte diz que aquele que abandona o contrato de cidadão perde todos os seus direitos. E, por fim, Rousseau afirma que o inimigo, ao infringir o contrato social, está em guerra com o Estado, logo, deixa de ser membro deste. Quanto a isto, Jakobs dissertou que “não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata”. Deste modo, Jakobs prefere as ideias mais moderadas de Hobbes e Kant que classificam os criminosos em autores de fatos normais, cidadãos, e os autores de alta traição, inimigos. Não obstante, ressalta-se que o inimigo não é qualquer indivíduo infrator, visto que possui características próprias bem definidas e é possível classificá-lo diante dos delitos que comete. Ainda, ressalta-se que Jakobs rotula como inimigos aqueles que atuam no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada dentre outras. Aqui se observa o autoritarismo do autor ao etiquetar quem seriam os inimigos, considerando que acata “meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político” (JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). Ver mais sobre o mesmo tema em: DIETER, Maurício Stegemann. **“O Direito Penal do Inimigo” e a “controvérsia”**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiás, v. 33, n. 1, p. 26-36, jan.-jun. 2009; MUÑOZ CONDE, Francisco. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “Direito Penal do Inimigo”**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, Sevilha, v. 3, n. 4, p. 53-82, 2006; ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Direito Penal do Inimigo: alternativa de eficácia do sistema repressivo compatível com o Estado Democrático de Direito?** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais, v. 10, n. 16, p. 66-98, 2011; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013; NEUMANN, Ulfrid. **Direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, p. 156-177, nov.-dez. 2007; CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, Vitória, v. 5, n. 5, p. 209-258, 2006 e ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo**. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.*

³¹ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 389. Bem como no Direito Penal do Autor, aqui, a análise diz respeito puramente a periculosidade do agente.

³² FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 390.

houve ou não o crime, o magistrado não levará em conta a personalidade do agente. Sendo assim, “inexiste punição somente porque alguém é diferente da maioria, retirando-se a sua liberdade de agir ou pensar”.³³ De outro modo, acredita-se que, para evitar a padronização da pena, deverá ser levado em consideração o modo de ser do acusado, analisando a circunstância da personalidade do mesmo.³⁴ Nesta linha de pensamento, pois, o crime previsto no artigo 217-A, § 4º do Código Penal,³⁵ se tivesse como vetorial desfavorável apenas a personalidade do agente, poderia passar de uma pena de 12 anos para uma pena-base de no mínimo 13 anos e 06 meses de reclusão. Neste caso fático, nenhuma explicação seria melhor do que a de Messuti, a qual acredita que, assim como se tem uma ruptura no espaço marcada pelos muros da prisão, existe também uma ruptura no tempo, “porque o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significado da pena e existe uma enorme diferença entre passar três dias na prisão e passar toda a vida: há toda uma vida de diferença”.³⁶ Mesmo em um espaço de tempo mais curto do que o definido pela autora, são perceptíveis as consequências que poderão recair sobre a vida do indivíduo, que estará sendo tanto mais tempo punido somente pelo que é, e não pela conduta que realizou.³⁷

A alegação anterior não é suficiente para comprovar a impossibilidade da análise da vetorial da personalidade do agente para a aplicação da pena, mas, em reforço dela, é possível expor que, mesmo se todas as dificuldades levantadas anteriormente pudessem ser sanadas, e os peritos da psiquiatria, da psicologia ou até mesmo o juiz sem o concurso destas pudessem conhecer a personalidade do acusado para apontar, com um mínimo de certeza, a existência de determinado transtorno, ainda assim seria necessário superar outra dificuldade, qual seja, a de definir

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena.** Boletim IBCCRIM, v. 13, n. 153, p. 02, 2005.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena.** Boletim IBCCRIM, v. 13, n. 153, p. 02, 2005. Sobre o tema, exemplifica o referido autor: “(...) a *premeditação do delito, por exemplo, cultivada de forma lena e gradual, calculada, estudada e maquiavelicamente executada, é demonstrativa de uma personalidade maldosa e desleal, merecedora de maior censura, sem dúvida*”.

³⁵ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: §4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

³⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Traduzido por Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33/34.

³⁷ Na hipótese fática supracitada, o acréscimo a pena-base foi feito da maneira lecionada por Boschi, que se utiliza do princípio da proporcionalidade. Ou seja, pega-se a pena mínima e divide-a pelo valor de vetoriais dispostas no art. 59 do CP. O resultado é somado a pena mínima tantas vezes quanto há de vetoriais consideradas negativamente. Em relação a isto, disserta o referido autor: “(...) *no curso do procedimento quantificador da pena também o juiz não exerce poder arbitrário, pois deve guiar-se fundamentalmente por critérios legais e jurisprudenciais e proclamar a pena em espécie e quantidade que reflita o ideal da proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal. É nesse espaço que se deve estudar o conhecido princípio da proporcionalidade*” (BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 150).

uma justificativa filosófica pela punição ao indivíduo pelo seu modo de ser, pelo que é, e não somente pelo que ele possa ter feito. Então pela amplitude destas dificuldades, nota-se que a questão pouco tem a ver com o bom senso ou conhecimentos técnicos do juiz, dos psiquiatras, ou dos psicólogos, mas sim com a legitimidade do juízo de desvalor sobre a personalidade sob o prisma de um Direito Penal de garantias balizado pelo princípio da secularização.³⁸

De outro modo, a doutrina alerta que não se trata de um juízo moral, visto que a personalidade que se deve levar em conta para a fixação da pena é aquela manifestada no fato cometido, só devendo ser apreciada sob o ponto de vista do direito, sendo possível, inclusive, levar em conta condenações anteriores, visto que o agente demonstra uma personalidade em desconformidade com o direito.³⁹ Porém, tal afirmação não se funda em um Direito Penal decorrente da secularização moderna que tem sua separação com a moral, pois aqui todas as pessoas são penalmente iguais, enquanto apenas aquilo que fazem e não aquilo que são deve ser pela lei previsto e pelo juiz valorado e punido, afinal, a análise da personalidade torna-se ilegítima, visto que está assentada em uma valoração estritamente moral sobre o ser do acusado.⁴⁰

Sabe-se, portanto, que as limitações aqui demonstradas para a análise da personalidade do agente podem criar um cerceamento à atividade do juiz no momento que este aplica a sanção, fazendo com que cresça a padronização da pena e, conseqüentemente, seja ferido o princípio constitucional da individualização da pena.⁴¹ Também resta absolutamente claro na Constituição da República Federativa do Brasil que ninguém poderá ser discriminado, privado de direito e muito menos apenado em virtude de seus valores morais ou religiosos, sendo assim, todas questões exclusivamente da esfera moral do réu jamais poderão ser usadas para aumentar a pena, e sequer deveriam ser indagadas no interrogatório de um processo judicial em um país totalmente laico e amoral.⁴² Considerando que todos estes princípios tem o mesmo valor perante a Constituição Federal e que esta visa a valoração das normas quando há um conflito

³⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 174.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195.

⁴⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 60.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 194.

⁴² VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, p. 307, 2008.

de hierarquia entre elas, a forma de solucionar tal discussão é definir qual deles é mais importante.⁴³ Ora, é fácil tomar tal decisão, principalmente quando se verifica o que é sustentado por Boschi: “os indivíduos devem ser punidos pelos atos ilegais que praticarem, e não pelo que eles são ou pensam que são, para não termos que renegar a evolução do Direito Penal e retornarmos ao medievo, cujos tribunais os executavam porque pensavam, e não porque haviam feito algo”.⁴⁴

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se no decorrer da pesquisa que a circunstância judicial da personalidade do agente, prevista no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, não é passível de ser analisada pelo magistrado, devendo receber o auxílio de ciências correlatas ao direito para que seja verificada. Não obstante, percebeu-se que a personalidade do agente também não pode receber tal verificação durante o processo pelo fato do Brasil adotar um sistema trifásico, e, ainda, ter sua análise limitada pela Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Restou evidente a diferenciação entre o Direito Penal do Fato e o Direito Penal do Autor, sendo que o primeiro é aquele que leva em conta apenas a conduta reprovável realizada pelo agente e o segundo é o qual considera tão somente o próprio agente. Também se observou claramente a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida em uma linha próxima a do Direito Penal do Autor, que consagra, tanto quanto esta segunda, os elementos pessoais do indivíduo para nível de reprovação, sendo observada em grande escala a sua periculosidade.

Sanados os conceitos e as definições de todos estes institutos, realizou-se uma averiguação do quanto é necessário a utilização da personalidade do agente como um critério de fixação da pena-base. Para tanto, foi

⁴³ A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 adotou o neoconstitucionalismo, que tem por criador Konrad Hesse. Isto significa que atualmente o constitucionalismo não se preocupa apenas em dizer o direito, mas sim em efetivá-lo. No neoconstitucionalismo a hierarquia entre as normas acontece por ser necessária, porém, ela não vem apenas de uma formalidade da norma, ela vem do seu valor. Sendo assim, a interpretação axiológica (valoração) é o que compõe o neoconstitucionalismo. Sobre isso: HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁴⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 175. Neste sentido, a primordial lição de Luigi Ferrajoli: “(...) o princípio normativo da separação (entre direito e moral) impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208).

necessário observar se isto constitui uma violação a Constituição Federal de 1988, qual é o verdadeiro significado da pena e, não menos importante, o Direito Penal decorrente da secularização moderna que tem sua separação com a moral, ou seja, que proíbe a análise do indivíduo em suas mais íntimas características para a aplicação da sanção.

Deste modo, ao término da pesquisa se obteve a noção de que é absolutamente incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil a adoção de um Direito Penal de autor, fundado na tutela de valores morais, já que todo o Direito Penal Brasileiro deve ser construído exclusivamente com base na estrita observância de um Direito Penal de ato, fundado na tutela de bens jurídicos. Vê-se, pois, que a valoração da "personalidade do agente" na fixação da pena consagra, em absoluto desacordo com o Estado Democrático de Direito, um inadmissível Direito Penal do Autor, e, portanto, deve ser desconsiderada, pois sendo analisada desfavorável consagra um prejuízo muito maior do que a leve padronização da pena que ocorrerá a partir de sua não utilização.

5 REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo**. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.

ABREU, Ricardo Luiz de. B Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 9, n. 104, p. 14-15, 2001.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Direito Penal do Inimigo: alternativa de eficácia do sistema repressivo compatível com o Estado Democrático de Direito?** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais, v. 10, n. 16, p. 66-98, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.