

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

RAFAEL ROBSON ANDRADE DO CARMO

A VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AUTOR DO CRIME SOB O PRISMA DO
TRINÔMIO CONDICIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
DESENVOLVIDO POR CHARLES TAYLOR E O (NÃO) EVIDENTE CERCEAMENTO
AO DIREITO À INTIMIDADE

MARINGÁ
2021

RAFAEL ROBSON ANDRADE DO CARMO

**A VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AUTOR DO CRIME SOB O PRISMA DO
TRINÔMIO CONDICIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
DESENVOLVIDO POR CHARLES TAYLOR E O (NÃO) EVIDENTE CERCEAMENTO
AO DIREITO À INTIMIDADE**

Dissertação apresentada ao Universidade Cesumar
- Unicesumar, como requisito para a obtenção do
título de mestre em Ciências Jurídicas.

Linha de pesquisa: Instrumentos de efetivação dos
direitos da personalidade.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila.

**MARINGÁ
2021**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C287V Carmo, Rafael Robson Andrade do.

A valoração da personalidade do autor do crime sob o prisma do trinômio condicional dos direitos da personalidade desenvolvido por Charles Taylor e o (não) evidente cerceamento ao direito à intimidade / Rafael Robson Andrade do Carmo. – Maringá-PR: UNICESUMAR, 2021.

122 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2021.

1. Valoração. 2. Personalidade. 3. Autor do crime. 4. Charles Taylor. 5. Direito à intimidade. I. Título.

CDD – 342

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central Unicesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

RAFAEL ROBSON ANDRADE DO CARMO

A VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AUTOR DO CRIME SOB O PRISMA DO
TRINÔMIO CONDICIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
DESENVOLVIDO POR CHARLES TAYLOR E O (NÃO) EVIDENTE CERCEAMENTO
AO DIREITO À INTIMIDADE

DISSERTAÇÃO APRESENTADA
UNIVERSIDADE CESUMAR -
UNICESUMAR COMO REQUISITO PARA
OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE
EM CIÊNCIAS JURÍDICAS.

APROVADO EM: 29/01/2021

BANCA EXAMINADORA:

ORIENTADOR: _____
PROF. DR. GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA
ORIENTADOR - UNICESUMAR

MEMBRO: _____
PROF. DR^a. DANIELA MENEGOTTI G. RIBEIRO
MEMBRO - UNICESUMAR

MEMBRO: _____
PROF. DR. OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES
MEMBRO CONVIDADO – PUC/SP

MARINGÁ, 29 DE JANEIRO DE 2021.

DEDICATÓRIA

*Dedico este estudo à Deus,
autor e consumidor da minha Fé, à minha família,
em especial, à minha avó Elia Cardoso de Andrade.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, o autor e consumidor da minha fé, por ter dado o seu filho unigênito em meu favor, mesmo diante da minha condição de pecador.

A minha vó Elia Cardoso de Andrade pela inspiração de fé e temor à Deus e por todas as orações. Sem sombra de dúvida a Senhora é a minha maior inspiração de vida.

A minha mãe Edna Cardoso de Andrade Abreu por me incentivar a seguir os caminhos dos estudos e, claro, por me amar incondicionalmente.

Ao meu irmão Leandro Andrade do Carmo pela compreensão e contribuição diante do meu afastamento das atividades advocatícias no período do mestrado.

Ao meu pai Vanderlê Abreu Rosa por disponibilizar-se como um braço forte de apoio.

A minha namorada Karoline Aparecida Janones por todas as palavras de incentivo e, voluntariamente, viver esse sonho comigo.

Ao amigo Dr. Moacir Rogério Tortato, minha maior inspiração profissional, por todos ensinamentos técnicos e pelo exemplo ético de jurista.

A amiga Andreia Rodrigues de Macedo por me impulsionar a fazer o mestrado, bem como pelo incentivo constante durante o curso.

Ao meu orientador Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila, que me amparou e conduziu nesta trajetória para a realização desta pesquisa.

À Universidade Cesumar – UniCesumar por ter me acolhido como aluno do curso de mestrado.

Aos amigos e todas as pessoas que torceram e acreditaram.

A prisão é apenas um dispositivo existente para manter algumas parcelas da população sob controle e, outras, submetidas ao medo da força punitiva estatal.

Gustavo Noronha de Ávila

CARMO, Rafael Robson Andrade do. A valoração da personalidade do autor do crime sob o prisma do trinômio condicional dos direitos da personalidade desenvolvido Charles Taylor e o (não) evidente cerceamento ao direito à intimidade. 2020. 126 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro Universitário Maringá – UniCesumar, Maringá, 2020.

RESUMO

O presente trabalho tem por principal objetivo a análise da valoração da personalidade do autor do crime sob o prisma do trinômio condicional dos Direitos da Personalidade desenvolvido por Charles Taylor e o cerceamento ao Direito à intimidade, perfazendo uma abordagem do próprio sistema de aplicação de pena no ordenamento penal brasileiro, bem como da teoria de Charles Taylor para o exercício dos Direitos da Personalidade. Foi realizada a identificação do momento em que ocorre a valoração da personalidade, bem como o apontamento de seu fundamento legal previsto no artigo 59, do Código Penal. Com relação a personalidade, tem-se que é fruto unicamente da forma como a pessoa pensa, sente e age e ao valorá-la, o julgador passa a punir, mesmo que subjetivamente, o modo de pensar e sentir do réu, elementos os quais não são, ante o Princípio da Legalidade, suscetíveis de punição. Evidencia-se que a valoração da personalidade do autor do crime é uma clara punição ao passado da pessoa, ou seja, pune-se a existência do condenado. O magistrado não possui qualquer capacitação técnica para realizar a valoração em comento, sendo essa técnica exclusiva da psicologia e psiquiatria. No aspecto constitucional, a valoração da personalidade do autor do crime, observa-se que os termos vagos utilizados pelo magistrado representam uma nítida ausência do requisito constitucional da fundamentação da sentença, o que impossibilita o exercício da ampla defesa e do contraditório. A valoração da personalidade do autor do crime também está relacionada aos movimentos de pampenalização e abolicionismo penal, uma vez que representa uma rígida burocratização punitivista. A teoria de Charles Taylor acerca das condições dos Direitos da Personalidade apresenta-se, dentro da pesquisa realizada, como um filtro para demonstrar que a valoração da personalidade do autor do crime atenta diretamente contra as condições para o exercício dos Direitos da Personalidade e conseqüentemente para o usufruto do Direito à Intimidade. A metodologia adotada para realização dos trabalhos, foi utilizado o método dedutivo, priorizando a pesquisa bibliográfica teórica, utilizando, ainda, a metodologia analítico interpretativa, apresentando-se como essencial para o alcance dos objetivos e a conclusão da pesquisa, permitindo assim constatar que a valoração da personalidade do autor do crime é uma punição tendo como base o conjunto de convicções do indivíduo, estando em descompasso com o entendimento que a delinquência não se trata de uma característica contida na essência de uma pessoa, atribuindo à vida voltada ao crime muito mais a fatores sociais do que fatores ligados à formação da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Valoração. Personalidade. Autor do Crime. Charles Taylor. Direito à intimidade.

CARMO, Rafael Robson Andrade do. The valuation of the personality of the perpetrator under the prism of the conditional triad of personality rights developed by Charles Taylor and the (not) evident restriction on the right to intimacy. 2020. 123 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro Universitário Maringá – UniCesumar, Maringá, 2020.

ABSTRACT

The present work has as main objective the analysis of the personality valuation of the perpetrator from the perspective of the conditional trinomial of personality rights developed by Charles Taylor and the restriction of the right to intimacy, making an approach of the penalty system itself in the Brazilian criminal order, as well as Charles Taylor's theory for the exercise of personality rights. The identification of the moment in which the valuation of the personality occurred, as well as the identification of its legal basis provided for in article 59 of the Penal Code, had been carried out. Regarding the personality, it is due to the way in which the person thinks, feels and acts and when valuing it, the judge starts to punish, even subjectively, the defendant's way of thinking and feeling, elements which are not, under the principle of legality, subject to punishment. It is evident that the assessment of the personality of the perpetrator of the crime is a clear punishment for the person's past, that is, the existence of the convicted person is punished. The magistrate does not have any technical training to carry out the valuation in question, this technique being exclusive to psychology and psychiatry. In the constitutional aspect, the valuation of the personality of the perpetrator of the crime, it is observed that the vague terms used by the magistrate represent a clear absence of the constitutional requirement of the reasoning of the sentence, which makes it impossible to exercise ample defense and contradictory. The valuation of the personality of the perpetrator of the crime is also related to the movements of depenalization and penal abolitionism, since it represents a rigid punitive bureaucratization. Charles Taylor's theory about the conditions of personality rights presents itself, within the research carried out, as a filter to demonstrate that the personality valuation of the perpetrator of the crime directly attacks the conditions for the exercise of personality rights and, consequently, for the enjoyment of the right to privacy. The methodology adopted to carry out the work had been used the deductive method, prioritizing theoretical bibliographic research, using, still, the interpretative analytical methodology, presenting itself as essential for the achievement of the objectives and the conclusion of the research, thus allowing to verify that the valuing the perpetrator's personality is a punishment based on the individual's set of convictions, being out of step with the understanding that delinquency is not a characteristic contained in a person's essence, attributing much more to life focused on crime. Social factors than factors linked to the formation of personality.

KEYWORDS: Valuation. Personality. Author of the crime. Charles Taylor. Right to privacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 01

OS ASPECTOS TEÓRICOS, PRÁTICOS E TÉCNICOS DA APLICAÇÃO DA PENA E DA VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE.....	15
--	-----------

1.1 Percepções teóricas acerca da aplicação da pena e a identificação técnica do momento para valoração da personalidade do autor do crime.....	15
--	-----------

1.2 Das circunstâncias judiciais analisadas na primeira fase da dosimetria da pena.....	25
--	-----------

1.3 Aspectos doutrinários acerca do conceito de personalidade do agente	31
--	-----------

1.4 Antagonismo doutrinário acerca da valoração da personalidade do autor crime para aplicação da pena.....	35
--	-----------

1.5 A incapacidade técnica do magistrado para valoração da personalidade do autor do crime	40
---	-----------

1.6 A valoração da personalidade do autor do crime para aplicação da pena frente ao texto constitucional	45
---	-----------

1.7 Reflexos teóricos do Garantismo Penal diante da valoração da personalidade do autor do crime	52
---	-----------

1.8 A valoração da personalidade do autor do crime e a teoria do Minimalismo Penal..	54
---	-----------

1.9 A valoração da personalidade do autor do crime e a noção de pampenalização e abolicionismo penal	57
---	-----------

1.10 Tendências valorativas da personalidade do autor do crime nos Tribunais Superiores	60
--	-----------

CAPÍTULO 02

O TRINÔMIO CONDICIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DE CHARLES TAYLOR.....	69
--	-----------

2.1 Aspectos teóricos sobre a teoria de Charles Taylor e os direitos da personalidade ...	69
--	-----------

<i>2.1.1 Alteridade</i>	<i>72</i>
-------------------------------	-----------

<i>2.1.2 Autonomia da vontade</i>	<i>76</i>
---	-----------

<i>2.1.2.1 Paternalismo penal e a sua gerência na autonomia da vontade</i>	<i>81</i>
--	-----------

2.1.3 Dignidade	82
-----------------------	----

CAPÍTULO 03

O DIREITO À INTIMIDADE ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE CERCEADO PELA VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AUTOR DO CRIME

.....	89
-------	----

3.1 Da normatividade do direito à intimidade	89
---	-----------

3.2 Aspectos conceituais do direito à intimidade e sua estreita relação com a personalidade e a teoria de Charles Taylor.....	91
--	-----------

3.3 O direito à intimidade do autor do crime diante do princípio da intervenção mínima	100
---	------------

3.4 Da proteção jurídico-penal da intimidade	102
---	------------

CONCLUSÕES.....	105
------------------------	------------

REFERÊNCIAS	109
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

A técnica da dosimetria da pena, dentro do ordenamento penalista, apresenta-se, sem incorrer em exagero, de forma mística para os alunos dos semestres iniciais, justamente por transformar elementos fáticos em determinada sanção quantificada em um período de anos, meses e dias, sem considerar ainda a especificação do valor pecuniário da pena de multa. Entendo que a curiosidade dos discentes em compreender a técnica em comento é totalmente pertinente, haja vista a enorme quantidade de relações subjetivas que orbitam a aplicação da pena, relações as quais desafiam inclusive aqueles que já estão inseridos nas mais diversas áreas do universo jurídico.

Nesse contexto, a desenvolvimento da presente pesquisa buscou justamente investigar uma hipótese inerente à dosimetria da pena, especificamente na primeira fase, onde se analisa, para fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais relacionadas ao autor do crime. Todavia, para não incorrer na generalidade, considerando que na respectiva fase são consideradas oito circunstâncias judiciais, a pesquisa em apreço se propõe a investigar somente a valoração da personalidade do agente.

Desse modo, a problemática norteadora da pesquisa consiste em decifrar se a valoração da circunstância judicial da personalidade para aplicação da pena, analisada sob o prisma do trinômio condicional dos Direitos da Personalidade, representa um cerceamento ao Direito à Intimidade do condenado, tendo alcançado como resultado que o apenado, ao ter a sua personalidade valorada, encontra-se tolhido de seu Direito à Intimidade.

Tem-se que o respectivo tolhimento se apresenta como o resultado da ofensa à dignidade humana, uma vez que a valoração da personalidade prioriza a ideia de direito penal do autor, vindo a punir o agente a partir de aspectos de cunho moral, religioso ou ético, além de desprezar por completo as circunstâncias fáticas relacionadas ao crime praticado.

Ao estabelecer exclusivamente a personalidade como parâmetro de majoração da sanção, o direito penal destina-se à criminalização de condutas e a possibilidade do Estado sendo, portanto, uma clara tentativa de uniformização do comportamento do indivíduo, o que eventualmente representaria uma ofensa ao preceito de amoralidade estatal. Conforme preconiza do texto constitucional (BRASIL, 1988), prevendo expressamente em seu art. 5º, inc. VI: “[...] é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...]”, possibilitando, assim, evidenciar a inconstitucionalidade da valoração da personalidade do agente.

Outra possibilidade constatada na pesquisa é a incapacidade técnica do magistrado para valorar a personalidade de um indivíduo, pois as técnicas relacionadas ao estudo da personalidade são exclusivas aos psicólogos e psiquiatras, profissionais os quais afirmam que o teste da personalidade é um estudo complexo.

No desenvolvimento da pesquisa ainda foram destacados aspectos conceituais da personalidade, sendo possível vislumbrar que esta é fruto unicamente da forma como a pessoa pensa, sente e age.

Outra percepção abordada foi a dificuldade técnica em valorar a personalidade de uma pessoa, a qual se apresenta temerária ao ser posta como parâmetro para majoração da sanção penal.

Quanto ao texto normativo, fora pesquisada a previsão inserida no artigo 59, do Código Penal (BRASIL, 1940), a qual autoriza a valoração da personalidade do agente como parâmetro para aplicação da pena.

Visando uma melhor compreensão da temática, estabeleceu-se uma sequência cognitiva lógica, abordando primeiramente os dois sistemas desenvolvidos pela doutrina para aplicação da pena, a saber, sistema bifásico e sistema trifásico, pretendendo, inclusive, evidenciar os doutrinadores defensores de cada sistema, bem como qual deles foi recepcionado no ordenamento penalista.

Superada a presente abordagem, a pesquisa dedicou-se em demonstrar o exato momento (fase) em que a personalidade é valorada, além de discorrer sobre a finalidade da respectiva valoração dentro da dosimetria da pena.

Na sequência, foi realizada uma abordagem doutrinária e legal da valoração da personalidade do agente de modo a contextualizar a subjetividade inerente à análise realizada pelo magistrado; da desconsideração do fato criminoso praticados pelo autor; do apego aos valores morais, religiosos e/ou éticos e até mesmo uma possível inconstitucionalidade de tal análise.

Outro aspecto importante trabalhado foi a consideração do Direito Penal do Inimigo somente no momento da análise das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, em detrimento do Direito Penal do Fato, sendo que esta última é a vertente adotada pelo sistema penal brasileiro que visa criminalizar unicamente a conduta.

Por conseguinte, foram trazidos à baila, devidamente fundamentados no levantamento bibliográfico e nas pesquisas de campo realizadas, outros motivos que desqualificam a valoração da personalidade quando da aplicação da pena, sendo eles a incapacidade técnica do magistrado para valorar a personalidade de uma pessoa; a complexidade das técnicas utilizadas

para testar a personalidade; a dificuldade do magistrado em auferir a personalidade devida os conhecimentos superficiais de psicologia.

Quanto à incapacidade técnica do magistrado, defende-se que, ao valorar a personalidade do agente criminoso, cria-se uma pseudoefetividade acerca do cumprimento do disposto no artigo 59, do Código Penal (BRASIL, 1940), pois o que ocorre na verdade é uma superficial ponderação de juízos de valores morais externos pela própria pessoa do condenado na própria audiência de seu interrogatório, quando lhe é indagado sobre vícios, religião e estado civil.

Ao considerar fatos não criminalizados para medir a culpa e assim fixar a pena-base, mesmo que proporcionalmente à primeira fase da dosimetria da pena, o Estado ultrapassa todo e qualquer limite de seu poder punitivo, culminando tal situação em uma evidente ofensa às garantias fundamentais da pessoa.

Ao final da exposição dos motivos que justificam o descabimento da valoração da personalidade do agente criminoso, tem-se que a respectiva valoração realizada de forma tão precária afronta o trinômio condicional dos direitos da personalidade defendido por Charles Taylor, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Ao esboçar o entendimento indicado no parágrafo anterior, fora, de modo a exaurir a temática proposta, analisada a valoração da personalidade do autor do crime sob o prisma do trinômio condicional para usufruto dos direitos da personalidade, tendo, nessa etapa, sido apresentados os aspectos conceituais de tal teoria.

Ainda quanto ao trinômio em comento, fica evidente que a valoração da personalidade do autor do crime atenta contra a condição da dignidade humana, condição a qual, conforme defendido por Charles Taylor, é o resultado da observância das outras duas condições, a saber autonomia da vontade e alteridade.

Logo, todo o arcabouço doutrinário e jurisprudencial organizado nessa etapa buscou defender que, ao ofender a dignidade humana por meio da valoração da personalidade do agente criminoso, todo o trinômio condicional dos Direitos da Personalidade resta ofendido, culminando, assim, no cerceamento ao Direito à Intimidade.

Desse modo, tem-se que a pessoa, uma vez não possuindo as condições desenvolvidas por Charles Taylor para usufruir dos Direitos da Personalidade, encontra-se cerceada do Direito à Intimidade.

Dois importantes pontos merecem destaques, sendo o primeiro a compreensão de que o defendido na pesquisa é o cerceamento ao Direito à Intimidade e não a ofensa, esboçando, para tanto, um raciocínio lógico devidamente fundamentado. Em segundo plano, todavia não menos

importante, a pesquisa investigou a relevância do próprio Direito à Intimidade, indicando sua consideração tanto no plano constitucional pátrio quanto no plano internacional, além, claro.

Em síntese, a pesquisa em tela tem por objetivo, a partir do levantamento bibliográfico realizado e devidamente organizado, desenvolver um estudo pormenorizado acerca de uma temática tão relevante no ordenamento penal. Nesse caminho, utiliza-se uma metodologia multidisciplinar do Direito, oportunizando, assim, a formação de um raciocínio crítico.

A pesquisa teve como técnica norteadora as revisões bibliográficas e jurisprudenciais, permitindo-se a partir de tais revisões a análise, a organização e as interpretações devidas a fim de alcançar os objetivos da investigação proposta.

Na busca por uma melhor compreensão do tema abordado, o estudo foi estruturado em 03 capítulos temáticos.

Em um primeiro plano, é dada especial atenção ao sistema de aplicação de pena, sendo destacados os dois principais sistemas, a saber bifásico e trifásico, tendo, inclusive, a indicação de que o ordenamento penal brasileiro adotou este último. Ainda nesse plano, fora realizada a identificação do momento em que ocorre a valoração da personalidade, bem como o apontamento de seu fundamento legal, o que permite uma melhor compreensão do tema pesquisado.

Não obstante, em que pese a pesquisa prestar-se a demonstrar o descabimento da valoração da personalidade do autor do crime, fora priorizada uma abordagem crítica tanto de argumentos teóricos favoráveis quanto desfavoráveis à valoração em comento, permitindo um contato com a temática livre de qualquer distorção.

Superada a abordagem inicial sobre a valoração da personalidade em si, o segundo plano fora dedicado a analisar o trinômio condicional dos direitos da personalidade desenvolvido por Charles Taylor, tendo, nesse ponto, ocorrido uma abordagem teórica de cada condição, a saber alteridade, autonomia da vontade e dignidade. Nesse plano também foi realizada a análise da valoração da personalidade do autor do crime sob o prisma das condições citadas anteriormente, vindo a ficar demonstrado que a respectiva valoração atenta contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra a alteridade e a autonomia da vontade.

É importante ressaltar que, para o jurista Charles Taylor, uma vez a dignidade sendo ofendida as demais condições não subsistem, daí um dos fundamentos pelo qual a pesquisa constata que a valoração objeto do estudo atenta contra todo o trinômio condicional dos direitos da personalidade.

O terceiro plano da pesquisa é dedicado ao direito à intimidade, realizando uma abordagem legal tanto no direito doméstico quanto no direito internacional de modo a

evidenciar sua relevância enquanto direitos da personalidade, tendo, em seguida, sido organizado um levantamento teórico acerca de sua conceituação, além de sua pertinência dentro da temática estudada.

Nesse capítulo ainda foi abordada a vulnerabilidade do direito à intimidade e como tal vulnerabilidade é acentuada com a valoração da personalidade do autor do crime.

Quanto à metodologia adotada para realização dos trabalhos, fora utilizado o método dedutivo, priorizando a pesquisa bibliográfica teórica, utilizando, ainda, a metodologia analítico interpretativa, apresentando-se como essencial para o alcance dos objetivos e a conclusão da pesquisa.

CAPÍTULO 01

OS ASPECTOS TEÓRICOS, PRÁTICOS E TÉCNICOS DA APLICAÇÃO DA PENA E DA VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE

1.1 Percepções teóricas acerca da aplicação da pena e a identificação técnica do momento para valoração da personalidade do autor do crime

Antes de ponderar o recorte temático proposto no presente título, entende-se que seja recomendável realizar uma abordagem da aplicação da pena no ordenamento jurídico-penal brasileiro, bem como da técnica sistematizada para dosá-la, de modo a identificar o exato momento destinado para valoração da personalidade do agente.

De outro norte, nota-se que a investigação possui uma linha pesquisa delimitada, a saber, a valoração da personalidade do agente sob o prisma do trinômio condicional de Charles Taylor e o (não) cerceamento do Direito à Intimidade. Contudo, a contextualização da valoração da personalidade do agente dentro da aplicação da pena e de sua dosimetria, mesmo estes últimos não compondo o núcleo científico do presente trabalho, apresenta um alto grau de relevância visto que são pontos estritamente ligados tanto pelo aspecto teórico quanto pelo prático.

Nesse caminho, apresenta-se como via lógica para o desenvolvimento do raciocínio, uma abordagem conceitual acerca da própria pena, evidenciando para tanto um o conceito ensinado pelo celebre jurista Damásio de Jesus (2015), o qual apresenta a pena em sua essência, pois além de conceitua-la, ainda menciona suas respectivas finalidades.

Vejamos: “a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos” (JESUS, 2015, p. 563).

Com o ensinamento exposto fica apresentado de plano que a aplicação da pena é uma medida inerente ao Estado, a qual se apresenta na modalidade de sanção ao indivíduo que pratica determinada conduta criminalizada.

No conceito estabelecido em destaque, o professor Damásio de Jesus (2015) faz menção às finalidades da pena, contudo, pondera-se que as finalidades serão abordadas no presente título em momento e sequência oportuna, se apresenta útil para esse momento de cognição somente o aspecto conceitual da pena.

Outrossim, ainda com relação ao conceito de pena, Luiz Regis Prado (2014, p. 444) dispõe sobre a pena estabelecendo um nivelamento acerca das consequências possíveis do cometimento do crime: “a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito.

Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”.

A conceituação trazida por Prado (2014) se apresenta em plena consonância com a percepção que permeia a pena no contexto social, visto que realmente representa a providência estatal derradeira para aquele indivíduo que, ao realizar uma conduta criminalizada, ofenda a própria finalidade do Direito Penal, a qual Alice Bianchini (2002, p. 28-29) pondera como o “dever de atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos)”.

Com o fito de esgotar o conceito de pena, bem como dimensionar como tal instituto encontra-se definido na doutrina pátria, oportuna é a contribuição de Gonçalves (2012, 260): “pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões”.

Percebe-se que Gonçalves (2012) se aproxima da definição dada à pena por Jesus (2015), trazendo inclusive as finalidades da pena, contudo, aquele enaltece a privação de bens jurídicos do condenado como efeito prático da própria pena.

Nesse sentido, de modo a sintetizar abordagem conceitual da pena, recomenda-se vê-la como sanção imposta pelo Estado ao indivíduo que comete um crime, indivíduo o qual, como consequência da aplicação da pena, será de modo temporário cerceado de determinados bens jurídicos.

Deve-se ponderar nesse momento, por mero juízo de coerência, que a abordagem detalhada dos bens jurídicos do condenado, passivos de serem cerceados, não se apresenta pertinente, uma vez que a temática nuclear da presente pesquisa não visa esgotar toda a técnica destinada para dosimetria da pena. Ademais, o presente título, conforme já evidenciado, propõe um arcabouço teórico panorâmico acerca da aplicação da pena.

Realizada a devida ressalva, passa-se então a outro contexto preliminar: as finalidades da pena, as quais são alvo de uma contundente divergência doutrinária.

A corrente denominada absoluta traz como estandarte identificador a pena como uma retribuição do mau praticado pelo condenado, conforme brilhantemente ensina Cézaro Roberto Bittencourt (1993):

Através da imposição da pena absoluta, não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena, consegue-se a realização da justiça, que exige, frente a um mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se quia peccatur est, isto é,

porque delinuiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado (BITTENCOURT, 1993, p. 102).

O jurista alemão Claus Roxin (1997), outro expoente jurista, também esclarece de forma singular a finalidade retributiva da pena defendido pela doutrina absolutista:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, mas, ao impor um mal merecidamente, corresponde, equilibra e espia a culpa do autor do ato cometido. Aqui falamos de uma teoria "absoluta" porque para ela o final da frase é independente, "destacado" de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória é realmente reconhecida desde os tempos antigos e permanece viva na consciência do profano com certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que corresponda na sua duração e intensidade à gravidade do crime que compensa. (ROXIN, 1997, p. 81-82).

Apresenta-se que o marco conceitual da pena para a doutrina absolutista é a providência estatal em forma de castigo para ao indivíduo, não visualizando a sanção penal como um meio para coibir a ocorrência de novos crimes ou até mesmo como instrumento destinado à ressocialização do condenado.

Importa ainda, quanto à teoria absoluta acerca da finalidade da pena, estabelecer um liame entre a aplicação da pena e o efetivo cumprimento da respectiva, pois, por pura lógica cognitiva, a finalidade da sanção penal de retribuir o mau praticado pelo indivíduo não esgota com a simples aplicação da pena, devendo, para tanto, efetivar por completo a pena.

O exposto acima se encontra eximamente lecionado por José Miguel Zulgadia Espinar (1991, p. 116) e merece o devido destaque: “A pena correspondente ao crime cometido deve ser sempre executada na íntegra; A não execução da pena, ou a sua execução apenas parcial, é inimaginável no contexto teórico das teorias absolutas da pena, como o é de La Justicia ou El Derecho.”.

Percebe-se que, repito, por questão de lógica, a finalidade da pena defendida pela corrente absolutista necessita da execução, sendo essa fase a efetivação da punição imposta ao condenado.

Nesse sentido ainda é a lição de Shecaira e Corrêa Junior (2002):

A teoria absoluta atribui à pena um caráter retributivo, ou seja, a sanção penal restaura a ordem atingida pelo delito. Essa reprimenda, pretendida pelos adeptos da teoria absoluta, ocorre com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma. Com efeito, a teoria absoluta encontra na retribuição justa não só a justificativa para a pena

(legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo. Assim, todos os demais efeitos (intimidação, correção, supressão do meio social) não guardariam qualquer relação com a natureza da pena (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 130).

Tem-se com o recorte teórico exposto acima que a teoria absoluta acerca da finalidade da pena apresenta-se com uma clara vingança por parte do Estado do indivíduo que comete uma conduta criminalizada, sendo, a própria aplicação da pena o ato estatal que represente a imposição e, conseqüentemente, a prevalência sobre a hipossuficiência da particularidade do indivíduo.

De forma derradeira, porém não menos importante, encerra-se a exposição acerca da teoria absolutista com a contribuição de María José e Fernando Falcón y Tella (2008) ao esgotar relevante ponto da teoria de Kant acerca da pena. Vejamos:

Para Kant, a lei penal obriga incondicionalmente, é um imperativo categórico, pois apenas pode ser aplicada a causa do delito e somente porque se infringiu a lei. Tendo como pressuposto que o homem é moralmente livre, a lesão de uma lei penal é a lesão do dever jurídico de não alterar a liberdade externa dos demais. Pune-se como retribuição não final, porque se delinuiu, não para que não se cometa o delito, pois a prevenção traria, segundo Kant, a pessoa como meio para um fim e não como um fim em si mesma, resultando irrelevantes como a sua fundamentação os possíveis efeitos que a pena pode produzir de cara ao futuro para o réu ou a sociedade (FALCÓN Y TELLA; FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 192).

Na teoria kantiana a pena em si é o marco legitimador do exercício estatal, tendo como norte a busca para que o indivíduo não cometa outros crimes.

Percebe-se a pena unicamente como uma consequência diretamente ligada ao cometimento do crime, explorando justamente a possibilidade de retribuir esse mal praticado com o cerceamento da liberdade, uma vez que a regra consiste, nas próprias palavras de María José e Fernando Falcón y Tella (2008, p. 192), na ideia de “homem livre”.

A outra teoria doutrinária acerca da finalidade da pena é denominada preventiva, nomenclatura a qual, de forma intuitiva, nos permite considerar que a finalidade da pena não se encontra em sua própria existência, revelando-se, na verdade, como um instrumento para alcançar a determinada prevenção.

De início, evidencia-se a lição de Gamil El Hireche Foppel (2004), acerca das formas de prevenção as quais a pena se destina. Senão vejamos:

Para aquela (prevenção especial), o fim a que aspira a pena é desencorajar ou dissuadir o indivíduo que, tendo infringido uma norma penal, volte a cometer

delitos. Dito mais claramente: a sua finalidade precípua é combater a reincidência. Já esta – a prevenção geral – pode ser tomada como prevenção geral positiva, em que se objetiva a manutenção dos padrões e valores da sociedade, partindo da premissa que esta é um todo orgânico, estruturalmente organizada para funcionar bem, ou, ainda, como prevenção geral negativa, em que se propõe a motivar condutas, impedindo que uma pessoa pratique um delito (FOPPEL, 2004, p. 76).

Com a lição indicada acima, ficam evidentes 02 (duas) formas de prevenções defendidas pela doutrina em comento, sendo necessário para melhor explicação de ambas estabelecer um marco fático, ou seja, deve-se entender que a prevenção geral ocorre antes do cometimento do crime, buscando, para tanto, estabelecer um convívio harmônico e pacífico entre os indivíduos; já a prevenção especial ocorre quando a prevenção geral não foi suficiente e a conduta criminosa foi praticada, logo, para a presente doutrina, a aplicação e o cumprimento da pena terão a finalidade de evitar a ocorrência de novos por aquele indivíduo condenado.

O principal defensor da teoria preventiva sobre a finalidade da pena é Franz Eduard Ritter *Von Liszt*, tendo Paulo Queiroz (2008, p. 93) muito bem sintetizado o ensinamento do jurista alemão: “a função da pena e do direito penal era, portanto, a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena sobre a personalidade do delinquente com a finalidade de evitar futuros delitos”.

Em que pese a finalidade defendida pela doutrina em comento, no campo teórico, possuir um caráter pedagógico louvável diante do contexto social, deve-se ponderar também contundentes críticas justamente à visão utópica contida em seu campo conceitual.

Repetindo Paulo Queiroz (2008, p. 93), tem-se que “educar para a liberdade em condições de não-liberdade não só é de difícil realização como constitui uma utopia irrealizável nas atuais condições de vida nas prisões, cujos nocivos efeitos são amplamente conhecidos”.

Nota-se que a crítica do nobre doutrinador consiste na disparidade existente entre o campo teórico e o campo prático, pois realmente, diante do cenário penitenciário nacional, a ideia de prisão por cumprimento de pena não possui qualquer conotação prática com a ressocialização e, conseqüentemente, a inibição da reincidência. Portanto, revela-se totalmente contextualizada e contemporizada a crítica exarada.

Por outro lado, Zaffaroni (2003, p. 126) afirma que “é insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante”.

Sem receio de ser prolixo em relação ao comentário acima, fica evidente a clara percepção de Zaffaroni que as condições degradantes dos mais diversos sistemas carcerários não são capazes de contribuir para a finalidade pretendida pela teoria relativa.

Por conseguinte, deve-se ponderar outra importante contribuição de Zaffaroni (2003, p. 127) acerca da teoria em tela, especificamente sobre a prevenção especial: “para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa à pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social”.

Novamente fica evidente o descrédito acerca da possibilidade de alcançar a finalidade defendida pela teoria preventiva, revelando, conseqüentemente, sua desconformidade com o cenário prático dos estabelecimentos penais para cumprimento de pena.

Por fim, na busca por demonstrar a visão utópica da teoria relativa, menciona-se as palavras Winfried Hassemer (1993):

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através de resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito, esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade (HASSEMER, 1993, p. 34).

Não se defende neste ponto da pesquisa uma visão cética acerca da possibilidade de ressocialização do condenado submetido aos corredores dos estabelecimentos penais, todavia, pondera-se uma visão negativa justamente pelo contexto genérico do que claramente é percebido no dia a dia.

Quanto às teorias acerca da finalidade da pena, tem-se ainda a teoria mista, a qual o jurista alemão Claus Roxin (2001) é um veemente defensor:

Resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do direito penal, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, mede bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarda a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida de culpa (ROXIN, 2001, p. 40).

A teoria mista, com clara incidência do previsto no artigo 59, do Código Penal (BRASIL, 1940), defende a aplicação de uma pena justa inteiramente adequada à proporcionalidade do crime praticado, o que inevitavelmente incidirá nas finalidades defendidas nas teorias supracitadas.

Nesse caminho, extrai-se a lição do nobre professor Luís Régis Prado (2005):

Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial, desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação. Quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo (PRADO, 2005, p. 565).

Percebe-se que a presente teoria, novamente evocando a consideração do cenário penitenciário atual, é a que possui maior pertinência quando prospectada na aplicação da pena, na qual se tem como um dos elementos norteadores a proporcionalidade do crime praticado, bem como na própria execução da pena, quando, em caso isolados, atinge a finalidade almejada de prevenir a ocorrência de novos crimes.

Por fim, vale ressaltar que a presente teoria foi recepcionada pelo ordenamento penal brasileiro justamente por mesclar a teoria demonstrada às 02 (duas) teorias abordadas acima, tendo como finalidade precípua a retribuição, a prevenção (especial e geral) e a ressocialização.

Para melhor compreensão, vale destacar as contribuições de Greco (2011), sendo a primeira quanto a própria recepção do pelo ordenamento penal da teoria mista e a segunda acerca da ressocialização:

Nosso Código Penal, por intermédio do artigo 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais (GRECO, 2011, p. 212).

Greco (2011) ainda ensina:

Na verdade, mesmo que passível de críticas, os critérios preventivos ainda poderão servir à sociedade, bem como ao agente que cometeu a infração penal, principalmente no que diz respeito à prevenção especial ou à ressocialização do condenado. Devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar? E se tiver de voltar ao mesmo ambiente promíscuo do qual fora retirado para fazer com que cumprisse sua pena? Enfim, são problemas sociais que devem ser enfrentados paralelamente, ou mesmo antecipadamente, à preocupação ressocializante do preso (GRECO, 2011, p. 477).

Nota-se com a contribuições acima que cabe ao Estado repreender o agente, por meio da aplicação de uma pena, com o intuito de ressocializá-lo para, posteriormente, viabilizar o a reinserção ao convívio social, contudo, diante da realidade posta das unidades prisionais brasileiras, salta-se aos olhos a falta de promoção de políticas públicas pertinentes à matéria.

Considerando as diversas finalidades defendidas pelas teorias indicadas acima, entendo como oportuno finalizar essa abordagem panorâmica acerca da pena com a notável contribuição do doutrinador Beccaria (1997):

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida (BECCARIA, 1997, p. 27).

Assim, no aspecto teórico, a prevenção é o melhor caminho se comparado com a necessidade de punição, todavia, a divergência doutrinária descortinada nas linhas anteriores serve para fomentar a busca por alternativas viáveis.

Então, uma vez evidenciadas as nuances conceituais e teóricas que permeiam a pena, mostra-se relevante adentrar à seara da metodologia utilizada para quantificá-la, técnica conhecida como dosimetria da pena, de modo a identificar o exato momento destinado para a valoração da personalidade do agente.

A sistemática em torno da aplicação da pena possui vasto acervo doutrinário acerca da metodologia a ser seguida para o alcance de uma pena proporcional ao fato criminoso cometido, tendo como exponenciais do debate dois renomados juristas, a saber, Nelson Hungria, que defendia um modelo trifásico, e Roberto Lyra, apoiador do modelo bifásico.

No sistema trifásico de Nelson Hungria, a aplicação da pena inicia-se com o alcance da pena-base por meio da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal; por conseguinte, as agravantes e as atenuantes deverão ser computadas sobre a pena-base estipulada na fase anterior e, por fim, deverão ser consideradas as causas de aumento e de diminuição da pena, denominadas majorantes e minorantes (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 174-175).

Já a dinâmica para aplicação da pena do sistema bifásico encontra-se muito bem explicada por José Antonio Paganella Boschi (2014, p. 151) ao citar o próprio Roberto Lyra:

Apreciando em conjunto a realidade, segundo os critérios gerais do artigo 42 e atendidas sempre as situações dos arts. 44 e 48 (no caso de concurso de pessoas), atua, também, o art. 45), estabelecerá a pena-base, sobre a qual

incidirá o aumento ou a diminuição especificados, quer na parte geral, quer na parte especial (art. 50 e seus parágrafos) e a diminuição prevista no art. 6º [...]. Quando não ocorrem causas de aumento e de diminuição, que são inconfundíveis com as circunstâncias agravantes e atenuantes explícitas e peremptórias e com as decorrentes do art. 42, a quantidade da pena resulta, exclusivamente, do uso da faculdade do art. 42 e do cumprimento obrigatório dos preceitos dos arts. 44 a 48, atendido sempre o art. 49 (BOSCHI, 2014, p. 151).

Friza-se com o recorte acima que o sistema bifásico é limitado, como deduz o próprio nome, em duas etapas para alcançar a reprimenda condenatória, não permitindo qualquer confusão entre os elementos constitutivos da dosimetria da pena.

Tem-se que no sistema bifásico a pena-base será ponderada tendo como orientação as circunstâncias judiciais previstas no Art. 59, do Código Penal (BRASIL, 1940), bem como as circunstâncias atenuantes e agravantes e, após realizada tal fase, passará a considerar as causas de aumento e de diminuição da pena.

Destaca-se aqui que tanto no sistema bifásico quanto no trifásico as circunstâncias judiciais serão consideradas para fixação da pena-base, logo, a valoração da personalidade do agente independente do sistema que pretende tal finalidade.

Quanto aos sistemas para aplicação da pena, apresenta-se pertinente ponderar algumas contribuições relevantes, tal como a do professor Guilherme Souza Nucci (2005, p. 181) ao asseverar que o motivo para aplicar o sistema bifásico é o fato das circunstâncias judiciais, bem como as legais, serem coincidentes, não sendo, portanto, necessário analisá-las em fases separadas.

Ainda com relação ao posicionamento do professor Guilherme Souza Nucci (2005, p. 183), este realiza uma crítica velada ao sistema de Roberto Lyra ao considerar que os magistrados ao aplicarem a pena muitas vezes passam “ao largo da riqueza de elementos estampada no art. 59, despreza agravantes e atenuantes, bem como elege aumentos e diminuições sem critério subjetivo, mas simplesmente aritmético”.

Nota-se com a exposição em linhas gerais dos métodos para aplicação da pena, especialmente o método trifásico adotado pelo direito penal pátrio, que a valoração da personalidade encontra-se logo no início da dosimetria da pena, apresentando-se como um dos elementos norteadores para alcançar a pena piso.

Quanto aos modelos indicados acima, faz-se necessário ainda, para melhor compreensão da dosimetria da pena, destacar os posicionamentos doutrinários que reforçam tanto o entendimento de Nelson Hungrya quanto o de Roberto Lyra.

Acerca do modelo trifásico, faz-se necessário mencionar o importante entendimento pacificado pela Suprema Corte do país ao julgar o HC n.º 69.421, vejamos:

Pena. Método Trifásico. A teor da jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, o método trifásico foi introduzido pela reforma do Código Penal levada a efeito com a Lei 7.209/84. O artigo 68 tomou nova redação, impondo-se a fixação da pena-base mediante o atendimento das circunstâncias judiciais de que cuida o artigo 59, para, a seguir, serem consideradas as atenuantes e agravantes e, numa terceira etapa, as causas de diminuição e aumento de pena [...]

Com a Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, o sistema trifásico para aplicação da pena, por meio do art. 68 do Código Penal (BRASIL, 1940), foi adotado pelo ordenamento penal brasileiro.

Explicado e devidamente corroborada a recepção do método trifásico pelo ordenamento penal brasileiro, apresenta-se pertinente, de modo a evidenciar a melhor adequação prática do sistema de Nelson Hungria, a contribuição de José Antonio Paganella Boschi (2014), o qual traz o seguinte:

Um exemplo singelo serve para demonstrar a superioridade do método trifásico: se apelasse para pretender expungir da pena a influência de certa agravante, o condenado só estaria em condições de antever o resultado prático e julgamento eventualmente favorável, se o quantum correspondente à agravante aparecesse explícito na sentença. Pelo sistema de Roberto Lyra, essa antevisão não seria possível, porque, como é fácil perceber, no cálculo em duas etapas, o quantum atribuído à agravante acaba ‘consumido’ ou englobado na pena-base (BOSCHI, 2014, p. 152).

Uma vez detalhados os métodos doutrinários destinados à aplicação da pena, bem como a indicação de qual o método recepcionado pelo ordenamento penal brasileiro, entende-se pertinente ponderar de forma pormenorizada nuances da primeira fase da dosimetria da pena, momento em que, juntamente com outras sete circunstâncias judiciais, a personalidade é valorada.

Tem-se então que a gênese da problemática pesquisada encontra-se no artigo 59, do Código Penal (BRASIL, 1940), o qual estabeleceu em seu bojo 08 (oito) circunstâncias que norteiam a análise do julgador na primeira fase da dosimetria da pena, vejamos:

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

aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

Nota-se que o artigo de lei citado estabelece os parâmetros e as circunstâncias que o magistrado deverá balizar a sua análise inicial para aplicação pena, tecnicamente falando, é a análise que resultará no alcance da pena-base, estando o juiz obrigado a realizá-la dentro do parâmetro estabelecido.

Nesse caminho, para melhor compreensão da temática proposta, recomenda-se, antes mesmo de pontuar questões específicas da valoração da personalidade, ponderar de forma sucinta as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal (BRASIL, 1940).

1.2 Das circunstâncias judiciais analisadas na primeira fase da dosimetria da pena

A primeira circunstância a ser considerada na primeira fase da dosimetria da pena é a culpabilidade, a qual está, no âmbito penal, estritamente ligada à responsabilização de uma pessoa pelo cometimento de um crime, conforme detalha Bitencourt (2003):

A culpabilidade, como fundamento da pena, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal (BITENCOURT, 2003, p. 14).

Com o ensinamento indicado acima, verifica-se que o magistrado, ao ponderar a culpabilidade, buscará justamente dimensionar a culpabilidade na medida e que a conduta criminal se apresenta reprovável no direito penal, devendo assim fazer de modo inteiramente fundamentado (AZEVEDO, 1998, p. 79).

Ainda com relação a circunstância judicial da culpabilidade, deve-se ponderar dois elementos da culpabilidade, a saber, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Quanto ao primeiro elemento indicado, Capez (2003, p. 301) afirma que está relacionado à análise casuística de que o autor do crime, durante a prática criminosa, teria o pleno discernimento de que a sua conduta contrariava o padrão de convivência no meio social,

implicando em algo injusto. Capez (2003, p. 303) ainda ensina que a exigibilidade da conduta diversa está relacionada à expectativa social de um comportamento o qual o autor do crime deixou de proceder.

Quanto à culpabilidade, Rogério Greco (2010, p. 28) é cirúrgico ao lecionar que a “culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente.”

Outrossim, deve ressaltar que o princípio da culpabilidade, dentro da dosimetria da pena, deve ser visto por outro aspecto muito relevante, pois, além de servir como fundamento da pena, a culpabilidade também se apresenta nessa sistemática como o limitador da sanção penal, conforme melhor explica o professor Bitencourt (2003):

A culpabilidade, como elemento da determinação ou medição da pena [...] funciona [...] como limite (da pena), impedindo que (esta) imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins previstos etc. (BITENCOURT, 2003, p. 14).

Com relação aos antecedentes enquanto circunstância judicial, deve-se registrar que há uma nítida divergência doutrinária acerca de sua exata definição. Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini (2008) têm o seguinte entendimento acerca da circunstância judicial em comento:

Verifica-se a vida pregressa do réu, com base no que constar do inquérito policial (artigo 6º, incisos VIII e IX, do CPP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico (MIRABETE, 2008, p. 300).

Deve-se aqui ponderar que tal posicionamento também é corroborado por Fernando Capez (2006, p. 436) e por Damásio de Jesus (1995, p. 484). Todavia, contrariando os entendimentos dos renomados juristas indicados anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula n.º 444, contendo a seguinte redação: “Súmula 444, STJ - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Nesse mesmo sentido também é o entendimento conceitual acerca dos antecedentes criminais exarado por Rogério Greco (2010):

Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores

com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado (GRECO, 2010, p. 537).

Percebe-se que Rogério Greco é enfático ao separar os eventos criminais preteritamente praticados pelo condenado, indicando acerca da necessidade de separar os eventos a serem considerados como antecedentes criminais e aqueles destinados à configurar a reincidência.

Celso Delmanto (2010, p. 274) também exara esclarecedor entendimento acerca dos antecedentes, vejamos: “são os fatos anteriores de sal vida, incluindo-se tanto os bons como os maus. Serve este componente especialmente para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do sujeito ou se ele, com frequência ou mesmo habitualmente, infringe a lei”.

Importante a contribuição de Celso Delamanto, pois, além de conceituar o que vem a ser os antecedentes, esclarece também qual é a finalidade de sua consideração dentro da sistemática da aplicação da pena.

De modo a evidenciar o posicionamento majoritário da doutrina acerca dos antecedentes, menciona-se o Ricardo Augusto Schmitt (2013), o qual possui entendimento consoante ao previsto na súmula indicada acima, vejamos:

Com maior eloquência podemos afirmar, ainda, que inquéritos policiais e processos crimes já arquivados (sem que tenha havido uma sentença penal condenatória transitada em julgado), igualmente, não podem ser levados em consideração para justificar a existência de antecedentes criminais (SCHMITT, 2013, p. 117).

No plano jurisprudencial acerca de tal circunstância, destaca-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes (STF - 2ª Turma, HC 79966/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, j. 13.06.2000; in DJU de 29.08.2003, p. 34).

Inclusive, mesmo antes da edição da Súmula 444, o Superior Tribunal de Justiça já tinha pacificado o seguinte entendimento:

[...] 1- As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder. 2- Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo. 3- [...] 4- [...] (STJ, HC 81.866/DF, Quinta Turma; Relatora Ministra Jane Silva, julgamento em 25 de setembro de 2007, publicado no DJ de 15 de outubro de 2007).

Por fim, nas palavras de Schmitt (2018, p. 134) a valoração dos antecedentes na primeira fase da dosimetria implica em reconhecer que a condenação anterior não foi capaz de reabilitar o condenado, o que em um exercício subjetivo justificaria a exasperação da pena piso.

Quanto à circunstância judicial da conduta social, entendo como esclarecedores os apontamentos de Gilberto Ferreira (1995) e de José Eulálio de Almeida (2002).

O primeiro ensina que o magistrado, ao analisar a conduta social, deverá atentar-se a toda a caminhada de vida do autor do crime, tal como:

[...] um mau aluno, um pai irresponsável, que deu causa à separação e não paga alimentos aos filhos, ou que se entrega constantemente à embriaguez ou a uma vida desregrada. Um empregado que vive encrocando com seus colegas de trabalho. Uma pessoa insensível que não tem a menor consideração para com o próximo, vivendo à margem da sociedade (FERREIRA, 1995, p. 86).

José Eulálio de Almeida, por sua vez, leciona que todos os aspectos da vida social do autor do crime deverão constar nos autos. Vejamos:

[...] A vocação do acusado para o trabalho ou para a ociosidade; a afetividade do mesmo para com os membros que integram a sua família, ou o desprezo e indiferença que nutre por seus parentes; o prestígio e a respeitabilidade de que goza perante as pessoas do seu bairro ou da sua cidade, bem como o índice de rejeição de que desfruta entre os que o conhecem socialmente; o seu entretenimento predileto (Á) ou se prefere a companhia constante de pessoas de comportamento suspeito e frequente, com habitualidade, locais de concentração de delinquentes, casas de tolerância, lupanares ou congêneres; o seu grau de escolaridade, tal como a assiduidade e a abnegação pelo estudo ou o desinteresse pelo mesmo, assim como o respeito e o relacionamento com funcionários, professores e diretores do estabelecimento escolar (ALMEIDA, 2002, p. 74).

Importante ainda destacar que a circunstância em comento não se confunde com os antecedentes do agente, conforme esclarecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social (STJ. 3ª Seção. EAREsp 1.311.636-MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 10/04/2019).

Fica evidente que, ao considerar a conduta social, o magistrado observará, basicamente, três fatores que fazem parte da vida de toda e qualquer pessoa, sendo eles a família, o trabalho e a religião (KUEHNE, 2003, p. 61).

Com relação à circunstância judicial relacionada ao motivo do crime, Gilberto Ferreira (2004, p. 90) ensina que “é o fator último que desencadeia a ação criminosa, de modo que se pode afirmar não existir crime sem motivo”.

No momento da consideração da circunstância em tela, Néelson Hungria, citado por Gilberto Ferreira (HUNGRIA, ano apud FERREIRA, ano), faz menção a alguns dos motivos que devem ser analisados:

Motivos imorais ou anti-sociais e motivos morais ou sociais, conforme sejam, ou não, contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade. O amor à família, o sentimento de honra, a gratidão, a revolta contra a injustiça, as paixões nobres em geral podem levar ao crime; mas o juiz terá de distinguir entre esses casos e aqueles outros em que o ‘movens’ é o egoísmo feroz, a cólera má, a prepotência, a malvadez, a improbidade, a luxúria, a cobiça, a ‘auri sacra fames’, o espírito de vingança, a empolgadura de vícios (FERREIRA, 2004, p. 91).

Nesse caminho, deve-se ponderar que os motivos que ensejarão a circunstância ora abordada serão aqueles que não compõem o rol de qualificadora, causas de aumento ou de diminuição de pena, ou agravante ou atenuante genérica, de modo a evitar o “*bis in idem*” (FERREIRA, 2004, p. 91)

As circunstâncias do crime estão relacionadas à sequência fática da empreitada criminosa, compondo-se, por exemplo, conforme ensina o professor Guilherme Souza Nucci (2007, p. 204), dos meios utilizados, tais como objeto, tempo, lugar, forma de execução, entre outras.

O professor Nucci (2007, p. 204) ressalva que os motivos só serão considerados enquanto circunstância judicial quando não estiverem previstos na estrutura típica da conduta, como, por exemplo, nas agravantes e nas atenuantes, previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Oportuna ainda a lição de Alberto Silva Franco (2001, p. 1056), ao estabelecer como elementos norteadores para verificação das circunstâncias do crime, “o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso”.

Quanto à circunstância judicial relacionada às consequências do crime, o Juiz deverá dimensionar a intensidade da lesão ao bem jurídico, bem como as consequências de tal lesão à vítima e aos seus familiares (BEMFICA, 1995, p. 93).

Nelson Hungria (apud SILVA, 2003, p. 258), também entende que as consequências do crime são “a maior ou menor gravidade o dano, ou perigo de dano, ocasionado à vítima e o maior ou menor alarde social provocado”.

De forma derradeira, o comportamento da vítima enquanto circunstância judicial está muito bem conceituado e detalhado no julgado colacionado abaixo.

Vejamos:

[...] é preciso perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a ação delituosa. Muito embora o crime não possa de modo algum ser justificado, não há dúvida de que em alguns casos a vítima, com o seu agir, contribui ou facilita o agir criminoso, devendo essa circunstância refletir favoravelmente ao agente na dosimetria da pena (TRF da 4ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 9404572004/RS, Rel. Juíza Federal Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJU 30/04/1997).

Percebe-se que a consideração dessa circunstância não implica na justificação do ilícito penal, todavia, determinados casos dependerão da análise concreta, a vítima, com suas atitudes, contribui com o agir criminoso, possibilitando, dentro de um senso de razoabilidade, considerá-la em favor do condenado.

Acerca de todas as circunstâncias previstas no art. 59, do Código Penal (BRASIL, 1940), deve-se ponderar que haverá compensação entre elas, o que significa afirmar que havendo

incidência de uma valoração negativa a pena mínima deverá ser aumentada, conforme ensina Schmitt (2018):

Não existe a possibilidade de compensação entre circunstâncias judiciais, pois as circunstâncias favoráveis e/ou neutras apenas impedirão a exasperação da pena-base do seu grau mínimo; porém, não servirão para compensar (anular) outra circunstância que tenha sido reconhecida e valorada pelo julgador como desfavorável ao condenado, uma vez que esta, mesmo presente isoladamente, justificará o acréscimo da pena (SCHMITT, 2018, p. 194).

Nota-se que no presente título foram trabalhadas as sete circunstâncias judiciais as quais, juntamente com a circunstância da personalidade, são consideradas no momento da primeira fase da dosimetria da pena.

Tem-se que é justamente em meio a tantas análises oriundas da subjetividade que a personalidade do agente, também de forma subjetiva, será valorada.

Conforme colocado no início e devidamente alcançado até nesse momento da pesquisa, o intento desse primeiro título é justamente estabelecer um panorama acerca da pena em si, bem como de sua aplicação no ordenamento penal brasileiro.

Logo, deve-se considerar que as demais fases da dosimetria da pena não comporão o rol do presente título, pois, ao nosso sentir, a temática se releva suficientemente contextualizada com todo o quadro teórico organizado acima, daí a pertinência em, mesmo que de forma genérica, abordar as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Pretende-se, portanto, que tenha ficado suficientemente esclarecido, dentro do sistema trifásico estabelecido pelo art. 68, do Código Penal (BRASIL, 1940), o momento destinado à valoração da personalidade, assim como quais as demais circunstâncias serão consideradas.

Destarte, ressalta que a circunstância judicial da personalidade não foi considerada no presente título justamente por compor o objeto nuclear da pesquisa, recebendo especial tratamento nos demais títulos que compõe o presente capítulo.

1.3 Aspectos doutrinários acerca do conceito de personalidade do agente

Uma vez identificado no título anterior o exato momento para a valoração da personalidade na aplicação da pena, bem como o contexto técnico que compõe a primeira fase da dosimetria da pena, passa-se então destinar completa atenção à personalidade enquanto circunstância judicial no ordenamento penal brasileiro.

Para tanto, deve-se ponderar que o presente título destina-se em estabelecer um cenário doutrinário acerca do conceito de personalidade de modo a possibilitar como tal circunstância judicial é vista pelos mais diversos juristas.

Deve-se considerar ainda que no presente título os conceitos de personalidade foram abordados unicamente no campo teórico, não guardando qualquer implicação prática, abordagem que será realizada em momento oportuno, especificamente quando apresentados os resultados obtidos por meio da pesquisa de campo junto aos tribunais superiores.

De partida, pondera-se que a personalidade, conforme Lawrence Pervin e Oliver John (2005, p. 125), “é o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir”. Logo, com a definição expressa acima, apresenta-se razoável ponderar que a personalidade estabelece a individualização da pessoa no meio social em que está inserida.

Percebe-se que a definição dada por Lawrence Pervin e Oliver John é categórica ao colocar que a personalidade é fruto unicamente da forma como a pessoa pensa, sente e age. É justamente neste ponto que encontramos um dos pontos relevantes do presente trabalho, pois, ao valorar a personalidade do agente criminoso na primeira fase da dosimetria, o julgador estaria punindo, mesmo que subjetivamente, o modo de pensar e sentir do agente criminoso, elementos os quais não são, ante o Princípio da Legalidade, suscetíveis de punição, hipótese que terá especial atenção no decorrer da presente dissertação.

Nota-se que o conceito dado à personalidade por Lawrence Pervin e Oliver John (2005) possui especial recorte ao presente trabalho, por isso que, intencionalmente, foi apresentando de forma a descortinar as demais abordagens conceituais que seguirão.

Em sintonia com o entendimento explicitado acima, Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2018) exaram o seguinte entendimento:

[...] o conjunto de fatores psíquicos que condicionam ou influenciam o comportamento individual. Compreende os atributos de individualidade do ser humano, isto é, seu sexo, sua idade, sua formação familiar, seu nível educacional e profissional, suas convicções políticas, enfim, sua maneira de ser e de estar no mundo circundante”, e, ainda, “o caráter, o espírito, as características cognitivas, afetivas e físicas do indivíduo, desde que relevantes e pertinentes ao delito incurso (GUEIROS SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 407).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Jesus (2003, p. 556) ao afirmar que “a personalidade deve ser entendida como conjunto de qualidades morais do agente que refletem o psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade”.

Os juristas em tela também são categóricos ao relacionarem a personalidade à fatores cognitivos da pessoa, ponderando ainda que tais fatores são determinantes para o comportamento expresso pelo indivíduo.

Outro ponto que merece especial atenção justamente por guardar estreita relação com o que se defende aqui é a formação da personalidade advinda de elementos intrínsecos à individualidade da pessoa, conforme muito bem detalhado na citação acima.

Guarnecendo o entendimento exarado e defendido no presente trabalho acerca da personalidade do agente, bem como os demais posicionamentos dos juristas acima, Luiz Regis Prado (2002, p. 424) é assertivo e incisivo ao considerar que a “personalidade é a índole, o caráter do indivíduo”, o que perfeitamente reforça o aspecto intimista relacionado à personalidade e que se pretende evidenciar nesse primeiro momento.

Quando da propositura do tema, bem como do processo de levantamento bibliográfico visando a delimitação temática, é inegável que a personalidade é a somatória de elementos inteiramente voltados à intimidade da pessoa.

Tendo por base os conceitos indicados, começa-se de forma bastante convincente a visualizar quais elementos de fato são valorados quando da consideração da personalidade, ou seja, quando analisada a circunstância judicial da personalidade, no momento já evidenciado no título anterior, o que de fato consideram-se são os elementos íntimos da pessoa.

Na busca por desvincular a representação da personalidade do agente do crime praticado, importantíssima a contribuição de José Cirilo Vargas (2000):

Assevera que não se pode descartar a herança, o meio em que a pessoa nasceu e viveu, o modo como foi educada, os valores que influenciaram em sua formação psicológica. [...] Existe profunda diferença entre dois adultos nascidos no mesmo dia e criados no mesmo ambiente, mas com uma particularidade: um deles é o patrão, habituado a mandar e a ser obedecido, enquanto que o outro foi criado de maneira subalterna, sempre recebendo e cumprindo ordens. A visão que cada um tem da vida é diferente. O habituado a mandar é mais autoritário, menos compreensivo, mais implacável, mais exigente, mais duro; o outro é humilde, recatado, temeroso de represálias (geralmente inclinam-se a cometer delitos de astúcia e dissimulação) (VARGAS, 2000, p. 53).

A abordagem realizada por Vargas (2000) apresenta-se muito interessante visto que, ao conceituar a personalidade, o renomado traz o foco totalmente para o passado da pessoa, ou seja, entendendo que a formação da personalidade está atrelada aos valores que influenciaram a formação psicológica.

Nesse caminho, a contribuição do doutrinador faz refletir se realmente é razoável valorar o conjunto de valores adquiridos por experiências passadas que, por sua vez, em nada guardam relação com o crime de forma a exacerbar a sanção penal.

Sem o receio de ser repetitivo, frisa-se que considerar os valores adquiridos no passado pelo agente no momento da aplicação da pena revela-se fora do razoável, apresentando-se, na verdade, atentatório, como se pretende demonstrar ao final da presente pesquisa.

De modo a corroborar com o entendimento do jurista citado, a personalidade também é conceituada por Juarez Cirino dos Santos (1985) sob um importante olhar para o passado da pessoa. “No mesmo rumo, acresce que a personalidade é um produto histórico em processo constante de formação, transformação, deformação, de tal forma que o estabelecimento de traços de personalidade representa sempre um ‘corte’ simplificado, impreciso e inconfiável” (SANTOS, 1985, p. 240).

O conceito atribuído à personalidade por Juarez Cirino dos Santos (1985) traz outra percepção que será, em momento oportuno, abordado de forma detalhada, que é justamente a complexidade na busca por se traçar a personalidade ante as suas características específicas, as quais o autor entende por serem simples, imprecisas e inconfiáveis.

Não demanda conhecimento técnico apurado para perceber que traçar, bem como valorar, a personalidade de uma pessoa é uma tarefa difícil e, de forma aparente, sem uma técnica padrão para tanto. Daí o porquê do entendimento do jurista Santos (1985) apresentar-se tão moderno e muito aderente à temática investigada, pois realmente o que também pretende-se demonstrar ao final da presente pesquisa é justamente a complexidade para valorar a personalidade de uma pessoa, se é que seja possível.

De modo a reforçar tudo que já fora exposto acerca da definição da personalidade de uma pessoa, tem-se o ensinamento de Lydio Machado Bandeira de Mello (1954, p. 93): “chega a delimitar elementos constitutivos ou formadores da personalidade, tais como idade do réu, seu desenvolvimento físico e mental, a educação que recebeu, o meio em que foi criado e que tem vivido, ou seu grau de instrução, a sua inteligência etc.”.

Nota-se que os elementos constitutivos da personalidade, na visão de Mello (1954), confundem-se com os critérios indicados pelos demais juristas, possibilitando, assim, visualizar que a personalidade realmente apresenta-se como um conjunto de fatores ligados à esfera íntima de cada indivíduo, resultante das inúmeras interações sociais no decorrer da vida.

Novamente, não se apresenta razoável valorar tais situações quando da aplicação da pena, pois são elementos pretéritos não objetos de tipificação da penal, sendo tal objeto somente a conduta.

Sem incidir em qualquer juízo de exagero, pode-se muito bem definir que, ao valorar a personalidade do agente, o Estado passa a exercer o seu *ius puniendi* não por conta da conduta criminosa praticada pelo agente, mas sim sobre todas as relações pretéritas que contribuíram com a formação da personalidade do condenado. Nessas interações podem-se citar os traumas, elementos psíquicos subjetivos, influências do meio ambiente de crescimento, pois, conforme ensina Fernando Capez (2018), esses são os elementos que compõem a personalidade. Vejamos:

Pertence mais ao campo da psicologia e psiquiatria do que ao direito, exigindo-se uma investigação dos antecedentes psíquicos e morais do agente, de eventuais traumas de infância e juventude, das influências do meio circundante, da capacidade para elaborar projetos para o futuro, do nível de irritabilidade e periculosidade, da maior ou menor sociabilidade, dos padrões éticos e morais, do grau de autocensura etc. (CAPEZ, 2018, p. 783).

Assim como se pode observar em todos os elementos destinados a compor a personalidade e que foram trazidos pelos demais juristas, Fernando Capez (2018) também traz à baila elementos totalmente subjetivos de imensa dificuldade para serem considerados quando prospectados na realidade prática, ainda mais tratando-se de pessoa, a saber, o magistrado, que não possui qualificação da técnica para tal tarefa.

Sendo assim, ao expor de forma os diferentes conceitos acerca da personalidade do agente, pretende-se, em um primeiro momento, evidenciar que elementos que a compõem dependem de uma análise subjetiva da realidade prática e que tais elementos advêm da mais variadas relações sociais pretéritas da pessoa, não sendo razoável sua valoração para fins de majoração da sanção penal, uma vez que, conforme dito, não guardam qualquer relação com o crime praticado.

1.4 Antagonismo doutrinário acerca da valoração da personalidade do autor crime para aplicação da pena

Uma vez esgotados os aspectos conceituais sobre a personalidade do agente, passa-se no presente título a abordar o posicionamento doutrinário acerca da valoração da personalidade do agente no ordenamento penal brasileiro.

Conforme apresenta-se nítido no título anterior, a pesquisa aqui desenvolvida pretende, de forma fundamentada, confirmar a hipótese de que a valoração da personalidade apresenta-se inteiramente atentatória à dignidade do agente, cerceando-o do usufruto ao Direito à Intimidade.

Todavia, o estudo em comento não pretende reunir somente uma porção de apanhados doutrinários que confirmem a hipótese pretendida acima, na verdade, busca-se também sistematizar tanto aspectos teóricos quanto práticos relacionados à valoração da personalidade que possibilitem uma reflexão completa acerca da temática.

Nesse caminho, o presente título tem a finalidade de contextualizar a temática com os posicionamentos antagônicos aos defendidos, possibilitando estabelecer um paradoxo dogmático acerca do tema. Assim, uma vez que se pretende estabelecer, de forma fundamentada, que valoração da personalidade do agente não deve servir com parâmetro de majoração da sanção penal, passa-se então a elencar os entendimentos favoráveis à respectiva valoração.

Gomes (apud NUCCI, 2017, p. 859), acerca da valoração da personalidade do agente, posiciona-se da seguinte forma: “a consideração da pessoa do infrator e o escopo de prevenção especial impõem, na determinação da medida penal, a ponderação das condições não apenas de fato, mas relativas ao próprio homem, agente infrator, de modo a considerar, inclusive, sua personalidade”.

Por sua vez, Gilberto Ferreira (1998, p. 86) se posiciona da seguinte forma quanto à valoração da personalidade na aplicação da pena: “é o elemento mais importante dos critérios aferidores do grau de reprovabilidade, englobando os antecedentes e a conduta social. O autor entende que a personalidade do agente deve ser objeto de acurada análise pelo magistrado”.

Nesse caminho, ainda é a lição de Heleno Cláudio Fragoso (1990, p. 322): “[...] alça a personalidade do agente a primeiro plano. Consoante explica o jurista, o juiz ajusta a pena ao autor do crime, atendendo às peculiaridades de sua personalidade moral, além de examinar se a conduta delituosa é expressão da maneira de ser do criminoso”.

Nos entendimentos expressados ficam evidentes que, ao ser aplicada a pena, o julgador deverá fazê-la considerando tanto as circunstâncias fáticas, ou seja, a própria conduta criminalizada, quanto as circunstâncias pessoais do agente, possibilidade a qual se pretende refutar com a presente pesquisa.

A veemente discordância com o entendimento citado advém justamente pelo fato de ocorrer uma invasão à esfera particular do condenado, priorizando, ao menos nessa fase da dosimetria da pena, as características pessoais somente, conforme muito bem ensina Rogério Greco (2017):

Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas etc.), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa

forma, entendemos que o juiz não deverá levá-la em consideração no momento da fixação da pena-base. Merece ser frisado, ainda, que a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado direito penal do fato, pois prioriza a análise das características penais do seu autor (GRECO, 2017, p. 717).

Nota-se com o entendimento expresso, que a hipótese pretendida na presente pesquisa, até aqui pelo menos, apresenta-se pertinente ante o respaldo doutrinário, visto que realmente não se apresenta razoável que o Estado deixe de balizar a condenação por características penais do fato e passa-se tão somente a ser norteado por circunstâncias penais, como nas palavras de Greco (2017).

Seguindo com o compromisso de abordar “os dois lados de uma mesma moeda”, por mais que um dos lados da analogia ora posta apresente-se, ao nosso entendimento, desprovido de coerência técnica, evidencia-se a contribuição de José Frederico Marques (2002, p. 65) ao expressar que “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 dos traços que lhe marcam a personalidade”.

Com máxima vênia, mas ao nosso sentir o entendimento do ilustre jurista em comento também culmina na confusão injustificada trazida por Greco (2017) entre direito penal do autor e direito penal do fato, nota-se que o respectivo jurista estabelece uma ligação direta entre os traços da personalidade e o modo como a conduta criminalizada fora praticada.

Acerca da tentativa de estabelecer um ponto vinculante entre a personalidade do agente e a forma como a conduta fora praticada, Roberto Lyra (1971, p. 109) ao desconstruir tal possibilidade afirma 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”.

O ensinamento esboçado por Lyra (1971) é pertinente à melhor concepção de direito penal do fato, percepção defendida na presente pesquisa.

Ao tratar da possibilidade de valoração da personalidade, Mestieri (1999, p. 282) entende “que se deve observar expressivas distorções de caráter, bem como a habitualidade na prática de determinados crimes”, o que evidencia novamente a possibilidade de punição tendo por base unicamente aspectos pessoais do condenado.

Pretendo estabelecer um campo doutrinário divergente acerca da valoração da personalidade do agente, entende-se que o ensinamento de Lyra (1971) é tão robusto que todos os entendimentos lançados abaixo podem, ao nosso sentir, serem refutados com a brilhante contribuição referenciada.

Mirabete (2004), corroborando o entendimento de Mestieri (1999), também entende que a valoração da personalidade deve ser realizada sob o argumento que na prática do crime ficam evidentes elementos que refletem a personalidade, tais como qualidades morais, índole ruim ou boa, entre outras. “Quando postula que, a partir da apreciação da personalidade, registram-se qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, além de sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento” (MIRABETE, 2004, p. 294).

Guilherme Souza Nucci (2005), seguindo os pressupostos da Escola Positiva do Direito Penal, assim leciona sobre o ponto em debate:

Invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direitos e deveres, enfim como pessoa humana, torna a pena mais justa e sensata no seu quantum e no seu propósito (grifo aditado). Cuida-se realmente de uma invasão (NUCCI, 2005, p. 03).

Não é o intento, ao refutar os ensinamentos contrários dos doutrinadores indicados, insistir em um único argumento. Todavia, o que já fora ventilado sobre a consideração do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato, situação que ocorre ao valorar a personalidade, realmente apresenta-se como o argumento mestre para combater as justificativas apresentadas por Mirabete (2004) e Nucci (2005).

Percebe-se que se trata de doutrinadores penalistas renomados no cenário nacional, situação que, em um exercício de mera conveniência, poderia fundamentar o posicionamento sem carga filosófica e cognitiva que se pretende produzir na presente pesquisa científica, por isso a ousadia em discordar de tais posicionamentos.

Novamente invocando Roberto Lyra (1971, p. 109), a não valoração da personalidade do agente revela-se, novamente, recomendável, pois o jurista é categórico ao argumentar “Autor de que crime? Personalidade de que criminoso? Se a personalidade causa o comportamento, que é que modela ou altera a personalidade? Em verdade, diz o jurista, ninguém conhece ninguém fora da relação social que produz.”

Outro ponto importante colocado por Lyra (1971) é a tentativa, geralmente realizadas pelos magistrados ao valorar a personalidade, da personalidade padrão esperada pela sociedade. Vejamos:

É incisivo quanto a desconstruir a noção de homem médio, figura que possui a “personalidade padrão”. Sob seu entender, não se descobre no indivíduo o que está fora dele. ‘Os que aludem a homem médio não sabem de que e como

extrair a média. Média moral, psíquica, intelectual, cívica, afetiva, física?’ (LYRA, 1971, p. 109).

A contribuição expressa realente é muito pertinente ao ponto que evidência a falta de parâmetro, ante a sua peculiaridade, para o magistrado valorar a personalidade de um indivíduo, ainda mais tratando-se de pessoa desprovida de capacidade técnica para tanto.

Realmente quando do levantamento bibliográfico preliminar, o cuidado que se tomou foi em identificar entendimentos robustos acerca daquilo que se pretendia defender, sem usar de forma demasiada a subjetividade e as interpretações extensivas para tentar sustentar as convicções até então estabelecidas. Nesse caminho, para finalizar o presente título e assim estabelecer o pretendido antagonismo doutrinário acerca do recorte temático ora trabalhado, é extremamente oportuno fazer menção à lição de Ney Moura Teles (1998):

Sobre a personalidade: ‘Considerá-la no momento de fixação da pena é considerar o homem, enquanto ser, e não o fato por ele praticado’ (grifo aditado). Acrescenta ainda que facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado implica conceder ao julgador um ‘poder quase divino’, de invadir toda a alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe pena pelo que ela é, não pelo que o agente fez (TELES, 1998, p. 107).

O entendimento acima sintetiza o posicionamento defendido na presente pesquisa, pois realmente não se apresenta razoável que o condenado seja alvo do *ius puniendi* do Estado tendo por base o fruto de suas convicções e valores morais, vindo a deixar de punir o fato criminoso e passando a punir exclusivamente a existência do condenado.

Aniyar de Castro (1983) de forma muito humanizada, esboça um entendimento que notadamente dá suporte à impossibilidade de valoração da personalidade do agente quando da aplicação da pena. Vejamos

Frisa ainda que ninguém é essencialmente um delinquente. Além disso, ninguém é delinquente todos os dias, nos quais a sua conduta e a sua personalidade são semelhantes às cotidianas, lícitas ou não, de muitas outras pessoas. Ser ou não um delinquente depende muito mais de um contexto social que de uma conformação atávica de um criminoso nato, como querem convencer os doutrinadores positivistas do Direito Penal (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 66).

Ao ponderar que o entendimento acima é dotado de humanidade por parte da jurista em comento, é justamente porque ela o faz ao colocar que a delinquência não se trata de uma característica contida na essência de uma pessoa, atribuindo à vida voltada ao crime muito mais a fatores sociais do que fatores ligados à formação da personalidade.

Diante todo o arcabouço doutrinário contido no presente título, espera-se que tenha sido evidenciado o paradigma doutrinário envolvendo a valoração da personalidade do agente no ordenamento penal brasileiro.

1.5 A incapacidade técnica do magistrado para valoração da personalidade do autor do crime

Conforme colocado ao final do título anterior, a valoração da personalidade é tema inteiramente controverso no campo doutrinário. Sendo assim, de modo a continuar delinear o entendimento desfavorável à valoração da personalidade do agente quando da aplicação da pena, passa-se a abordar no presente título um motivo extremamente robusto a corroborar o entendimento defendido, a saber, a incapacidade técnica do magistrado para analisar a personalidade. Este argumento é objeto de discussão doutrinária, conforme constam nas palavras de Santos e Vieira (1999, p. 115) ao ponderar que “também discutem se tem o juiz capacitação para analisar a personalidade do agente criminoso, como requer e recomenda legalmente o Código Penal”.

Sem incorrer em exagero, pode-se afirmar, devidamente respaldado, que a análise da personalidade realizada pelo magistrado se apresente como uma lástima, conforme leciona Heleno Cláudio Fragoso (1995, p. 321-322): “É uma lástima que nos processos penais essas informações sejam em geral fragmentárias e inconcludentes, de modo que faltam ao juiz, via de regra, elementos que lhe permitam avaliar a personalidade do réu e seus antecedentes”.

Extraí-se da contribuição de Fragoso (1995) que as informações que subsidiam o magistrado na análise da personalidade são demasiadamente fragmentadas e não indicam conclusões, todavia, o que se pretende realmente no presente título é evidenciar que a valoração da personalidade em tela apresenta-se ainda mais impertinente se considerada a falta de capacidade técnica do magistrado.

Cuida-se em ressaltar que o questionamento da capacidade técnica do magistrado no contexto da presente pesquisa é, conforme dito, um motivo elementar para corroborar o entendimento que a aludida valoração não deva ocorrer no âmbito penal.

A situação é tão grave, e é com essa conotação que se pretende desenvolver a temática, que mesmo se houvessem informações suficientes o magistrado ainda assim não teria elementos para analisar de forma convincente a personalidade ante a sua incapacidade técnica.

De início, antes mesmo de ponderar as questões técnicas atinentes à valoração da personalidade, propõe-se uma reflexão acerca da complexidade de se realizar a análise dos elementos formadores da personalidade. Pretende-se, em um plano inicial, demonstrar que o

aludido exercício é cercado de inúmeras especificidades que naturalmente inibem a atuação de leigos.

Sendo assim, José Antonio Paganella Boschi (2004, p. 207) assevera que “a personalidade é mais complexa que simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo”.

Em momento oportuno serão evidenciadas as constatações práticas acerca da valoração da personalidade do agente nos tribunais superiores, ocasião em que será possível verificar as análises superficiais realizadas pelos magistradas, incidindo justamente no que está posto por Boschi (2004), ou seja, nas análises de simples manifestações de caráter ou temperamento.

Uma vez descortinada a complexidade em analisar a personalidade do indivíduo, importa ainda ponderar a manifestação de Boschi (2004, p. 207) sobre o raciocínio evidenciado: “isso tudo para não falarmos, por ora, da tese que propõe a absoluta impossibilidade de determinação da personalidade, que é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo”.

Ora, a tese suscitada pelo jurista se apresenta inteiramente atual e coerente, pois, ante a complexidade do processo de formação da personalidade, seria mesmo possível constatá-la de forma precisa e inquestionável?

Percebe-se aqui, mais uma vez, a profundidade teórica do tema pesquisado, pois, respaldado pelo entendimento de Boschi (2004), a direito penal estaria a positivar e aplicar um exercício inalcançável, possibilidade, conforme já citado, totalmente pertinente.

Isso ocorre porque não se pode ignorar exigências relacionadas ao conhecimento técnico-científico de Psicologia e de Psiquiatria. Ademais, quem se dispõe a determinar o conteúdo da personalidade de outro tende a analisar com base nos próprios atributos de personalidade, que, não raro, são eleitos como paradigmas (BOSCHI, 2004, p. 207).

Ainda com a intenção de corroborar com o entendimento acerca da complexidade da análise da personalidade, destaca-se a exímia contribuição de Gilberto Ferreira (1998):

[...] no processo de aferição da personalidade seria necessário realizar um estudo sobre a herança, o temperamento, os acidentes, o meio e, principalmente: a) a família do acusado (ascendentes até o décimo grau; colaterais até o quarto grau, sob o aspecto sociológico, psicopatológico, antropológico, criminológico e médico-legal); b) a vida do criminoso até a época do fato; c) a maneira como foi educado e as relações com os pais e seus irmãos, bem como o tratamento recebido em comparação com o dispensado a estes; d) o estado físico, psíquico, relações sociais, relações do criminoso com sua mulher, filhos e pais; e) a sexualidade (aí incluída a evolução

psicopatológica sexual na infância, na adolescência, na fase de maturidade do indivíduo e na senilidade) (FERREIRA, 1998, p. 87).

A lição exarada acima dimensiona com precisão a complexidade que se pretende evidenciar no presente título, visto que traz com tremenda propriedade o conjunto de elementos a serem considerados para uma eventual análise da personalidade.

Devidamente demonstrada a complexidade aludida, chega-se então ao ponto central do presente título: o entendimento que o magistrado não é pessoa dotada de conhecimentos técnicos suficientes para auferir a personalidade de uma pessoa.

Ainda utilizando-se dos ensinamentos de Gilberto Ferreira (1998, p. 87), tem-se que jurista “compreende que avaliar a personalidade não é obra fácil e exige noções de psicologia e psiquiatria, além de um processo bem instruído”. Nota-se que o jurista, além de aduzir a complexidade já citada, ainda defende que tal exercício é de pertinência de outras áreas do conhecimento diversas do direito.

Começa-se aqui a ponderar, considerando o recorte temático da pesquisa, a justificativa que nos permite crer ainda mais que a valoração da personalidade quando da aplicação da pena não deve ser realizada.

Evidenciando ainda a coerência doutrinária do argumento lançado, cita-se a entendimento de Ney Moura Teles (1998):

[...] Afirma que 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, 1998, p. 107).

Para além de visualizar a complexidade na análise da personalidade, Teles (1998) deixa claro que o exercício analítico em comento pertence à ciência psicológica e psiquiatria, trazendo ainda uma abordagem interessante ao colocar que a personalidade sequer é um termo jurídico.

A pertinência do entendimento exposto acima ao recorte temático pesquisado é gritante, pois é justamente essa concepção que se pretende ao final deixar claro, ou seja, a valoração da personalidade é matéria estranha ao direito.

Juarez Cirino dos Santos (1985) também é categórico ao indicar a incapacidade técnica do magistrado nos seguintes termos:

[...] Aborda o fato de que os profissionais do sistema de justiça criminal não possuem formação acadêmica em Psicologia ou Psiquiatria para decidir sobre o complexo conteúdo do conceito de personalidade. Por essa razão, a

jurisprudência brasileira tem atribuído um significado leigo ao conceito, que pouco esclarece a personalidade do condenado (SANTOS, 2005, p. 113).

No entendimento indicado acima fica evidente a gênese da alegada incapacidade técnica do magistrado, pois o jurista remete à formação acadêmica específica para analisar a personalidade, afirmando que profissionais do sistema jurídico não detém tal formação.

Percebe-se de forma muito generosa a suporte doutrinário robusto para possibilitar a assertiva realizada no presente título.

Não obstante a tudo isso, Gilberto Ferreira (1998) discorreu acerca da realidade brasileira sobre a temática estudada. Vejamos:

Alerta que, na realidade brasileira, o juiz não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso. Primeiro, porque não tem um preparo técnico em caráter institucional. Suas noções de Psicologia e de Psiquiatria provêm do seu autodidatismo. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo. Terceiro, porque, como não vige no processo penal o princípio da identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade (FERREIRA, 1998, p. 88).

Ferreira (1998) cessa qualquer possibilidade de dúvidas acerca dos motivos que fundamentam a impossibilidade de valoração da personalidade do agente pelo direito penal, incluindo no rol desses motivos a incapacidade técnica do magistrado.

Uma vez demonstrada a pertinência doutrinária acerca da incapacidade técnica do magistrado, deve-se, buscando contextualizar a temática ora trabalhada, evidenciar o fato do magistrado estar obrigado a realizar a valoração ora refutada.

O respectivo raciocínio é muito bem desenvolvido por Santos e Vieira (1999) ao considerar que a ordem contida no art. 59, do Código Penal (BRASIL, 1940) é de aplicação geral, ou seja, o magistrado não possui a faculdade de valorar ou não a personalidade a depender do caso, conforme consta: “O artigo 59 do Código Penal é categórico ao determinar que a análise do acusado se faça pelo juiz. Essa determinação legal tem caráter genérico, ou seja, deve o juiz fazer a avaliação da personalidade de todo acusado que vier a ser condenado” (SANTOS; VIEIRA, 1999, p. 116).

Como desdobramento do posicionamento contido acima, os autores em tela continuam nos seguintes termos:

Se o juiz não tem a capacidade técnica, profissional e científica para realizar aquela que seria tarefa pertinente à lida dos psicólogos e psiquiatras, como se situar diante de uma legislação que praticamente veste uma ‘camisa-de-força’ no magistrado, obrigando-o a exercer uma atividade para a qual não está habilitado? (SANTOS; VIEIRA, 1999, p. 116).

Tem-se, portanto, que a realidade prática em volta da valoração da personalidade é justamente a remontada acima, pois o magistrado, mesmo não tendo capacitação técnica, se vê obrigado a realizar o exercício positivado no texto normativo.

Ricardo Augusto Schmitt (2015), ao se posicionar acerca da incapacidade técnica do magistrado, aborda um ponto muito interessante e, na prática, pouco utilizado, que é justamente a participação dos profissionais técnicos da área da saúde. “Dúvidas não nos restam de que tal circunstância somente poderá ser analisada e valorada a partir de um laudo psicossocial firmado por pessoas habilitadas, o que não existe na grande maioria dos casos levados a julgamento” (SCHMITT, 2015, p. 123).

Conforme aventado no parágrafo anterior, a alternativa suscitada por Schmitt (2015) realmente é subutilizada, o que causa demasiada estranheza, visto que comumente existem equipes psicossociais nos juízos, inclusive com admissão via concurso público.

Quanto à participação efetiva de outro profissional no julgamento, Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira (1999, p. 118) ensinam que a confecção de um laudo técnico sobre a personalidade poderia substituir a análise superficial realizada pelo magistrado, possibilidade também defendida por Esther Maria de Magalhães Arantes (2004, p. 22).

Sobre a possibilidade de se considerar o laudo pericial de personalidade no julgamento judicial, Edmundo Oliveira (1987, p. 197) faz menção ao Direito Francês que, no artigo 81, do *Code de Procédure Pénale* juntamente com a *Ordonnance* n.º 60.529, de 04 de junho de 1960, permite a realização de estudo técnico com a finalidade de subsidiar o julgamento, hipótese que não é admitida na legislação penal italiana (OLIVEIRA, 1987, p. 196).

Deve-se ressaltar aqui que a possibilidade de realizar a valoração da personalidade do agente por meio do exame pericial não é a hipótese defendida na pesquisa em tela, visto que a problemática suscitada consiste justamente na valoração em si de personalidade para aplicação da pena, independente de como a citada valoração seja realizada. A menção contida no parágrafo superior serve sobremaneira para reforçar o ponto específico abordado no presente título, ou seja, que o magistrado não possui capacidade técnica para valorar a personalidade.

A discordância da valoração da personalidade mesmo com a confecção de laudo pericial é fundamentada por tudo que já fora suscitada até aqui e, especificamente, pelo que ensinada

Salo de Carvalho (2004, p. 149) ao defender que a intervenção clínica também contribui para a predileção do direito penal do autor em detrimento da abordagem ao caso concreto.

Ainda quanto ao exame pericial da personalidade, Roberto Lyra (1977) pontua:

[...] Virão laudos que são piores que devassas a pretexto de anamneses, com diagnósticos arbitrários e prognósticos fatalistas. A vida do réu e, também a da vítima são vasculhadas. O anátema atinge a família por uma conjectura atávica. O labéu ultrapassa gerações. Remotos e ridículos preconceitos distribuem estigmas. O processo penal, além de todas as ocupações e preocupações, será atado ao torvelinho dos habituais e tendenciosos falsários bem pagos, com humilhações e vexames para o acusado e sua família, para a vítima e sua família, com base em “quadrinhos” e formulários (LYRA, 1977, p. 132).

Nesse mesmo sentido são as críticas de Cristina Rauter (2003, p. 84, 87) ao colocar que os lados priorizam aspectos íntimos do acusado e conseqüentemente reproduzem marcos preconceituosos que orbitam a prática criminosa.

Sendo assim, a busca no presente título consiste em evidenciar que o magistrado não possui capacidade técnica para valorar a personalidade do agente, o que revela de forma ainda mais acentuada a precariedade das respectivas valorações realizadas na prática, tanto que é que Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira (1999, p. 117) são incisivos ao afirmarem que as valorações em comento são extremamente simples e superficiais, situação em que servem para evidenciar a impropriedade técnica do julgador.

Vieira e Almeida (1999, p. 117) ainda revelam algo estarrecedor ao pontuar a existência de “caso mais gritante de anticientificidade no trato com a personalidade temos em algumas sentenças condenatórias nas quais o juiz avalia de forma coletiva as personalidades dos acusados”.

Por fim, a incapacidade técnica do julgador é nítida, pois Boschi (2004, p. 208) coloca que as avaliações geralmente são realizadas considerando argumentos genéricos como “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, ponderações que, ante a complexidade que envolve a personalidade, nada dizem de resolutivo.

1.6 A valoração da personalidade do autor do crime para aplicação da pena frente ao texto constitucional

Não diminuindo a relevância dos argumentos e motivos exarados até aqui, chega-se a um ponto extremamente importante dentro da temática estudada, visto que se trata da valoração da personalidade sob o prisma do texto constitucional.

Sendo assim, importa evidenciar de antemão o Princípio da Legalidade, muito bem considerado pelo professor Guilherme Souza Nucci (2012):

[...] o princípio da legalidade advém da Magna Carta (ano de 1215), com a finalidade de coibir os abusos do soberano. Estabelece somente constituir delito a conduta consagrada pela lei da terra (by the law of the land), vale dizer, os costumes, tão importantes para o direito consuetudinário. Com o passar do tempo a expressão transmutou-se para o devido processo legal (due process of law), porém seu significado não se alterou. Aliás, ampliou-se para abranger, além da vedação de punição sem prévia lei, outros princípios fundamentais, como a presunção de inocência, ampla defesa, o contraditório, dentre outros preceitos, enfim, sem os quais a justiça não atingiria seu status de dignidade e imparcialidade (NUCCI, 2012, p. 23).

Pelo conceito, bem como pela contextualização trazida, fica evidente a importância do respectivo princípio no ordenamento jurídico.

De outro norte, pela amplitude do princípio da legalidade, pode-se afirmar que ele possui aplicabilidade tanto no sentido amplo quanto de forma estrita, visto que possui previsão legal no art. 5º, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e, de forma ampla, abrange também princípios e valores que impedem o uso desregrado da discricionariedade.

Para melhor compreensão do exposto acima, tem-se a lição que segue:

[...] no caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de ‘livre deliberação’ (free Ermessen) aos Poderes do Estado. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade (CANOTILHO et al., 2013, p. 245).

Ressalta-se que a abordagem realizada no presente título se dá no plano amplo do princípio da legalidade, por isso a pertinência do ensinamento indicado abaixo sobre o positivado no art. 5º, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Vejamos:

A ideia expressa nesse dispositivo é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (Rechtsgesetze), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei (CANOTILHO et al., 2013, p. 245).

Nota-se que a previsão constitucional acerca da legalidade está muito bem esclarecida ao ponderar que toda interferência do Estado na vida do cidadão ocorrerá em virtude da lei, circunstância a qual é característica elementar do Estado de Direito.

A consideração do princípio da legalidade encontra-se muito bem delineada pelo magnífico jurista Bandeira de Mello (2013, p. 102) ao afirmar que ele “é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”.

Percebe-se até então a magnitude do princípio em voga, ainda mais ao ser ao Direito Penal, ao passo que a incidência da lei penal só versará sobre fatos posteriores à sua vigência, estando, inclusive, a legalidade penal prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988), especificamente no art. 5º, XXXIX, verbis: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Assis Toledo (1994) ensina de forma singular sobre a legalidade e a sua cautela ao relacionar com a esfera pessoal da pessoa:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais (TOLEDO, 1994, p. 21).

Resta evidente que a legalidade, como parâmetro da atuação estatal, apresente-se como relevante instrumento para proteção ao cidadão de modo a evitar o uso arbitrário do poder do Estado.

É justamente neste recorte que a valoração da personalidade do agente para aplicação da pena se apresenta como ofensa ao texto constitucional, pois, conforme já suscitado anteriormente, o Estado passa a punir o agente criminoso por situações que vão além da conduta criminosa em si, vez que a personalidade é resultado daquilo que a pessoa sente, pensa e age, logo, ao considerar a personalidade em uma das fases da dosimetria da pena, indiscutivelmente pune-se por fato sequer criminalizado pelo direito penal, o que por si só revela uma grave afronta ao princípio da legalidade.

Entende-se aqui que o agente deve ser condenado pelo fato criminoso praticado e não pelo conjunto de suas convicções, conforme leciona Boschi (2004):

Queremos registrar nossa adesão à corrente que propõe a punibilidade pelo que o agente fez, e não pelo que ele é ou pensa, para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao tempo em que os indivíduos eram executados porque divergiam, e não pelo que faziam (BOSCHI, 2004, p. 212).

Revela-se razoável ponderar que a valoração da personalidade do agente para aplicação da pena apresenta-se, além de inconstitucional, fora do contexto prático do crime, pois despreza

a conduta criminalizada e passa-se a punir o agente pelo conjunto de suas convicções, como se fosse possível tal feito.

Salo de Carvalho (2004, p. 59) é crítico ao afirmar que a valoração da personalidade é uma invasão ilegítima ao âmago do condenado e “estabelece verdadeira porta aberta para perversão do princípio da culpabilidade pelo fato”.

O estudo do direito penal desde os primeiros semestres da graduação implica diretamente na apresentação e conseqüente compreensão do princípio da legalidade, bem como das suas implicações práticas.

Amplamente difundido, o princípio da legalidade apresenta-se como um limite normativo para o poder punitivo do Estado, visto que a reprovabilidade da conduta só existirá a partir do momento que tal conduta constar de forma expressa em um texto normativo, servindo, também, a aplicabilidade deste princípio à pena a ser aplicada, ou seja, de igual modo a pena a ser aplicada mediante a realizada da conduta típica deverá, antes, estar prevista.

Desta forma, no estudo principiológico do direito penal, não se apresenta equivocada a ideia de que o Princípio da Legalidade é o principal preceito a ser obedecido, pois todos os demais, a saber, dignidade da pessoa humana, humanidade da pena, proporcionalidade, individualização da pena, etc. são oriundos da necessidade de positivação.

Nesse caminho, conforme colocado, ao punir o agente criminoso, mesmo que restrito à primeira fase da dosimetria, mediante o conjunto de fatores que compõem a sua personalidade, consiste em punir unicamente pelo fato de ser quem é ou pensar o que pensa, logo a personalidade do agente criminoso, totalmente dissociada do crime apurado, poderá ter a sua personalidade aquilatada de forma pejorativa se simplesmente o seu modo de vida ou forma de pensar for diferente dos padrões de moralidade da maioria, sendo a lição de Luigi Ferrajoli (2006) extremamente pertinente. Vejamos: “De tudo isso resulta uma subjetivação ética e voluntarista do sistema, tanto penal quanto processual, já que a maldade subjetiva do réu não é perceptível, senão mediante a intuição subjetiva do juiz” (FERRAJOLI, 2006, p. 455).

Para melhor compreensão do aludido acima, Túlio Lima Viana (2003, p. 56) exara a seguinte lição:

[...] dois indivíduos munidos de arma de fogo resolvem roubar um banco em concurso de agentes. Ambos realizam as mesmas condutas, rendem o caixa, apontam-lhe a arma, recolhem o dinheiro, dividem-no em partes iguais e saem em fuga. Durante a instrução criminal as testemunhas afirmam que o primeiro deles é ótimo pai de família, excelente vizinho, bom empregado e que trabalha durante os finais de semana em entidades beneficentes, tendo inclusive adotado cinco crianças de rua. O outro acusado, porém, tem personalidade e

conduta social oposta: bate na esposa, briga constantemente com a vizinhança, chega bêbado no trabalho e há fortes comentários de que trafique drogas. Não é difícil imaginar que o juiz fixará a pena do primeiro no mínimo legal e aumentará a pena do segundo em cerca de um ano. Ao proceder desta forma, o magistrado, na prática, estará condenado ambos pelo roubo a banco e suplementarmente estará condenando o segundo a um ano de prisão por bater na esposa, brigar constantemente com a vizinhança, chegar bêbado no trabalho e supostamente traficar drogas (VIANA, 2003, p. 56).

É evidente que, ao punir a personalidade do agente criminoso, o Estado ultrapassa, de forma totalmente ofensiva, o princípio da legalidade, os limites punitivos que lhe cabe, pois passa a compor a condenação com fatos sequer criminalizados, além de admitir de forma nítida a interferência do direito penal do autor em detrimento do direito do fato.

Evocando novamente os ensinamentos de Salo de Carvalho (2004, p. 61), tem-se que o direito penal se presta a criminalizar o fato e não a prever normas que proíbam ou desmoralizem identidades.

Com relação ao direito penal do fato e o direito penal do autor, o direito penal brasileiro adotou, para constituição do crime, unicamente a primeira vertente, todavia, admite-se o direito penal do autor para situações como fixação da pena, especificamente no artigo 59, do Código Penal, por isso o dilema aqui abordado.

Acerca do paradigma colocado, Nelson Hungria (1978, p. 475-476) afirma ser adepto do direito penal do fato por ser inadmissível que o indivíduo preste conta de sua própria personalidade.

De outro plano, conforme leciona Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21), a ofensa ao princípio da legalidade também representa uma grave insegurança jurídica, uma vez que o Estado ultrapassa os limites do poder punitivo que lhe cabe, interferindo diretamente nas liberdades individuais.

Acerca da segurança jurídica tão necessária ao agente criminoso submetido aos ditames do processo penal e do direito penal, Alexandre Rezende da Silva (2003) é cirúrgico ao ponderar:

As garantias que este princípio propicia ao cidadão também são uma forma de segurança. Com a atividade estatal limitada aos mandames legais e com o aumento crescente, absurdo até, da interferência do Estado na sociedade civil, a previsibilidade de suas atitudes são da maior importância. Se o cidadão não tiver um mínimo desta previsibilidade relativamente ao Estado, estará vivendo uma situação absurda, em que um gigante pode invadir seu quintal a qualquer momento com a força de um elefante e a astúcia de uma raposa, vale dizer, viverá uma situação de angústia (SILVA, 2003, p.?).

A insegurança jurídica à pessoa do agente criminoso é evidente, visto que a sua punição será fundamentada em os fatos praticados em circunstâncias pretéritas e, não obstante, por pessoa que não detém conhecimento técnico específico para valorar a sua personalidade, estando o destinatário da norma penal sem o mínimo de previsibilidade sobre os limites de suas liberdades.

Quanto à liberdade individual, pertinente a lição de Salo de Carvalho (2004):

[...] É assegurado constitucionalmente ao indivíduo apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só poderá responder por esse comportamento se provocar um ato ilícito. 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 o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o (CARVALHO, 2004, p. 60).

Como desdobramento da liberdade individual e que também demonstra a ofensa ao texto constitucional, é a clara ofensa ao preceito de amoralidade pertinente ao Estado, pois a Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 5º, inc. VI, prevê expressamente: “[...] é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...]”.

Ao prever de forma expressa a liberdade de consciência, o Estado autodenomina-se amoral, logo, não exige de seus cidadãos qualquer uniformização moral, o que conseqüentemente impede que qualquer pessoa seja discriminada devido suas convicções morais.

Assim, é nesse ponto que a valoração da personalidade do agente representa também uma grave discriminação motivada unicamente pelo valores morais e éticos do apenado, tanto que a discriminação em tela toma-se forma quando no interrogatório são levantadas informações acerca da religião do réu, se professa alguma religião, se faz uso de bebida alcoólica, etc., todos elementos capazes de subsidiar o magistrado para, na primeira fase da dosimetria da pena, analisar a personalidade.

Percebe-se que o magistrado, por força da lei, é obrigado a aplicar a pena; se for o caso de condenação, fazendo o difusão entre o Direito e Moral, o que, conforme leciona Luigi Ferrajoli (2006), ofende o princípio normativo da separação entre o Direito e a Moralidade, vejamos:

[...] 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, 2006, p. 208).

Não se pode olvidar, pelos argumentos devidamente corroborados pelo texto normativo pátrio e pela doutrina, que a valoração da personalidade do agente para aplicação da pena se apresenta contrária ao ordenamento constitucional, conforme elucidado acima.

Não obstante a tudo isso, tem-se ainda que a valoração em tela ainda vai de encontro com o dispositivo contido no art. 93, IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que estabelece a necessidade que as sentenças judiciais sejam devidamente fundamentadas.

Quanto à valoração ora questionada José Antonio Paganella Boschi (2014) sequer considerada a personalidade como fundamento para majorar a pena, conforme entendimento citado abaixo:

[...] eventual deformação da personalidade do réu oriunda de transtorno reconhecido longe de servir como fundamento para a exasperação da pena-base precisaria, isto sim, propiciar o abrandamento da censura penal, pois o apenado não estaria atuando livremente, mas sim de acordo com suas amarras psicológicas (BOSCHI, 2014, p. 176).

A contribuição expressa acima considera a falta de fundamentação ante valoração da personalidade de forma ampla, visto que o jurista sequer considera a personalidade como elemento fundamental para fixar a pena-base.

Em outro momento, o jurista Boschi (2004) se posiciona de forma ainda mais específica à valoração da personalidade no âmbito penal. Vejamos:

[...] corrobora a constatação de que, em verdade, não há fundamentação nas sentenças quando o ponto é a aferição da personalidade. Para ele, é fácil a *percepção* de que os membros do Poder Judiciário limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, afirmações que nada dizem tecnicamente (BOSCHI, 2004, p. 208).

Realmente alternativa não resta senão considerar que a análise da personalidade na primeira fase da dosimetria da pena é desvinculada de qualquer fundamentação que possibilite o condenado exercer de forma plena o contraditório e a ampla defesa, incorrendo em uma clara ofensa ao texto constitucional.

Salo de Carvalho (2004) ensina nesse mesmo sentido:

Nota-se, dessa forma, que 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, ferindo, pois, o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade (CARVALHO, 2004, p. 57).

Carvalho (2004) foi muito feliz em sua contribuição ao evidenciar a impossibilidade de se verificar os critérios estabelecidos pelo magistrado para valorar a personalidade, pois o que se constata nessa situação é ausência de qualquer parâmetro.

Importa ressaltar que as análises oriundas da discricionariedade do magistrado não estão à margem dos parâmetros que permitam a realização da defesa, conforme muito bem destacam Shecaira e Corrêa JR. (1995) a afirmar:

Com a adoção do sistema de livre convencimento, há a necessidade de estabelecer parâmetros para limitar o eventual arbítrio que poderia surgir da falta de motivação. [...] Acrescem que, “quanto maior o conteúdo discricionário da decisão mais necessária é a motivação, especialmente para que se possa aquilatar se o juiz usou bem ou mal a liberdade que lhe foi conferida (SHECAIRA; CORRÊA JR., 1995, p. 171-173).

De forma derradeira, ante a ausência fundamentação da própria valoração da personalidade do agente, tem-se que os termos vagos utilizados pelo magistrado representam de forma nítida uma ausência do requisito constitucional da fundamentação da sentença (CARVALHO, 2004, p. 56). Diante da aludida ausência de fundamentação, a impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como a nulidade da sentença se revelam como consequência natural (CARVALHO, 2004, p. 58).

1.7 Reflexos teóricos do Garantismo Penal diante da valoração da personalidade do autor do crime

Pelo que já fora exposto até o presente tópico, tem-se que a possibilidade ou não de valoração da personalidade do autor do crime opõe duas abordagens importantes do Direito Penal, sendo que a primeira é o positivismo que legitima do direito penal a cumprir a sua finalidade de defesa social (BARATTA, 2002, p. 4) e a segunda relacionada a não violação de direitos e garantias individuais fundamentais, prezando, portanto, pela proteção da esfera individual.

Diante do binômio evidenciado acima, a pesquisa suscita, a fim de corroborar o descabimento da valoração da personalidade do autor do crime, a ideia do garantismo penal

capaz de limitar o *ius puniendi* estatal, visando, conseqüentemente, a proteção da liberdade do indivíduo, como muito bem ensina Salo de Carvalho:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados (CARVALHO, 2008, p. 19).

A lição referenciada acima contribui de forma singular para balizar o entendimento nuclear que se pretende alcançar com a pesquisa em comento, não se pode admitir que o Estado utilize-se do discurso de “defesa social” para ultrajar garantias fundamentais dos indivíduos, como se estabelecesse uma hierarquia bem social está acima de qualquer outro aspecto, justificando a intervenção desregrada na esfera particular.

O que ocorre com a valoração da personalidade do autor do crime é justamente a priorização do discurso teórico de proteção social que legitima a realização de uma devassa nos direitos e nas garantias fundamentais individuais, sendo o indivíduo o centro do processo, quando, na verdade, o fato-criminoso deveria ser.

Nesse sentido, o jurista Luigi Ferrajoli (2002, p. 434-435) ensina que “o papel da defesa resulta irrelevante ou, pior, é visto como um obstáculo ao bom andamento do juízo; o objeto privilegiado do processo não é o fato-crime, mas a personalidade criminosa do réu”.

O que se percebe quanto ao garantismo penal no recorte temático pesquisado é que a valoração da personalidade do autor do crime, enquanto invasão à esfera pessoal do indivíduo, é legitimada com estrita vinculação ao princípio da individualização da pena.

Nesse caminho, Adriano Teixeira leciona:

No direito brasileiro pode-se observar uma tendência histórica de privilegiar a utilização de critérios subjetivos, ligados à pessoa do condenado, na aplicação da pena, tendência essa provavelmente impulsionada por uma incorreta interpretação do dogma da individualização da pena. [...] O princípio da individualização da pena, dotado de status constitucional (Art. 5º, XLVI, Constituição Federal) e que se desdobra em individualização legal, judicial e executória, segundo a interpretação tradicional possui um aspecto objetivo, relativo à gravidade do delito, e um aspecto subjetivo, pertinente à pessoa do condenado. A este nossa lei e jurisprudência têm atribuído mais relevo (TEIXEIRA, 2015, p. 31).

Nota-se que o garantismo penal é afastado pelo próprio texto normativo que estabelece, nesse momento da dosimetria da pena, uma clara consideração das circunstâncias relacionadas ao autor do fato.

A valoração da personalidade ora objeto de pesquisa atenta contra o indivíduo e a sua própria existência, confrontando assim a sistemática garantista que defende, em primeiro plano, o ser humano de abusos realizados por parte do Estado.

Em que pese o garantismo abranger os demais ramos do direito, considera-se que o garantismo penal abordado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli possui importância singular frente às demais vertentes, pois o próprio Ferrajoli (2002, p. 29) afirma que o garantismo penal possui sua gênese na escola clássica, a qual limita o poder punitivo do Estado a fim, conforme colocado anteriormente, de proteger a liberdade individual.

Victor Hugo Arruda Pinheiro sintetiza de forma convincente a consideração do garantismo penal dentro da pesquisa realizada.

Portanto o garantismo estabelece limites ao poder do juiz, assim como ao do legislador, que deve ser pautado na legalidade e na separação entre o direito e moral, reduzindo ao máximo as arbitrariedades e decisionismos. Aparta-se, com isso, da função educadora da pena, dos conceitos relativos à periculosidade ou a personalidade do réu e contesta as categorias subjetivas de direito penal do autor (PINHEIRO, 2017, p. 38).

Por derradeiro, todo o exposto no presente tópico serve para demonstrar que a ideia de garantismo penal reforça o descabimento da valoração da personalidade do autor do crime, não sendo pertinente que o Estado, mesmo sendo tão potente quando comparado com vulnerabilidade do indivíduo, utilize-se de mecanismos positivados para atentar contra direitos e garantias fundamentais individuais.

1.8 A valoração da personalidade do autor do crime e a teoria do Minimalismo Penal

Raul Zaffaroni (1991, p. 147) leciona que “o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos”, lição a qual infere de forma significativa na temática objeto da presente pesquisa, uma vez que a valoração da personalidade do autor do crime, ao invadir de forma injustificada a esfera individual do agente, representa uma violação a direitos.

Diante da posição tão contundente do nobre jurista indicada acima, deve-se ressaltar que o minimalismo penal tem por elemento norteador o respeito dos direitos do apenado, conforme o professor Zaffaroni ensina:

Da perspectiva de um discurso jurídico-penal pautado no realismo marginal, entende-se por garantias penais o compromisso das agências judiciais penais para exercer seu poder de modo a decidir cada caso conforme a regra de 'mínima violação/máxima realização' dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, configurando, deste modo um 'padrão' - provisório, por ser progressivo e 'aberto', ou 'inacabado' - de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor) (ZAFFARONI, ano apud SANCHES, 2010, p. 7).

A lição de Zaffaroni quanto ao minimalismo penal é importantíssima ao passo que legitima o exercício do *ius puniendi* sem que haja violação de direitos do apenado, justamente o que se defende na presente pesquisa quanto à valoração da personalidade do autor do crime.

Em um primeiro plano, a teoria minimalista pode parecer idêntica ao garantismo penal abordado no tópico anterior, contudo, o viés da teoria em tela está voltado para a incidência do princípio da intervenção mínima.

Ferrajoli diferencia o garantismo do minimalismo nos seguintes termos:

Garantismo é o sistema penal em que a pena, excluindo a incerteza e a imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo; donde surge o ponto de contato com o minimalismo (FERRAJOLI, 1995, p. 81).

Nota-se que o garantismo, embora também tenha o autor do crime e seus direitos como ponto nuclear, é mais abrangente que o minimalismo penal, todavia, ambas as teorias possuem pertinência temática com o objeto da presente pesquisa.

De outro norte, sobre o arbítrio punitivo do Estado que invade a esfera pessoal do autor do crime o mestre Zaffaroni (2005) teceu importante consideração ao tratar sobre o direito penal do inimigo.

(b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito); (d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (i) o criminoso, segundo o positivismo criminológico, é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (u) hoje os E.U.A. contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos (os inimigos são os marginalizados e envolvidos com drogas); (v) o Direito penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima

(especialmente nos canais de TV); (aa) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (bb) o Direito penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (cc) o político apresenta o Direito penal como o primeiro remédio para isso; (ff) os juízes estão temerosos; mas o juiz garantista tem que enfrentar a mídia (ZAFFARONI, 2005, p. 153).

Os fragmentos indicados acima repercutem a realizada prática que acomete o direito penal no dia a dia tanto no âmbito jurídico quanto no social, pois o que se realmente espera do direito penal é uma atuação invasiva como forma de reprimir qualquer ameaça ao convívio harmônico e pacífico entre os seres humanos.

Acontece que na gana de efetivar a finalidade supra, o *ius puniendi* do Estado tem sido exercido muito distante de sua natureza de última *ratio*.

A valoração da personalidade do autor do crime para aplicação da pena é uma evidente demonstração do exercício equivocado do direito penal, confrontando as percepções teóricas acerca do minimalismo penal que, conforme evidenciado no presente tópico, deveria ser respeitado em sua integralidade.

É pertinente esperar que o direito penal alcance índices significativos de diminuição da violência. Contudo, apoiando-se na teoria minimalista, não se apresenta razoável que tal finalidade seja alcançada em detrimento de garantias formais e materiais resultante da extrapolação dos limites punitivos, a qual, ao nosso entender, se consuma com a valoração da personalidade do autor do crime, pois deixa-se de lado a conduta criminalizada praticada e alcance-se a esfera íntima do indivíduo.

Pode-se assim considerar que a valoração da personalidade do autor do crime não é uma resolução do problema acerca da criminalidade e sim uma forma de repressão estatal cujo elemento norteador é o próprio indivíduo.

Alessandro Baratta, nesse sentido, argumenta em sua obra *Princípios de Direito Penal Mínimo*:

El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos.[...] El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, funciones que son centrales a la ideología de la defensa social y a las teorías utilitarias de la pena (BARATTA, 2004, p. 302).

Considerando a lição indicada acima, é possível considerar que a valoração da personalidade do autor do crime não representa uma solução para o fim pretendido do direito penal, sendo, na verdade, uma repressão suscetível de descortinar problemas crassos do sistema punitivo, o qual, diante do recorte temático em tela, deixa de ser minimalista e atinge searas alheias à sua competência, sendo uma dela a esfera particular do condenado.

1.9 A valoração da personalidade do autor do crime e a noção de pampenalização e abolicionismo penal

Não se pode negar que a valoração da personalidade do autor de crime é, em termos técnicos, presumidamente constitucional e legal, pois está prevista no artigo 59, do Código Penal, todavia, o que se defende na presente pesquisa é que, mesmo sendo dotada de legalidade, tal possibilidade é desconexa da dogmática penal e sua aplicabilidade atenta contra importante elementos.

Sobre a relação de legalidade e aplicação da norma, os magníficos professores Gustavo Noronha de Ávila e Vera Maria Guilherme (2017, p. 20), na obra *Abolicionismos penais*, ensinam que “o que o texto legal não explicita, mas favorece implementar, é uma “faxina social” revestida de legalidade; a lei é considerada constitucional e legítima, mas sua aplicação revela elementos preocupantes.

Com o desenvolvimento da presente pesquisa, pretende-se evidenciar que a valoração da personalidade em tela, embora legal, é demasiadamente preocupante, vez que legitima, usando o termo dos nobres professores indicados, uma “faxina social” atentatória aos direitos e às garantias fundamentais individuais.

Diante do cenário posto, realiza-se no presente tópico um recorte temático muito pertinente, a saber, a valoração da personalidade do autor do crime diante das noções gerais de pampenalização e abolicionismo penal.

Evidentemente, não se propõe, nesse ponto da pesquisa, uma abordagem pormenorizada das teorias em comento, propondo-se, tão somente, vinculação da temática nuclear com duas teorias que contribuirão para melhor compreensão do defendido.

Acerca da pampenalização, Aury Lopes Júnior assim leciona ao contextualizar o cenário brasileiro:

Temos uma pampenalização (banalização do direito penal), pois acreditamos que o Direito Penal é a tábua de salvação para todos os males que afligem essa

jovem democracia com uma grave e insuperável desigualdade social. Como “tudo” é direito penal, “quase tudo” acaba virando processo penal, com entulhamento descomunal das varas criminais e tribunais. Não existe sistema de justiça que funcione nesse cenário e o nosso é um exemplo claro disso. A banalização do direito penal gera uma enxurrada diária de acusações, muitas por condutas absolutamente irrelevantes, outras por fatos que poderiam ser objeto do direito administrativo sancionador ou outras formas de resolução do conflito e ainda, uma quantidade imensa de acusações por condutas aparentemente graves e relevantes, mas carentes de justa causa, sem um suporte probatório suficiente para termos um processo penal (em decorrência da má qualidade da investigação preliminar, também fruto – no mais das vezes – da incapacidade de dar conta do imenso volume de notícias crimes). Diante do volume gigantesco de acusações e processos, é óbvio que o sistema de administração de justiça (dos juízes de primeiro grau às cortes superiores, o congestionamento é colossal) não funciona adequadamente (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 3).

A noção de pampenalização é trazida á baila justamente para evidenciar que a valoração da personalidade do autor do crime é um reforço ao punitivismo exagerado praticado pelo direito penal nos moldes atuais.

É evidente que a gênese da pampenalização encontra-se ainda na criação de políticas criminais, todavia, de forma análoga, é possível delimitar que o direito penal, mesmo quando dotado de provas acerca de autoria e de materialidade, ainda pratica exageros na forma de punir.

Aury Lopes Júnior em seu entendimento sobre a pampenalização é categórico a vincular o respectivo termo à banalização do direito penal; assim, fazendo valer da lição em tela, também acreditamos que a valoração da personalidade do autor do crime contribui para uma verdadeira banalização do direito penal.

Os argumentos legitimadores do cenário de pampenalização são inúmeros e robustos tanto na prática quanto na teoria, o que nos permitiria desenvolver laudas e mais laudas sobre a temática, todavia, o que realmente se pretende evidenciar é o que já fora colocado nos parágrafos anteriores do presente tópico, que a valoração da personalidade do autor do crime contribui significativamente para alimentar uma triste realidade que segue maculando o direito penal, aumentando, conseqüentemente, a dimensão da falência do sistema penal como um todo.

Vera Maria Guilherme e Gustavo Noronha de Ávila (2017, p. 5), na apresentação da obra *Abolicionismos penais*, realizam uma relevantíssima reflexão na seguinte forma: “falar sobre liberdade, hoje, ainda é possível dentro de um contexto de pampenalização?”

O Estado, por meio do direito penal, é legitimado a cercear o indivíduo de um bem jurídico tão importante como a liberdade, tendo o respectivo cerceamento, quando da aplicação da pena, uma perspectiva de punição. Nesse sentido, utilizando de forma análoga a reflexão dos nobres professores, tem-se que é difícil falar sobre a não realização da valoração da

personalidade do autor do crime em um cenário onde tudo é canalizado para a punição como única resposta e solução para a criminalidade.

Se é difícil falar sobre liberdade do autor do crime em meio às políticas criminais promovidas e realizadas na prática, de igual modo é a valoração em tela, por isso o esforço teórico realizado na presente pesquisa, o que também demonstra a sua pertinência científica.

Ademias, quanto à reflexão utilizada de forma análoga no presente tópico, tem-se que a referida fora realizada, como destacado, na obra *Abolicionismos penais*, e a teoria abolicionista também pode ser utilizada para dimensionar o descabimento da valoração do autor do crime.

Antes de realizar a contextualização temática, ressalta-se a contribuição de Edson Passetti sobre o abolicionismo penal.

O abolicionismo penal é uma prática libertária interessada na ruína da cultura punitiva da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão. Problematiza e contesta a lógica e a seletividade sócio-política do sistema penal moderno, os efeitos da naturalização do castigo, a universalidade do direito penal, e a ineficácia das prisões. [...] O abolicionismo revira o consenso a respeito da naturalização do castigo, que fundamenta o princípio da punição no direito penal (PASSETTI, 2006, p. 83).

Conforme já colocado no presente tópico, a valoração da personalidade do autor do crime é uma forma de punição estatal formulada unicamente no conjunto de convicções do indivíduo, logo, nesse recorte, pode-se, considerando o aspecto conceitual do abolicionismo, ponderar que a valoração em comento afronta, ao nosso sentir, tão coerente teoria.

Hoje é possível identificar na prática jurídico-penal que a valoração da personalidade do autor do crime é, de forma sistemática e robusta, um castigo legalizado e amplamente entendido, repito, no contexto prático, como conveniente.

O abolicionismo penal não admite a ideia de sistematização do castigo como elemento norteador do direito penal. Logo, tal posicionamento também é recepcionado na presente pesquisa para deslegitimar a valoração que ora é pesquisada, por isso a pertinência em evocar a noção de abolicionismo penal.

Nesse caminho, para melhor compreensão do abolicionismo enquanto prática libertadora, ensina Bryan Alves Devos e Francisco Quintanilha Vêras Neto:

O abolicionismo penal está mais interessado na realização de uma pedagogia libertária extraída dos próprios conflitos do que em formulações jurídicas estanques ou métodos burocratizados de ação, próprios do sistema penal. Para a teoria e a práxis abolicionistas, estratégias comunitárias de resolução de conflitos na esteira de lógicas compensatórias, terapêuticas ou conciliatórias,

haja vista a falência do modelo punitivo – visto, portanto, como uma (e não a única) via de reação frente aos conflitos (DEVOS; NETO, 2019, p. 35).

Não se pode negar que a possibilidade de valorização da personalidade do autor do crime está inserido em uma rígida burocratização punitivista. Em descompasso com elementos norteadores do abolicionismo penal, o *ius puniendi* do Estado, tendo como parâmetro a personalidade do agente, representa, ao nosso sentir, um dos impedimentos de uma prática libertadora no direito penal, inibindo, assim, uma importante função do movimento abolicionista expresso pelo jurista Gustavo Noronha de Ávila (2016, p. 556), a saber a, reversão sobre o direito penal de uma carga justificadora.

1.10 Tendências valorativas da personalidade do autor do crime nos Tribunais Superiores

O presente tópico, como se observa, é destinado a organizar como a valorização da personalidade do autor do crime tem sido realizada na prática, culminando, assim, em uma importante perspectiva empírica na presente pesquisa.

Nesse caminho, antes mesmo de sistematizar os julgados catalogados, registro que o interesse pela temática surgiu justamente na rotina de um gabinete judicial de uma das varas criminais da comarca de Cuiabá/MT, onde a problemática levantada ganhou contornos empíricos.

Assim, o presente tópico, ao trazer a problemática sob uma perspectiva empírica, busca também estabelecer coesão entre os planos teóricos e práticos, demonstrando assim que o objeto de pesquisa se revela atual e presente na vivência jurídica.

A foco da pesquisa empírica realizada é a valorização da personalidade do autor do crime nos tribunais superiores, todavia, apenas para iniciar a evidência pretendida, faz-se necessário citar importante trecho da sentença do magistrado Rosivaldo Toscano, na qual trata sobre a personalidade do réu.

Vejamos:

Personalidade do agente: a Parte Geral Código Penal é maior de idade. Aliás, já está ultrapassada aos vinte e dois anos de vida (1984) e uma Constituição Federal depois... Este tópico da personalidade do agente como circunstância judicial deve ser repensado. O juízo humano é de tal complexidade que a tarefa de avaliação dele pelo magistrado que pouco ou quase nenhum contato teve com o acusado torna-se tarefa temerária... Por inconstitucional, ferindo os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Secularização, essa circunstância é inválida e não pode ser avaliada (REFERÊNCIA).

O posicionamento do magistrado evidenciado acima demonstra que a pesquisa ora realizada possui ampla pertinência e destaca que a positivação da valoração da personalidade não se amolda ao plano constitucional das normas.

Uma vez destacado tão importante posicionamento, passa-se então às tendências valorativas da personalidade nos Tribunais Superiores, de modo a vislumbrar tudo que já fora suscitado até aqui, especialmente os julgamentos morais totalmente atentatórios à pessoa do réu e carentes de fundamentação técnica das áreas psicologia e psiquiatria.

Buscando evitar que as tendências valorativas catalogadas distorçam a realidade empírica pesquisa para mera adequação ao do pretendido, ressalta-se que os julgados aqui organizados foram escolhidos levando o critério cronológico, tendo sido obtido por meio de consulta aos endereços eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, especificamente na página destinada às consultas processuais.

Outrossim, o levantamento empírico ora realizado priorizou os dados lançados no último ano, ou seja, entre 01/10/2019 e 30/09/2020, objetivando, assim, uma percepção atual de como a temática em tela tem sido recepcionada nos Tribunais Superiores.

Por fim, quanto à metodologia empregada à catalogação dos dados, fora utilizado no campo de pesquisa a palavra “personalidade”, identificando, dentro do lapso temporal citado acima, os julgados que de alguma forma valoraram a personalidade.

Inicia-se, portanto, a análise valorativa da personalidade junto às decisões proferidas no Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Nefi Cordeiro, enquanto relator do Recurso Especial n.º 1.870.086 - SP (2019/0352364-8), entende que a reincidência e a confissão espontânea de alguma se envolvem com a personalidade. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DO DELITO DO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.154.752/RS, apreciado sob o rito dos recursos repetitivos, em 23/5/2012, pacificou o entendimento de que a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, porquanto ambas envolvem a personalidade do agente, sendo, por consequência, igualmente preponderantes (STJ, 2020, online).

Com a leitura do trecho do acórdão em tela é possível verificar, agora no plano prático, o que já fora suscitado no campo teórico da presente pesquisa, que a personalidade do autor do crime é estabelecida como parâmetro, contudo, o julgador não presta a realizar qualquer fundamentação técnica que o levou a exarar o entendimento.

No caso concreto do julgado evidenciado, o ministro se limita apenas em informar que a reincidência e a confissão espontânea guardam relação com a personalidade. Sim. Pode até guardar, mas onde está a fundamentação da motivação do juízo? Fica, a título de reflexão, o questionamento posto.

O julgamento acima ainda revela, agora na prática, a abordagem teórica realizada quanto à falta de capacidade técnica do julgador para valorar a personalidade de uma pessoa.

No próximo julgado, proferido no dia 22/09/2020 e tendo como relator o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a personalidade, mais uma vez desprovida de qualquer fundamentação técnica, é valorada no sentido justificar a prisão para a garantia da ordem pública. Veja-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO ATEANDO-SE FOGO NA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO FÚTIL. PERICULOSIDADE. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE 2 CRIANÇAS MENORES DE 12 ANOS. CRIME PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA. AUSÊNCIA DE GUARDA DOS FILHOS. NÃO CABIMENTO. COVID-19. RECORRENTE QUE NÃO INTEGRA GRUPO DE RISCO. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. No caso, as circunstâncias constantes dos autos são suficientes para justificar a prisão preventiva da recorrente, tendo em vista sua periculosidade, demonstrada pelo modus operandi adotado. Consta que ela, por não aceitar as "brincadeiras" feitas pela vítima no dia anterior, que envolviam seu relacionamento, tentou matá-la, lançando-lhe líquido inflamável e ateando-lhe fogo, evadindo-se em seguida com o auxílio do corréu. A futilidade do suposto motivo, aliado à crueldade do meio utilizado, demonstram personalidade perigosa, justificando a prisão como forma de manutenção da ordem pública. [...] (STJ, 2020, online).

Nota-se, mais uma vez, a ausência de qualquer fundamentação por parte do julgador ao proferir o seu entendimento, limitando-se, tão somente, a informar que a personalidade do agente é voltada para o crime face a futilidade do suposto motivo e a crueldade no cometimento do crime.

Ressalta-se que a discussão nesse momento não é se o autor do crime agiu ou deixou de agir com crueldade, a questão nuclear é ausência de fundamentação do entendimento, o que, ao nosso sentir, demonstra a incapacidade técnica do julgador para tratar com a personalidade.

De outro norte, é possível também identificar a gerência estatal na esfera particular do indivíduo para tentar legitimar uma circunstância fática e assim punir o agente.

O Ministro Sebastião Reis Júnior entende que é possível valorar a personalidade tendo como único subsídio o fato dele possuir dois Cadastros de Pessoa Física – CPF, tendo sob essa alegação decidido da seguinte forma:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. NÃO OCORRÊNCIA DE INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO CONHECIDO. FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA (ART. 1º, II, DA LEI N 8.137/1990) E EMISSÃO DE DOCUMENTO QUE SAIBA OU DEVA SABER SER FALSO OU INEXATO (ART. 1º, IV, DA LEI N 8.137/1990). DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. [...] 2. A negatização da personalidade do agente foi fundamentada em elemento concreto - o fato de o embargante possuir dois CPFs -, o que denota personalidade tendente ao cometimento de fraudes. Precedentes. 3. O prejuízo ao erário, embora seja consequência comum dos crimes de sonegação fiscal, quando em quantia considerável consiste em fundamento idôneo para exasperar a pena além do mínimo legal. Precedentes. 4. Embargos de declaração acolhidos (Petição n. 514.471/2020 ? fls. 812/814) para conhecer do agravo regimental (Petição n. 475.132/2019? fls. 788/799) e negar-lhe provimento (STJ, 2020, online).

Conforme colocado no presente capítulo, a personalidade é um tanto quanto complexa de ser auferida, entendimento já fundamentado anteriormente e defendido pelos próprios teóricos da psicologia e da psiquiatria, todavia, com a leitura do julgado acima, a impressão é totalmente contrária, pois a definição da personalidade revela-se uma técnica tão acessível e demasiadamente fácil, ao ponto de dois Cadastros de Pessoa Física – CPF demonstrar toda a personalidade de uma pessoa e, ainda, no entendimento do julgador, fundamentar a constatação que aquele determinado indivíduo é voltado à prática criminosa.

Em 15/09/2020, o Ministro Félix Fischer preferiu decisão interessante acerca da valoração da personalidade do autor do crime, guardando o objeto da pesquisa ora realizada, tendo decidido nos seguintes termos:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. LAVAGEM DE DINHEIRO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DESPROVIDO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE DO AGENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONFIGURAÇÃO. HABEAS CORPUS EX OFFICIO. CONCESSÃO. READEQUAÇÃO DAS PENAS

PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE MULTA. [...] IV - Não obstante a jurisprudência de ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça tenha evoluído no sentido de dispensar a realização de laudo técnico para a valoração da personalidade do agente (HC 452.391/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 04.06.2019; HC 429.419/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 26.10.2018; AgRg no REsp 1.406.058/RS. Quinta Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27.04.2018), é necessário que sejam apresentados fatos concretos e individualizados que indiquem o desvio de caráter do acusado, não se prestando a esse desiderato meras referências genéricas. V - No caso vertente, tenho que a simples alusão à existência de provas nos autos a indicar que o acusado "passou a dedicar-se à prática sistemática de crimes no exercício do cargo de Diretor da Petrobrás, visando seu próprio enriquecimento ilícito e de terceiros", sem, contudo, indicar quais seriam esses elementos de convicção, não atende ao dever de fundamentação das decisões judiciais, mecanismo constitucional de controle do exercício do poder punitivo estatal. VI - Embora a prática de vários crimes, em concurso material ou continuidade delitiva, possa autorizar a presunção da existência de um desvio de personalidade do agente, tal fato não é fundamento suficientemente seguro para a majoração da pena-base diante da circunstância judicial em questão, isso para as três modalidades delitivas pelas quais restou condenado. Agravo regimental desprovido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para readequar as penas privativa de liberdade e de multa impostas quanto aos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e associação criminosa (STJ, 2020, online).

Em um primeiro momento o ministro evidencia o entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça relacionado à dispensa do laudo técnico para a valoração da personalidade do autor do crime, o que demonstra a noção de paternalismo penal já explicado em tópico próprio no presente capítulo.

Posteriormente, o Ministro Félix Fischer exara um entendimento que se amolda a uma das hipóteses aqui investigadas, pois é categórico ao ponderar sobre a necessidade que a valoração da personalidade seja provida de fundamentação específica ao caso concreto, relembando o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Diante dos entendimentos citados, pode até parecer que o tratamento à personalidade do agente fora realizado de forma adequada, contudo, necessário consubstanciar tudo o que já fora defendido anteriormente, a valoração da personalidade não possui legitimidade para ser auferida pelos inúmeros argumentos lançados e devidamente fundamentados.

O Ministro em tela realmente exara um juízo de valor acerca da cautela ao se valorar a personalidade do agente, entretanto, ao nosso sentir, ainda revela-se contraditório, pois o laudo da equipe psicossocial e a melhor forma de estabelecer os traços de personalidade de uma pessoa e, conforme consta no acórdão, não só o Ministro Fischer, mas a terceira turma admite a possibilidade do respectivo laudo ser dispensado.

Outro entendimento do Ministro Sebastião Reis Júnior deve ser destacado.

HABEAS CORPUS. SENTENÇA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE NÃO RENOVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS APÓS DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA LAVRATURA DE RELATÓRIO PSICOSSOCIAL. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA COMPLEMENTAR. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NEGATIVAÇÃO. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. CONSEQUÊNCIAS. TERCEIRA FASE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 226, II, DO CP. PENA REDIMENSIONADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. [...] Precedentes. 5. Inidônea a fundamentação, quanto à personalidade do agente, uma vez que esta Corte não admite que se presuma que o paciente tenha personalidade distorcida em razão da gravidade do próprio delito. Precedentes. 6. In casu, o fato de o agente ser o genitor da vítima não foi valorado na primeira fase da dosimetria, o que permite o incremento da pena na segunda fase da dosimetria, com fulcro no art. 226, II, do CP, sendo descabida a alegação de *bis in idem* (HC n. 338.563/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/4/2018). 7. Ordem parcialmente concedida para, afastando a negatificação da circunstância judicial da personalidade, redimensionar a pena imposta ao paciente para 20 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, na Ação Penal n. 0007740-51.2009.8.08.0048, da 2ª Vara Criminal da comarca de Serra/ES (STJ, 2020, online).

No entendimento do Ministro, a personalidade do autor do crime não poderá ser valorada tendo como parâmetro a gravidade do crime. O entendimento em tela não fora proferido em vão, visto que em decisões de primeira instância costuma-se valorar a personalidade à gravidade do crime praticado, o que demonstra quão rasas são as análises acerca da personalidade.

Ainda quanto ao Superior Tribunal de Justiça, na contínua busca de estabelecer o tratamento dispensado ao objeto da pesquisa, faz-se menção a uma importante notícia disponibilizada no endereço eletrônico do Tribunal.

O relator dos embargos, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, destacou que a divergência apontada no recurso é recente, pois até 2017 não havia discordância sobre o tema entre as turmas de direito penal, já que ambas consideravam possível contabilizar condenações criminais transitadas tanto nos maus antecedentes quanto na personalidade e na conduta social do acusado, vedado apenas o *bis in idem*. [...] seu voto, o relator, em concordância com a atual posição da Quinta Turma, ressaltou que seria uma atecnia entender que condenações transitadas em julgado refletem negativamente na personalidade ou na conduta social do agente, já que a técnica penal define diferentemente cada uma das circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal. Além disso, destacou julgados recentes em que a Sexta Turma também parece alinhar-se a esse entendimento. Para o ministro, a conduta social trata da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no

trabalho, na vizinhança. Já a personalidade trata do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas (STJ, 2019, online).

Diante todos os julgados elencados, pretendeu-se estabelecer o plano empírico de como a personalidade do autor do crime tem sido valorada no Superior Tribunal de Justiça, tendo ficado demonstrada a pertinência de todas as constatações teóricas catalogadas.

Superado o breve panorama acerca da valoração da personalidade no Superior Tribunal de Justiça, passe-se agora a identificar as perspectivas recentes do Supremo Tribunal Federal quanto ao objeto da presente pesquisa, destacando-se que não foram adotados os mesmos critérios quando da catalogação dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, sendo a alteração dos critérios justificada pela menor quantidade de decisões acerca da matéria no Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Celso de Mello, em julgado realizado no dia 05/11/2019, proferiu a seguinte decisão:

E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” –PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL – UTILIZAÇÃO PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE, NA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL, DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL EM FACE DE ALEGADA MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES CRIMINAIS DO RÉU – INADMISSIBILIDADE DO CRITÉRIO RESULTANTE DA CONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÁRIAS SENTENÇAS PENAIS CONDENATÓRIAS, AINDA QUE TRANSITADAS EM JULGADO, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL, POR NÃO SE CONFUNDIREM ESTAS COM OS MAUS ANTECEDENTES – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes. Doutrina. Precedentes (STF, 2019, online).

Nota-se que o julgado em tela evidencia de forma expressa o alinhamento do entendimento com o Superior Tribunal de Justiça, vindo a reconhecer a impossibilidade da valoração da personalidade ser realizada tendo por base condenações criminais anteriores.

O entendimento proferido pelo Ministro Celso de Mello possui uma carga técnico-jurídico muito mais evidente do que a tecnicidade relacionada à psicologia e/ou psiquiatria,

áreas do conhecimento as quais, conforme já colocado, possuem recursos para realizar a valoração da personalidade do indivíduo.

Tem-se que, no plano prático, a valoração em tela é realizada a partir de argumentos técnicos unicamente da área jurídico, sendo as respectivas análises, como se pode perceber nos julgados colacionados, desprovidas de qualquer justificativa técnica para se alcançar tal entendimento sobre a personalidade voltada ou não para o crime e outras definições rasas.

O julgado indicado abaixo do Ministro Cezar Peluso permite-nos visualizar qual é o verdadeiro e único critério para valoração da personalidade do autor crime.

EMENTAS: 1. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Conduta social negativa. Passagens pela polícia. Processos penais sem condenação. Não caracterização. A existência de inquéritos ou processos em andamento não constitui circunstância judicial desfavorável. 2. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Personalidade do agente voltada para o crime. Base empírica. Inexistência. Não caracterização. Desajudada ou carente de base factual, é ilegal a majoração da pena-base pelo reconhecimento da personalidade negativa do agente. 3. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais. Consequências do delito. Elevação da pena-base. Idoneidade. Fixação no acima do dobro do mínimo legal. Abuso do poder discricionário do magistrado. Inteligência do art. 59 do CP. HC concedido, em parte, para redimensionar a pena aplicada ao paciente. É desproporcional o aumento da pena-base acima do dobro do mínimo legal tão só pelas consequências do delito (STF, 2010, online).

Ao reconhecer que o aumento da pena se deu acima do dobro do mínimo legal, o ex-ministro afirma que o magistrado abusou do poder discricionário. Realmente, diante de todos os argumentos teóricos lançados, pode-se considerar que a valoração da personalidade do autor do crime é valorada tendo como único critério a discricionariedade do magistrado, o qual frisa-se, mais uma vez, não possui capacitação técnica para tanto.

A análise realizada pelo Ministro Luiz Fux no julgado indicado abaixo é, se comparada com as demais aqui colacionadas, pormenorizada.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS TRIPLAMENTE QUALIFICADOS - ART. 121, § 2º, INC. I, IV E V (QUATRO VEZES), C/C OS ARTS. 29 E 69. CASO CECI CUNHA. RÉU SOLTO DURANTE OS TREZE ANOS DE TRÂMITE DA AÇÃO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE: ARTIGOS 387, § 1º, E 492, I, E, DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DOS CRIMES, PERICULOSIDADE E PROPENSÃO AO CRIME. BASES EMPÍRICAS IDÔNEAS. EXCESSO DE PRAZO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. TEMA NÃO SUSCITADO NO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SAÚDE DEBILITADA. DEVER DE ASSISTÊNCIA

MÉDICA DO ESTADO. [...] 3. O título condenatório superveniente justifica a prisão cautelar, mormente quando da dosimetria da pena o Magistrado destaca outros fatos que demonstram a periculosidade exacerbada do paciente, o desprezo pela vida humana e o egoísmo na busca de seus ideais, in verbis: “- [...] o acusado é portador de personalidade talhada para o crime. Desprovido de sensibilidade e sem qualquer resquício de respeito pelo ser humano; o acusado, segundo os depoimentos colhidos nos autos, sempre se referiu à prática de homicídios com aberrante naturalidade [...]. - [...] Segundo depoimento prestado por Maurício Guedes às fls. 43/51, o acusado mencionou sem qualquer pudor moral a intenção de matar outras pessoas, mostrando-se ainda indiferente à morte de seus companheiros de coligação partidária ao revelar que seu único objetivo era assumir o mandato como Deputado Federal, independentemente do tipo de violência necessária a tal fim. - [...] A personalidade predisposta a práticas criminosas se extrai do fato de o acusado estar determinado a eliminar qualquer um dos deputados eleitos por sua coligação, exigindo a morte de todos os presentes na ação, mas também no fato de estimular o homicídio de pessoas cuja morte não lhe interessaria. - [...] deflui-se que sua personalidade egoística e antiética impede que o acusado enxergue na vida humana valor superior a seus interesses pessoais mais elementares. Tal embotamento do senso moral torna o acusado pessoa capaz de práticas perversas tais quais aquelas que motivaram a presente ação penal, sem o mínimo traço de remorso ou hesitação. - [...] Também há nos autos a notícia de que o acusado teria ameaçado matar qualquer de seus assessores cujo comportamento fosse considerado inadequado aos seus interesses. - [...] Em relação aos motivos, os elementos colhidos ao longo da instrução indicam que a ação do acusado foi movida não somente pelo desejo de garantir o exercício do mandato de deputado federal inalcançado [por] meios legítimos, o que por si somente seria suficiente para configurar a torpeza do motivo, mas também de extrair do exercício do cargo vantagens ilícitas, exigindo pagamento em dinheiro em troca de votos nas sessões da Câmara dos Deputados (STF, 2015, online).

Em que pese o zelo do ministro em organizar todo um arcabouço de razões para legitimar a valoração da personalidade do autor do crime, tem-se que a análise realizada dimensiona o quanto o Estado está disposto a manter a ideia de paternalismo penal e afastar qualquer possibilidade de abolicionismos penais.

Alimenta-se a ideia de paternalismo penal justamente por realizar julgamentos morais, tais como que o réu mantém desprezo pela vida; é egoísta na busca de seus ideais; o réu não possui sensibilidade e respeito pelo ser humano; afirma que o condenado não possui pudor moral, todos esses julgamentos para ao final impor-lhe uma medida totalmente contra a sua vontade e acreditando piamente ser a melhor alternativa.

De outro norte, afasta-se a ideia de abolicionismo porque continua-se a colocar a punição como a única solução para todos os males, como se a verdadeira vítima fosse o direito penal.

CAPÍTULO 02

O TRINÔMIO CONDICIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DE CHARLES TAYLOR

2.1 Aspectos teóricos sobre a teoria de Charles Taylor e os direitos da personalidade

O filósofo Charles Taylor, é escritor, filósofo, professor universitário, sociólogo, cientista político, além de professor emérito de Filosofia e Ciência Política na Universidade de McGill, no Canadá.

Conforme observa-se no título da presente dissertação, a teoria desenvolvida por Charles Taylor apresenta-se, dentro da pesquisa realizada, como um filtro para alcançar as hipóteses verificadas, uma vez que a valoração da personalidade do autor do crime atenta diretamente contra as condições para o exercício dos Direitos da Personalidade e, conseqüentemente, para o usufruto do Direito à Intimidade.

Portanto, percebe-se que, para melhor compreensão tanto do título quanto da própria pesquisa, faz-se necessário que a valoração da personalidade do autor do crime seja analisada sob o prisma da teoria de Charles Taylor, o que por si só revela a importância da respectiva teoria para coerência e coesão dos resultados alcançados.

Nesse caminho, não se apresenta pertinente discorrer sobre as condições dos direitos da personalidade sem antes tecer importantes considerações acerca dos próprios direitos da personalidade e nada mais recomendável do que compreender a origem da nomenclatura, conforme muito bem leciona Carlos Alberto Bittar (1999):

Diferentes denominações são enunciadas e defendidas pelos doutrinadores. Assim, consoante Tobeñas, que se inclina pelo nome “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais”, têm sido propostos os seguintes nomes: “direitos da personalidade” (por Gierke, Ferrara e autores mais modernos); “direitos à personalidade” ou “essenciais” ou “fundamentais da pessoa” (Ravà, Gangi, De Cupis); “direitos individuais” (Kohler, Gareis); “direitos pessoais” (Wachter, Bruns); “direitos personalíssimos” (Pugliati, Rotondi) (BITTAR, 1999, p. 1-2).

Percebe-se, desta forma, que os direitos da personalidade possuem denominações diferentes oriundas da construção doutrinária. Todavia, as diferenças limitam-se ao nome propriamente dito, pois todos eles tratam de fatores inerentes à pessoa e à sua própria existência, conforme conceitos exarados por Carlos Alberto Bittar (1999, p. 10): “[...] a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o

nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”.

Rubens Limongi França (1999, p. 935) conceitua os direitos da personalidade da seguinte forma: “os direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.

Os conceitos expostos acima deixam claro que os direitos da personalidade estão diretamente relacionados à pessoa e à sua existência, não cabendo nessa seara qualquer equiparação com direitos sobre propriedade, obrigações e demais ramos do direito civil.

Nota-se que uma vez relacionados à pessoa tais direitos, em que pese estarem positivados de forma uniforme, são individualizados na própria existência de cada indivíduo, o que implica afirmar que tais direitos repercutem de variadas formas a depender da pessoa, passando, então, a personalidade deter importantíssimo papel na percepção e no exercício desses direitos.

Nesse caminho, não se pode também desconsiderar o conceito de personalidade para o direito, tendo Sérgio Iglesias (2002) e Maria Helena Diniz (2005) contribuído, respectivamente, de forma brilhante:

[...] A personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa. Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, entre outros. Em torno destes gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser [...] (SOUZA, 2002, p. 1).

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2005, p. 121).

Evidentemente a particularidade de cada indivíduo é alvo da tutela estatal e diante dos conceitos expostos, tanto dos direitos da personalidade quanto da própria personalidade, fica evidente que a proteção aos direitos que orbitam a existência de um indivíduo é muito complexa e demanda uma esforço enorme para a sua efetividade.

A individualização dos direitos da personalidade fica ainda mais evidente ao identificar sua repercussão diretamente ligada a três aspectos essenciais para a formação da personalidade, sendo eles, conforme ensina Orlando Gomes (1999, p. 148): “pelo nome, identifica-se a pessoa. Pelo estado, a sua posição na sociedade política, na família, como indivíduo. Pelo domicílio, o lugar de sua atividade social”.

Resta evidente que a personalidade de cada pessoa é o centro de onde emanam os direitos da personalidade, adquirindo, assim, inseparável liame para sua efetividade, gerando dessa maneira uma tutela da própria pessoa, conforme defende Ricardo Luiz Lorenzetti (1998, p. 465): “a pessoa é um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico. Em nosso país a Constituição contém, direta ou indiretamente, um reconhecimento expresso de direitos que fazem a tutela integral da personalidade”.

Caio Mário da Silva Pereira (1980, p. 198) também de forma exímia estabelece o liame indissociável entre a personalidade e a pessoa e proteção jurídica estatal: “a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica”.

Superada a breve abordagem acerca dos direitos da personalidade, deve-se ressaltar que a questão nuclear do presente capítulo é a fundamentação teórica acerca das condições que permitem toda e qualquer pessoa exercer os direitos da personalidade.

O trinômio condicional para o pleno exercício dos direitos da personalidade ora abordado é defendido e amplamente difundido por Charles Taylor (1989) com a seguinte definição:

Os direitos da personalidade pressupõem três condições essenciais, que consiste na **autonomia da vontade**, que se configura no respeito à autonomia moral que se deve gozar toda pessoa humano; na **alteridade**, que representa o reconhecimento do ser humano como entidade única e diferenciada de seus pares, que só ganha forma com a existência de outro; e, por último, na **dignidade**, que é uma qualidade derivada, isto é, pode existir somente se o ser humano for autônomo sem suas vontades e se lhe for reconhecida a alteridade perante a comunidade em que vive (TAYLOR, 1989, p. 11) (grifo nosso).

Com a leitura do recorte acima, fica evidente que, para Charles Taylor, uma pessoa só estará apta a usufruir, de forma plena, os Direitos da Personalidade quando atender as condições de autonomia da vontade, alteridade e dignidade, bem como é perceptível que as condições estabelecidas para o exercício dos direitos da personalidade encontram-se consideradas e respeitadas na positivação de tais direitos, pois a incolumidade física, psíquica, o nome,

imagem, honra e outros são todos elementos permitem a pessoa viver de forma digna, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira:

Em linhas gerais, os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, a incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil (PEREIRA, 2009, p. 206).

Deve-se ponderar ainda que a pesquisa se propõe justamente estabelecer um foco investigativo na condição da dignidade da pessoa humana, visto que, conforme já explicado cima, para Charles Taylor, as condições da autonomia da vontade e da alteridade são elementares para caracterizar a condição da dignidade, logo, inexistindo dignidade não há que falar nas demais condições.

Por fim, ainda acerca das condições defendidas por Charles Taylor para o exercício dos Direitos da Personalidade, Lawrence Kohlberg (1981, p. 56) afirma que as condições de alteridade, autonomia da vontade e dignidade mensuram a própria evolução do indivíduo, sendo os direitos da personalidade verdadeiros indicadores do desenvolvimento social.

Sendo assim, passa-se a abordar os elementos condicionais para o pleno exercício dos direitos da personalidade desenvolvidos por Charles Taylor, realizando, em cada tópico, a vinculação com a temática pesquisada.

2.1.1 Alteridade

A palavra “alteridade”, conforme o dicionário Aurélio da língua portuguesa (ano, p. ?), significa “caráter ou estado do que é diferente, distinto, que é outro”, definição a qual, de forma intuitiva, permite compreender a lógica adotada por Charles Taylor ao estabelecer a alteridade como uma das condições para o exercício dos direitos da personalidade.

Todavia, deve-se ressaltar que o significado mais adequado da palavra alteridade é o percebido por uma abordagem filosófica, a qual também consta no dicionário da língua portuguesa como “circunstância, condição ou característica que se desenvolve por relações de diferença, de contraste”.

Diante dos significados apontados, percebe-se que o elemento em comento guarda estreita relação com a singularidade de cada indivíduo, sendo, no contexto dos direitos da personalidade, extremamente pertinente, uma vez que tais direitos, como o próprio nome indica, estão diretamente relacionados à pessoa e à sua existência.

Além disso, ao considerar a alteridade com uma das condições para o exercício pleno dos direitos da personalidade, Charles Taylor estabelece uma relação evidente e necessária entre o eu e o outro, de modo a afirmar as diferenças de cada indivíduo, como ensina Hilka Vier Machado e Cláudio Aurélio Hernandes (2004, p. 53) ao considerar que a “alteridade é fenômeno de caráter relacional, uma construção psicológica em torno da relação entre o eu e o outro.”

Pode-se ponderar que, para Charles Taylor, é necessário, mesmo antes do exercício dos direitos da personalidade que o indivíduo esteja exposto a qualquer relação, conforme colocado, necessária com os demais indivíduos, o que permitirá alcançar a eficácia de tais direitos tanto para o indivíduo quanto para a coletividade, uma vez que “a identidade de um grupo repousa sobre uma representação social construída, sobre a qual uma coletividade toma consciência de sua unidade pela diferenciação dos outros” (DUBAR, 1996, p. 116).

Nesse caminho, considerar a relação humana como uma das condições para o exercício dos direitos da personalidade apresenta-se como pura lógica, pois toda e a qualquer manifestação humana resultará em determinado trabalho de natureza social. Alexander Romanovich Lúria ensina (1986):

A atividade vital humana caracteriza-se pelo trabalho social e este, mediante a divisão de suas funções, origina novas formas de comportamento, independentes dos motivos biológicos elementares. A conduta já não está determinada por objetivos instintivos diretos. [...] O trabalho social e a divisão do trabalho provocam a aparição de motivos sociais de comportamento. É precisamente em relação com todos esses fatores que no homem criam-se novos motivos complexos para a ação e se constituem essas formas de atividade psíquica específicas do homem. Nestas, os motivos iniciais e os objetivos originam determinadas ações e essas ações se levam a cabo por meio de correspondentes operações especiais (LÚRIA, 1986, p. 21-22).

Com o ensinamento, é possível dimensionar a importância da alteridade na teoria de Charles Taylor, pois realmente a relação humana se apresenta como um requisito indispensável para que uma pessoa exerça os seus respectivos direitos da personalidade.

Nesse mesmo sentido, Andréa Vieira Zanella (2005, p. 99) é exímia ao afirmar que “a dimensão singular é inexoravelmente constituída e constituidora do social, o que pode ser tematizado como alteridade, como a dimensão de um outro ou das relações com outros”, o que reforça a necessidade de um ambiente social com pluralidade de interações para o pleno exercício dos direitos da personalidade.

Não obstante, deve-se ressaltar aqui uma das características evidentes dos direitos da personalidade, a saber, a identificação do indivíduo em meio ao ambiente no qual está inserido. Logo, antes mesmo de usufruir de tais direitos é necessário que este tenha plenas condições de

ser reconhecido por suas particularidades, sendo, nesse caminho, importante destacar a seguinte perspectiva de Charles Taylor (2000, p. 241): “[...] caráter de urgência dados os supostos vínculos entre reconhecimento e identidade, em que ‘identidade’ designa algo como uma compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos”.

A perspectiva de Charles Taylor evidenciada exprime de forma singular a importância da identificação de cada ser humano, demonstrando a existência de uma diferença entre reconhecimento e identidade, sendo este último muito mais específico ao passo que define características pessoais únicas do indivíduo.

De outro norte, como consequência da necessidade de autoidentificação, a alteridade também engloba a constante busca do homem por se distinguir e, nesse sentido, Elias Justina Bartolomeu Binja (2010) ensina:

A alteridade é um aspecto importante na pluralidade, ao nos ajudar na distinção e nos dar razão pela qual não podemos dizer que uma coisa é sem distingui-la das outras. O homem, no entanto, é capaz de exprimir a diferença e distinguir-se; só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa (BINJA, 2010, p. 52).

Contextualiza-se, portanto, que a alteridade remonta a ideia de pluralidade, a qual se apresenta inteiramente pertinente para exercício dos direitos da personalidade, pois não se teria que falar em eficácia de tais direitos sem um cenário de multiculturalismo.

A contribuição de Elias Justina Bartolomeu Binja (2010) evidenciada ainda subsidia um importante recorte dentro da pesquisa realizada, uma vez que a valoração de personalidade do autor do crime quando da aplicação da pena utiliza-se justamente da necessidade essencial de todo ser humano de estabelecer a sua identidade e de se fazer diferenciado em seu meio ambiente.

No capítulo anterior foram evidenciados diversos fatores que demonstram o descabimento da valoração da personalidade do autor do crime pelo direito penal, dentre eles está o fato da personalidade ser o conjunto de escolhas pessoais, logo, o direito penal, além de punir o agente pelo cometimento da conduta criminalizada, estaria punindo também o pensar e o ser do indivíduo, assim, soma-se o tão relevante argumento apresentado no presente tópico a partir da alteridade.

A valoração da personalidade do autor crime, mais do que representar uma invasão à esfera pessoal do ser humano, pune-se, conforme colocado, a necessidade elementar de

identificação e a capacidade do ser humano diferenciar-se, necessidade e capacidade indissociáveis de todo indivíduo.

Ao estabelecer a personalidade como parâmetro de punição, o direito penal passa a punir o indivíduo unicamente por relacionar-se com tudo que está em sua volta, capacidade relacional que lhe é peculiar e o torna singular, conforme defende Hanna Arendt (2009, p. 52) ao considerar que “no homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é paradoxal pluralidade de seres singulares.”

Diante da singularidade de cada ser humano, a valoração da personalidade do agente representa ainda uma punição da diferença que é peculiar de cada indivíduo e quanto à diferença Fabrizia Raguso ensina:

[...] o constante desafio do reconhecimento é a alteridade, a diferença como única dimensão que pode conduzir o sujeito a um nível cada vez mais maduro de auto-consciência, de auto-reflexão, sem deixar de permanecer diferença, alteridade. Portanto, do mesmo modo que o processo de auto-conhecimento, a procura de reconhecimento é também uma evolução progressiva para atingir formas de relação cada vez mais conscientes e maduras (RAGUSO, 2005, p. 159).

Nota-se que a diferenciação do indivíduo, a qualquer encontra legítimo repouso em sua personalidade é uma necessidade elementar para a sobrevivência, não se apresentando razoável que seja utilizada como parâmetro para punição estatal.

De outro norte, a alteridade é condição lógica para o pleno exercício dos direitos da personalidade, o que evidencia a estreita relação entre o trinômio condicional dos direitos da personalidade, os direitos da personalidade em si e a valoração da personalidade do autor do crime.

Ressalta-se que, visando unicamente uma melhor compreensão do objeto de pesquisa, é necessário olhar a valoração da personalidade do autor do crime sob a ótica do trinômio condicional dos direitos da personalidade desenvolvido por Charles Taylor e, neste momento da pesquisa, unicamente pela condição da alteridade.

Sendo assim, sintetizando o que já fora exposto, a valoração em comento representa uma punição estatal de uma necessidade elementar do ser humano que é de se identificar e diferenciar no meio ambiente em que está inserido, o que, ao considerar a alteridade como condição para o exercício pleno dos direitos da personalidade, representaria um cerceamento ao aludido exercício.

Uma vez que a personalidade de uma pessoa é o resultado de suas convicções e tais convicções a diferencia de outros indivíduos, ao utilizar a personalidade com parâmetro para punição penal o Estado, além de deixar de punir pela prática de uma conduta criminosa, como já fora amplamente difundido na presente pesquisa, ainda atinge o resultado de toda uma vida do indivíduo, ou seja, seu próprio eu.

Em outras palavras, pode-se, de forma análoga, afirmar que a valoração da personalidade, sendo a personalidade a forma de reconhecimento do ser humano, representa uma atentado à existência, a qual é muito bem dimensionada por Thomas de Koninck (1995, p. 204-205) ao considerar que o reconhecimento “é o resultado da luta pela vida ou pela morte, onde cada um arrisca a sua própria vida e onde, [...] o escravo aceita tornar-se uma coisa, uma mercadoria, com a finalidade de sobreviver – em vista, portanto, do simples existir”.

A valoração da personalidade do autor do crime se apresenta ainda mais como cerceamento ao exercício dos direitos da personalidade ao considerar que Axel Honneth (2003, p. 155) ensina que o exercício do Direito por si só representa uma dimensão de autorrespeito, a qual viabiliza a alteridade na dogmática das interações sociais em que o indivíduo está submetido, podendo, sem qualquer exagero, reconhecer o Direito como a instância normativa do reconhecimento do ser humano e da sua consequente visibilidade.

2.1.2 Autonomia da vontade

Considerando que a condição da alteridade indicada consiste na relação que o indivíduo tem com os demais seres humanos e como identifica-se e se distingue, é possível vislumbrar as mais variadas relações humanas sem que o indivíduo tenha autonomia de sua vontade?

O questionamento acima é pertinente para melhor entendimento da relação existente entre as condições para o exercício dos direitos da personalidade dentro da teoria de Charles Taylor, isso porque não há de se falar em relações humanas plenas sem que o indivíduo tenha liberdade de escolha tanto para tomar decisões quanto para a formação de sua personalidade, a qual, conforme já colocado anteriormente, define e diferencia o indivíduo dos demais.

Nesse caminho, a autonomia da vontade, enquanto condição na teoria de Taylor, é um desdobramento lógico da alteridade, não sendo necessário realizar uma interpretação extensiva para constatar que tratando-se de direito estreitamente ligado à pessoa e, conseqüentemente, à forma que pensa e age, apresenta-se também como consequência óbvia do usufruto dos direitos da personalidade.

Além de guardar relação direta com a condição de alteridade, a autonomia da vontade também guarda relação com a condição da dignidade, a qual será objeto da pesquisa no próximo tópico.

A autonomia da vontade é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas (BARROSO, 2010, p. 41).

A autonomia da vontade constantemente tem sido objeto de estudos científicos nas mais diversas áreas do direito, merecendo especial destaque o tratamento científico dispensado à respectiva autonomia por Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila (2015), vejamos:

Nos delitos constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), as criminalizações são vinculadas a um suposto bem jurídico, a saúde pública. Trata-se, porém, de um falso bem jurídico-penal. O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual. [...] A estas objeções se soma outra, de cunho jurídico-filosófico, vinculada à filosofia da liberdade e baseada no conceito de autonomia da pessoa, que refuta o emprego do Direito para alcançar objetivos paternalistas. [...] O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual (CARVALHO; ÁVILA, 2014, p. ?).

Percebe-se com os trechos indicados, mesmo não compondo a linha de pesquisa relacionada aos direitos da personalidade, que a temática envolvendo a autonomia da vontade e/ou individual apresenta-se demasiadamente importante, devendo ser objeto de pesquisa científica.

Outrossim, a condições relacionada a autonomia da vontade está intimamente relacionada com o previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, inc. VI: “[...] é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...]”, devidamente abordado em linhas alhures, pois para Charles Taylor (1989, p. 11) a autonomia da vontade é uma condição dos direitos da personalidade justamente porque “respeitar a personalidade envolve como elemento crucial respeitar a autonomia moral da pessoa. A pessoa humana, dotada de liberdade, deve buscar construir, para si mesma, suas normas, de acordo com sua concepção de bem e justo”.

Percebe-se outro ponto extremamente aderente da temática proposta com a teoria de Charles Taylor, visto que a valoração da personalidade implica justamente em punir o conjunto de crenças individuais.

A autonomia da vontade na perspectiva de Charles Taylor se apresenta ainda mais nítida ao considerar o direito que toda e qualquer pessoa tem de alterar após completar a maioridade, o seu próprio nome, caso deseje.

Evidentemente, a autonomia da vontade, quando do nascimento, resta prejudicada. Contudo, a possibilidade de alteração do nome demonstra a importância de tal condição para o usufruto de um direito que, conforme a própria natureza dos direitos da personalidade, é indispensável, tornando individual no meio em que vive.

A teoria de Charles Taylor apresenta-se inteiramente coerente ao fim que se propõe, pois, para melhor compreender a autonomia da vontade enquanto condição para o usufruto dos direitos da personalidade, recomenda-se entender o próprio conceito de autonomia, conforme prescrevem André Rüger e Renata Rodrigues (2007):

‘Autonomia’ é palavra de origem grega (autonomia) derivada da aglutinação das palavras ‘autós’, que significa próprio, individual, pessoal, incondicionado, e do verbo ‘nomía’, que denota conhecer, administrar. O sentido originário da palavra, herdada da tradição, representa o poder de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta. É poder de se autogovernar, e, por consequência, o detentor de autonomia tem a faculdade de se reger por um sistema de regras próprio e ter tais regras reconhecidas pelos demais (RÜGER; RODRIGUES, 2007, p. 3-4).

O conceito de autonomia expresso elucidado por completo a forma como a vontade do titular dos direitos da personalidade deve ser considerada, não se admite que o exercício seja condicionado às situações externas e tal condição deve ser priorizada.

Outro importante aspecto a ser considerado quanto à autonomia da vontade é relação entre a autonomia em tela e o meio e a comunidade em que vive, pois é justamente em comunidade que o ser humano se desenvolve, além de ser o ambiente no qual os direitos da personalidade repercutem, guardando, assim, inteira relação com a condição da alteridade abordada no tópico anterior.

Nesse caminho, ensina Pietro Perlingieri (1972):

Entre as diversas formações sociais existe uma grande diversidade de funções, de modo que resulta ambíguo expor de forma unitária o problema de seu controle. Este deve ser exercido de acordo com a sua específica função sócio-econômica, valorada constitucionalmente, e deve ser autuado, prioritariamente, em relação à tutela da pessoa, de seus direitos inalienáveis e fundamentais. As formações sociais, mesmo quando se colocam em planos

diferentes, têm autonomia e capacidade de autoregulação, mas sempre no âmbito do ordenamento no qual são destinadas a ter precípua relevância. Homologar, aprovar, controlar atos e atividades de uma formação social, significa garantir, no seio da comunidade, o respeito à dignidade das pessoas que dela fazem parte, de maneira que se possa consentir a efetiva participação às suas vicissitudes (PERLINGIERI, 1972, p. 38-39).

Observa-se com o ensinamento exposto que a formação e o desenvolvimento da pessoa ocorrem em um ambiente social e, por meio de uma pluralidade de exacerbada de relações interpessoais e meio a tantas peculiaridades relacionais, a dignidade de cada pessoa deve ser respeitada.

Os direitos da personalidade, como a proteção jurídica para que o homem, tem capacidade para escolher para si a melhor forma de se mostrar ao mundo exterior, a autonomia da vontade se apresenta como o único meio capaz de garantir essa plena liberdade de escolha, conforme percebe-se no ensinamento de Maria Helena Diniz (2011, p. 40-41) que conceitua a autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

A respeito da valoração da personalidade do autor crime e sua relação com a autonomia da vontade, uma das primeiras percepções que devem ser ponderada é sobre a ausência de qualquer mecanismo normativo que lhe faculte a respectiva valoração, sendo, na verdade, uma imposição estatal prevista no artigo 59, do Código Penal (BRASIL, ano).

Nesse caminho, por questões óbvias, a imposição do Estado ao valorar a personalidade para efeitos penais revela-se como um atentado à autonomia da vontade à pessoa que se vê punida não pelo fato criminalizado cometido, mas sim, naquele momento específico, pelo conjunto de suas convicções e, conforme abordado no tópico anterior, por sua identidade.

O que se pretende evidenciar no presente tópico ao relacionar a condição da autonomia da vontade à valoração da personalidade do autor do crime é justamente a invasão estatal a esfera íntima do indivíduo, cerceando-lhe de qualquer capacidade de escolha, apresentado tal possibilidade como uma clara ofensa ao princípio da autonomia da vontade, conforme ensina Manuel Clístenes de Façanha Gonçalves (2013):

[...] de acordo com esse princípio, todos têm direito de optar por suas próprias escolhas e praticar todos os atos civis da maneira que melhor entenderem. O problema é que esse princípio, assim como todos os outros assegurados na Constituição Federal de 1988, não é absoluto, e para exercê-lo plenamente, é necessário que o indivíduo tenha discernimento para exercer a autonomia (GONÇALVES, 2012, p. 26).

Manuel Clístenes sustenta a existência de uma clara condição para que a pessoa exerça com destreza a sua vontade de forma autônoma, que é a capacidade de discernimento, e é justamente nesse ponto que o atentado cometido pelo Estado ao valorar a personalidade do autor do crime ganhar proporções ainda maiores, pois o indivíduo, ao se ver punido pelo conjunto de suas convicções, não está desprovido de discernimento, tanto que tem reconhecida sua culpabilidade, fruto de sua plena faculdade mental.

Wanderlei José dos Reis (2015, p. 28) suscita a reflexão sobre a intervenção indevida do Estado no direito de liberdade de uma pessoa, vejamos: “[...] enquanto direitos de defesas, os direitos fundamentais tutelam a esfera de liberdade do cidadão contra intervenção indevida do Estado e de particulares que venham a restringir o pleno gozo de seu direito de liberdade”.

O que ocorre na valoração da personalidade do autor do crime para efeitos penais é justamente uma intervenção indevida do Estado na esfera particular do indivíduo, uma vez que o parâmetro para a punição é justamente uma garantia constitucional, como já fora colocado anteriormente no tópico destinado à perspectiva constitucional acerca da valoração objeto da pesquisa.

Sendo assim, o posicionamento de Manuel Clístenes se apresenta coerente com a realidade da temática em tela, ao passo que estabelecer a personalidade como parâmetro para punição, o elemento condicional dos direitos da personalidade defendido por Charles Taylor, a saber, a autonomia da vontade, encontra-se prejudicado.

Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila (2015) desenvolveram um importante ensinamento acerca da expectativa normativa diante da ocorrência de uma conduta criminalizada.

Como na sociedade as pessoas se vinculam através de normas, endereça-se a essas pessoas a expectativa de que suas condutas se ajustem a essas normas (‘expectativa normativa’), expectativa essa que, quando frustrada pela conduta delitativa, não será abandonada, mas confirmada com a imposição de uma sanção [...] (CARVALHO; ÁVILA, 2015, p. ?).

O ensinamento dos magníficos professores é extremamente pertinente ao objeto da presente pesquisa, uma vez que a ocorrência do crime realmente implica em uma expectativa social de imposição de uma sanção, contudo, o que se defende no presente tópico é que a imposição não pode ser indevida como no caso da valoração da personalidade do autor do crime, pois o Estado deixa de punir a conduta criminalizada praticada e passa, indevidamente, a punir a existência da pessoa.

Destarte, considerando a autonomia da vontade como elemento condicional dos direitos da personalidade, tem-se que a valoração da personalidade do autor do crime representa uma invasão indevida em sua esfera particular, atentando claramente contra a sua vontade.

2.1.2.1 Paternalismo penal e a sua gerência na autonomia da vontade

Ainda sobre a autonomia da vontade, necessária a sua delimitação quanto ao paternalismo penal latente na possibilidade do autor do crime ser valorada para efeitos de aplicação da pena.

Para melhor compreensão do recorte temático, entende-se, diante de uma interpretação literal, que a noção conceitual de paternalismo é aquela em que um pai, agente superior, age visando proteger um filho, a gente inferior hierarquicamente, sem considerar para ocorrência de tal ação a vontade do filho (SUBER, 1999, p. 86).

De forma automática, o paternalismo infere diretamente na autonomia da vontade daquele indivíduo alvo da proteção produzida por terceiro.

Fermín Schramm corrobora:

Ações paternalistas são manifestações heterônomas que correspondem à autonomia, asseverando que as ações paternalistas são manifestações heterônomas que correspondem à forma de resolver os problemas de autoridade, poder, obediência e liberdade através dos meios tradicionais embasados na estrutura familiar patriarcal, na qual o pater decide e faz todas as escolhas, aplicando o modelo de sua relação com os filhos e, supostamente, em prol do maior bem-estar dos seus protegidos (SCHRAMM, 1998, p. 33).

Nesse caminho, com a possibilidade de valoração da personalidade do autor do crime, fica evidente a relação conceituada por Schramm uma vez que o Estado invade a esfera particular do agente desconsiderando por completo a vontade deste.

Com o desenvolvimento da pesquisa, fica evidente que a valoração pesquisada alimenta a ideia de paternalismo penal, pois há nítida afronta à vontade de indivíduo.

A conceituação de Gerald Dworkin (2014, p. 01) de paternalismo penal é cirúrgico: “Paternalismo é a interferência de um Estado ou um indivíduo sobre outra pessoa, contra sua vontade, defendida ou motivada pela alegação de que a pessoa interferida será beneficiada ou protegida de um dano”.

Além da valoração da personalidade do autor do crime representar uma invasão à particularidade do indivíduo, como colocado, outra perspectiva deve ser explorada, que é a

inexistência de qualquer chance do agente rejeitar a imposição estatal realizada, no caso da pesquisa, por força de lei, a saber, artigo 59, do Código Penal.

Ao ter a sua personalidade valorada para efeitos de aplicação da pena, o autor do crime vê suas liberdades e garantias fundamentais ofendidas pelo próprio Estado e, não obstante a tudo isso, é submetido a tal situação sem poder reagir de nenhuma forma. Nesse caminho, Maria Rigopoulou (2007) afirma que textos normativos paternalistas possuem a tendência tanto de coagir o indivíduo quanto de limitar qualquer possibilidade de reação à medida imposta, o que claramente ocorre no objeto de estudo da presente pesquisa.

2.1.3 Dignidade

Para Charles Taylor, a dignidade é uma consequência das duas primeiras condições e justamente por isso defende-se que a valoração da personalidade na aplicação da pena, ao atentar contra a dignidade da pessoa humana, também atenta contra toda a teoria de Taylor, vez que a condição é absoluta. A condição de dignidade não permite sua flexibilização por meio de interpretações extensivas. Logo, atentando contra a dignidade, todas as demais condições da teoria tayloriana não subsistem.

Outrossim, não se apresenta razoável que a dignidade de um indivíduo seja ofendida a depender do contexto fático mesmo em caso de condenação penal.

Os autores Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Rodrigo Valente Giublin Teixeira (2018, p. 378) ensinam que dimensionar a dignidade da pessoa humana implica na própria complexidade do ser humano, bem como da formação de sua personalidade e não poderia ser diferente.

Buscando evidenciar justamente o absolutismo da dignidade da pessoa humana em uma ordem jurídica robusta, faz-se necessário exibir o ensinamento de Flávia Piovesan (2000):

A dignidade da pessoa humana [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2000, p. 54).

Não obstante, Flávia Piovesan (2000) é ainda mais enfática ao afirmar:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana

como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno (PIOVESAN, 2000, p. 52).

Os ensinamentos expostos acima contribuem sobremaneira para conferir à dignidade da pessoa humana um caráter fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, guardando, assim, pertinência acerca do fora pesquisado no presente estudo, ou seja, que a valoração da personalidade do agente na aplicação da pena representa uma ofensa à dignidade da pessoa humana.

A compreensão de Taylor acerca da dignidade, enquanto condição para o exercício pleno dos direitos da personalidade, possui aderência ao contexto prático da vida cotidiana, pois a dimensão da dignidade na vida de um indivíduo é imensa e infere diretamente no modo de vida, vindo, especificamente quanto ao trinômio condicional evidenciado, ter maior importância com relação às demais condições.

Ao colocar que as condições de alteridade e autonomia da vontade resultam da dignidade do indivíduo, Charles Taylor realiza uma leitura fiel do que se pode compreender, pois realmente não há que se falar em dignidade sem que o ser humano seja livre para interagir de forma livre com os seus pares, bem como decidir aquilo que bem entender.

O trecho indicado abaixo exprimi a percepção apurada de Charles Taylor acerca da dignidade.

Desejo analisar nosso sentido do que está na base de nossa própria dignidade, ou questões acerca do que torna nossa vida significativa ou satisfatória. [...] Referem-se [tais questões] antes ao que torna a vida digna de ser vivida. O que elas têm em comum com questões morais [...] é o fato de todas envolverem o que denominei alhures ‘avaliação forte’, isto é, envolvem discriminações acerca do certo ou errado, melhor ou pior, mais elevado ou menos elevado, que são validadas por nossos desejos, inclinações ou escolhas, mas existem independentemente destes e oferecem padrões pelos quais podem ser julgados (TAYLOR, 1997, p. 15-17).

Nota-se que, para o filósofo canadense, a dignidade é responsável por dar sentido a vida de uma pessoa, o que por si só permite identificar a proporção de tal condição para o ser humano e, justamente nesse aspecto, realiza-se um recorte temático ao objeto da presente pesquisa, pois a valoração da personalidade do autor do crime, ao invadir o conjunto de crenças e convicções da pessoa, atenta contra tão importante condição.

Em que pese o raciocínio já ter sido realizado anteriormente, ainda é pertinente lembrar que o direito penal visa punir o agente pelo cometimento de uma conduta criminalizada, independente de qual seja, apresentando-se atentatório à dignidade de qualquer pessoa que o

Estado deixe de punir pelo fato criminalizado e passe a punir, conforme colocado no parágrafo anterior, o conjunto de convicções do indivíduo responsável por forma a sua personalidade.

O raciocínio anterior fora evocado nesse momento justamente para, fazendo fundamentadamente no entendimento de Charles Taylor indicado na presente lauda, evidenciar o impacto que, ao menos teoricamente, a valoração da personalidade produz na vida de uma pessoa.

Não é o intento proferir argumentos mirabolantes e/ou desconexos com a realidade, todavia, desde o início da pesquisa o sentimento sempre de que o Estado, de forma descabida, usa de sua potência para atingir de forma prejudicial tão importante elemento do indivíduo, sendo essa uma clara exploração da vulnerabilidade do particular face ao poderio do aparato estatal.

É evidente que as convicções responsáveis pela formação da personalidade são constantemente objeto de julgamentos, possibilidade a qual Charles Taylor evidencia. Contudo, o julgamento não natural encontra-se na ordem social, não se apresentando pertinente que o Estado, em plena desconformidade com a sua função primaz, também passe a julgar tais convicções.

O autor do crime, na verdade, encontra-se em meio a um enorme dilema, pois tem, de forma sistematizada e positivada, suas crenças formadoras de sua personalidade utilizadas para aplicação da pena e, simultaneamente, conforme defendido na presente pesquisa, sua dignidade vilipendiada.

Paulo Roberto Monteiro de Araújo (2004) comenta o entendimento de Taylor sobre a dignidade da seguinte forma:

A noção de dignidade humana, para Taylor, precisa, portanto, levar em conta a capacidade do agente de buscar suas configurações morais e associar suas ações a elas. Eis por que a compreensão da pessoa quanto às determinações da sua identidade, bem como das mudanças promovidas a partir daí, torna-se de fundamental importância para a realização da dignidade humana (ARAÚJO, 2004, p. 149).

Com o comentário exposto acima é possível vislumbrar que a dignidade, para Taylor, está totalmente vinculada aos aspectos morais que o indivíduo cultiva em sua vida, guardando, dessa maneira, uma nítida relação entre personalidade e dignidade.

Mais uma vez, diante do comentário de Paulo Roberto Monteiro de Araújo, é possível estabelecer um liame temático da percepção de Charles Taylor com a valoração da

personalidade do autor do crime, pois estabelecer a personalidade como parâmetro de punição implica justamente punir a identidade do agente. Isso é, ao nosso sentir, demasiadamente grave.

Nesse mesmo sentido, ao realizar a valoração da personalidade do autor do crime quando da aplicação da pena, o Estado atinge a capacidade do ser humano de autodeterminar-se, vindo a punir, além da identidade, conforme colocado, a própria existência da pessoa, vez que a dignidade é indissociável desta, conforme percebe-se na lição de destacada abaixo:

Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda (DÜRIG, 1956, p. 125).

Considerando que a valoração da personalidade do autor do crime estaria a punir a identidade e a própria existência do indivíduo, a percepção que se tem é o Estado, de forma positivada, utiliza a pessoa como um objeto, implicando tal utilização em uma clara e desregrada ofensa à dignidade, pois, em um exercício cognitivo mais reducionista, a utilização em si do ser humano como um objeto já é uma ofensa à dignidade.

Acerca do indivíduo ser utilizado como objeto e tal utilização atentar contra a dignidade, Ronald Dworkin (1998, p. 307-310) reporta-se à perspectiva de Kant ao lecionar que o ser humano não poder ser utilizado como objeto, uma vez que é atentatório à dignidade que o homem seja coisificado para fins alheios e tenha a sua vida diminuída.

A contribuição de Ronald Dworkin é plenamente identificável quanto se prospecta a dignidade na valoração da personalidade do autor do crime, pois a existência do indivíduo e o próprio indivíduo passam a ser tratados como objetos para o fim de aplicação da penal.

A perspectiva de Immanuel Kant (1980, p. 134-135) utilizada por Ronald Dworkin é aquela que considera o indivíduo o seu próprio fim, não sendo admitido que sirva “simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, nem mesmo para a vontade do Estado.

A dignidade da pessoa humana não se apresenta como um mero item cuja existência se limita ao campo teórico, muito pelo contrário, a dignidade precisa ser alvo de respeito tanto pelo Estado quanto pelos outros indivíduos.

Nesse mesmo sentido, ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a

lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2007, p. 383).

Apoiando-se na lição acima, tem-se que a valoração da personalidade do autor do crime, ao atentar contra a dignidade como já fora amplamente defendido, assim o faz por meio de um velado desrespeito ao próprio ser humano.

Ressalta-se que não é objetivo da presente pesquisa estabelecer uma escala hierárquica entre a atuação desrespeitosa estatal e aquela proveniente de outro ser humano, contudo, não se pode negar que o Estado atentar contra a dignidade de uma pessoa, quando também possui o dever de promover condições para o seu respeito, realmente é como uma atuação demasiada se comparada à de outro indivíduo.

A valoração da personalidade do agente para aplicação da pena é uma forma de limitar o relacionamento do indivíduo, pois é justamente por meio do relacionamento com outros seres (alteridade) que a personalidade é desenvolvida.

Pedro Oliveira, ao lembrar a visão de Leonardo Boff acerca da dignidade, exara importante entendimento acerca da privação do relacionamento humano:

Nada mais violento do que impedir o ser humano de se relacionar com a natureza, com os seus semelhantes, com os mais próximos e queridos, consigo mesmo e com Deus. Significa reduzi-lo a um objeto inanimado e morto. Pela participação, ele se torna responsável pelo outro e con-cria continuamente o mundo, como um jogo de relações, como permanente dialogação (OLIVEIRA, 2002, p. 22).

Além de trazer à baila a coisificação do ser humano, o recorte bibliográfico acima dimensiona o que a presente pesquisa defende quanto à valoração da personalidade do autor do crime e à dignidade, pois, ao nosso sentir, realmente possibilitar tão valoração é limitar a capacidade do ser humano se relacionar.

A partir da seguinte perspectiva, pode-se muito bem considerar que todos os relacionamentos do indivíduo, os quais resultam diretamente em sua personalidade, serão utilizados como parâmetro para punição, representando tal possibilidade como uma verdadeira limitação de tal relacionamento.

De outro norte, o Estado, ao valorar a personalidade o autor do crime, também estabelece uma diferenciação daquele com os seus pares, o que também considera-se um atentado contra a dignidade.

Sobre a necessidade de se tratar todos de forma igual, Carmem Lúcia Antunes Rocha (2004) considera que:

Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada uma a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive o seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual (ROCHA, 2004, p. 13).

A contribuição expressa exprimi o âmago do que está sendo defendido na presente pesquisa, uma vez que se acredita que a penalização do autor do crime deve ocorrer unicamente considerando a conduta criminalizada praticada e as circunstâncias fáticas que orbitam o crime.

Circunstâncias pessoais relacionadas à personalidade da pessoa não devem servir como parâmetro para aplicação da pena justamente porque, conforme defende Carmem Lúcia, todos são iguais e merecem ter a dignidade preservada mesmo que essa pessoa tenha cometido um crime.

A existência digna não depende se o indivíduo cometeu ou não um crime, na verdade, tal existência é inflexível e é condição elementar do ser humano e da ordem jurídica, conforme ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

É a partir da Revolução Francesa (1789) e da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, no mesmo ano, que os direitos humanos, entendidos como o mínimo ético necessário para a realização do homem, na sua dignidade humana, reassumem posição de destaque nos estados ocidentais, passando também a ocupar o preâmbulo de diversas ordens constitucionais, como é o caso, por exemplo, das Constituições da Alemanha (Arts. 1º a 19), da Áustria (Arts. 9º, que recebe as disposições do Direito Internacional), da Espanha (Art. 1º, e arts. 15 ao 29), da de Portugal (Art. 2º), sem falar na Constituição da França, que incorpora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (OLIVEIRA, 2004, p. 12).

Não obstante, a interdependência entre a existência do homem e a dignidade ainda se encontra evidenciada ao ponderar que a própria constituição do Estado preza pelo respeito incondicional ao respectivo binômio.

Cristina Queiroz, ao lecionar sobre o Estado constitucional, assim exarou:

Este conceito de “dignidade” sofreu igualmente uma evolução. Não se refere ao indivíduo desenraizado da abstração contratualista setecentista (“teorias do contrato social”), mas o ser, na sua dupla dimensão de “cidadão” e “pessoa”, inserido numa determinada comunidade, e na sua relação “vertical” com o Estado e outros entes públicos, e “horizontal” com outros cidadãos. A ideia de “indivíduo” não corresponde hoje ao valor (individualista) da independência, mas ao valor (humanista) da *autonomia* onde se inclui, por definição, a relação com os outros, isto é a *sociabilidade*. O conceito de “pessoa jurídica” não constitui hoje somente a partir da “bipolaridade” Estado/indivíduo, antes aponta para um sistema “multipolar” no qual as

grandes instituições sociais desempenham um papel cada vez mais relevante (QUEIROZ, 2006, p. 19-20) (Destques no original).

Nesse caminho, não se pode olvidar que o autor de um crime, submetido aos trâmites de um processo penal, mantém uma relação “vertical” com o Estado e nada mais razoável que tal relação preze pela integridade da dignidade do indivíduo, o que, conforme os inúmeros argumentos levantados e devidamente fundamentados, não ocorre quando da valoração da personalidade do autor do crime.

Perceber a dignidade humana como uma das condições estabelecidas por Charles Taylor é considerá-la um valor fundamental em um Estado constitucionalmente democrático, uma vez que a condição digna de vida, a qual naturalmente possibilita a alteridade e autonomia da vontade, consiste no exercício pleno dos direitos da personalidade, não podendo, de maneira nenhuma, ser violentada como ocorre com a valoração da personalidade do autor do crime.

A valoração da personalidade do autor do crime ainda atenta contra a dignidade por, além de coisificar o indivíduo, estabelecer uma precificação do homem e, segundo Immanuel Kant (2004, p. 77), o homem tem valor e “um valor que não tem preço”.

O atentado contra a dignidade sistematicamente exposto no presente tópico confirma o ensinamento do nobríssimo professor Gustavo Noronha de Ávila (2006) que assim assevera sobre tão fundamental princípio:

Em muitas situações existe um descompasso entre os nossos ideais, a nossa vontade e o ordenamento jurídico com a realidade social. Por exemplo, a dignidade da pessoa humana, expressamente prevista em nossa Carta Magna no ano de 1988, apesar de inquestionável como valor basilar de todo nosso ordenamento jurídico, não é absoluto (ÁVILA, 2006, p. 4).

A lição do professor Gustavo Noronha de Ávila sustenta que a pesquisa se propõe a constar, ou seja, que a valoração da personalidade afronta um princípio que deveria ser absoluto se considerado o seu status normativo, contudo, sofre um demasiado atentado.

Por fim, na busca contínua por sequenciar de forma lógica a cognição acerca do tema, tem-se, em síntese, que a valoração da personalidade do agente na aplicação da pena, analisada sob prisma da teoria de Charles Taylor, possui relevantes argumentos contrários quanto à sua consideração, sendo, portanto, atentatório à dignidade do apenado, o que, conseqüentemente, desmonta todo o trinômio condicional para usufruto dos Direitos da Personalidade.

CAPÍTULO 03

O DIREITO À INTIMIDADE ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE CERCEADO PELA VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AUTOR DO CRIME

O presente capítulo tem por finalidade estabelecer o desfecho sequencial da pesquisa realizada uma vez que todo o arcabouço teórico e doutrinário colacionado nos capítulos anteriores servem sobremaneira para vislumbrar que a valoração da personalidade do autor do crime, analisada sob o prisma do trinômio condicional dos direitos da personalidade desenvolvido por Charles Taylor, atenta contra a alteridade, autonomia da vontade e dignidade.

Ao atentar contra o trinômio indicado, especialmente quanto à dignidade, a valoração da personalidade representa um cerceamento ao exercício pleno dos direitos da personalidade e, como objeto da pesquisa, do Direito à Intimidade.

Diga-se cerceamento e não ofensa, justamente pelo fato do autor do crime, ante a teoria de Charles Taylor, sequer reunir as três condições necessárias para usufruir do Direito em tela, sendo o respectivo cerceamento fundamentado na invasão à esfera pessoal a ponto de subsidiar a aplicação da sanção penal.

Nesse caminho, para melhor compreensão e contextualização do Direito à Intimidade à pesquisa ora realizada, passa-se à fragmentação do tema.

3.1 Da normatividade do direito à intimidade

Carmen Sánchez Carazo (2000, p. 233) ensina que o direito à intimidade de nenhuma forma representa uma conquista do indivíduo, uma vez que é uma característica indissociável do ser humano e justamente nesse ponto entende-se que a valoração da personalidade, uma vez atentando contra a dignidade, impede que o indivíduo goze, de forma plena, de um direito que está ligado à sua própria existência.

O primeiro mecanismo normativo a resguardar a intimidade no direito doméstico foi a Lei de Imprensa (Lei n.º 5250/67), tendo a Constituição Federal de 1988 recepcionado tal direito em seu artigo 5º, inc. X, como direito fundamental. O artigo 21 do Código Civil brasileiro também tutela direito à intimidade.

No plano internacional, o direito à intimidade encontra-se positivado no artigo 12, da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a qual prevê que todo indivíduo terá a

garantia de inviolabilidade de sua vida privada, resguardando também a família, o lar e a correspondência.

O direito à intimidade também encontra-se positivado em outras três importantes legislações internacionais, a saber, no Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 17; na Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem, no artigo 17; e, por fim, na Convenção Europeia de 1950 sobre os Direitos do Homem, em seu artigo 8º.

Ainda no plano internacional, buscando evidenciar a importância do direito em tela, cabe mencionar que este também está positivado em diversas constituições.

Nesse caminho, a constituição espanhola, além de positivar em seu texto a dignidade humana, também prevê de forma expressa os direitos que dela emanam, estando dentre eles o Direito à Intimidade:

Art. 18.1 da Constituição Espanhola: É garantido o direito à honra, privacidade pessoal e familiar à imagem própria, sendo complementado pelo item 4 do mesmo artigo que disse que a lei limitará o uso das tecnologias de informação para garantir a honra e a privacidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos.

Nesse mesmo sentido são as previsões dos textos constitucionais da Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Estados Unidos da América e Perú, respectivamente:

Artículo 19, da Constituição Argentina: As ações privadas de homens que de forma alguma ofendam a ordem e a moral públicas, nem ofendam terceiros, são reservadas apenas a Deus e isentas da autoridade dos magistrados. Nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que a lei não manda, nem ser privado do que não proíbe. (ARGENTINA, 1994)

Artículo 19, da Constituição Chilena: A Constituição garante a todas as pessoas: 4. Respeito e proteção da vida privada e pública e a honra da pessoa e de sua família. (CHILE, 1980)

Artículo 15, da Constituição Colombiana: Todas as pessoas têm direito à privacidade pessoal e familiar e ao seu bom nome, e o Estado deve respeitá-las e zelar por que sejam respeitadas. Da mesma forma, tem o direito de conhecer, atualizar e retificar as informações que dela tenham sido recolhidas em bancos de dados e em arquivos de entidades públicas e privadas. (COLOMBIA, 1991).

Artículo 24, da Constituição Costarriquenha: O direito à privacidade, liberdade e sigilo das comunicações é garantido. (COSTA RICA, 1949).

Amendment IV, da Constituição Americana (1791): O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões não razoáveis, não deve ser violado, e nenhum mandado deve ser emitido, mas por causa provável, apoiado por juramento ou afirmação, e

particularmente descrevendo o lugar a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791).

Artículo 2, da Constituição Peruana: “Todos têm direito: Assegurar que os serviços de informação, informatizados ou não, públicos ou privados, não forneçam informações que afetem a privacidade pessoal e familiar. À honra e à boa reputação, à privacidade pessoal e familiar, bem como à própria voz e imagem. Qualquer pessoa afetada por declarações imprecisas ou lesadas em qualquer meio de comunicação social tem o direito de sua retificação gratuita, imediata e proporcional, elas são prejudiciais às responsabilidades da lei. (PERU, 1993).

Diante tão robusta previsão legal, tem-se que o Direito à Intimidade possui papel fundamental no Estado Democrático de Direito, não podendo, independente do contexto fático exposto, ser aviltado como no caso da valoração da personalidade para aplicação da pena.

3.2 Aspectos conceituais do direito à intimidade e sua estreita relação com a personalidade e a teoria de Charles Taylor

No campo teórico, tem-se que a nomenclatura direito à intimidade é associada ao termo privacidade, isso porque, conforme Luis Alberto David Araújo (ano, p. 37), existe uma dificuldade natural na separação dos conceitos de ambas as palavras. Contudo, a privacidade, para Pedro Frederico Caldas (1997, p. 43), é mais abrangente em relação à intimidade.

Quanto à diferenciação da nomenclatura, José Cavero assim discorre:

[...] privacidade, que tem em conta a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, ou seja, na esfera de comodidade onde as relações sociais exteriores ao núcleo familiar permanecem resguardadas, ou, em melhor expressão, confinadas no próprio núcleo familiar, repugnando qualquer intromissão alheia. Outro, de intimidade, ainda mais restrito que o de privacidade, que tem em vista exatamente essa interpessoalidade da vida privada (CAVARO, ano apud NUNES JÚNIOR, 1997, p. 91).

As duas terminologias indicadas tiveram sua gênese, na seara jurídica, nos estudos dos juristas estadunidenses Samuel Warren e Louis Brandeis, quando em 1890, em um artigo da *Harvard Law Review* titulado "*The Right to Privacy*", desenvolveram uma pesquisa sobre o direito “de ser deixado só”.

Benigno Pendás (1995, p. 9) informa que o artigo de Warren e Brandeis fora publicado à época em meio a atuação da imprensa fortemente pautada em explorar assuntos de cunho íntimo de personalidades com notória visibilidade, havendo, em meio ao uso desenfreado de tais pautas, abusos.

Percebe-se aqui uma coerência temática com o objeto da presente pesquisa, pois a vida intimidade do indivíduo é um campo essencial para a sua existência, bem como para o convívio digno perante os seres humanos e, uma vez atingida, representa demasiado abalo na sua forma de se desenvolver enquanto pessoa.

O que se defende na pesquisa em tela é o mesmo objeto defendido por Samuel Warren e Louis Brandeis, ou seja, a esfera pessoal do indivíduo não pode ser utilizada como “campo minado” para fins de terceiros, não merecendo, inclusive, a gerência estatal.

A valoração da personalidade do autor do crime, a título de comparação com o contexto posto em 1890, apresenta-se como as matérias jornalísticas pautadas na invasão da intimidade de pessoas públicas, as quais atentavam contra a própria existência do indivíduo.

O que existe atualmente no direito penal, além de todos os demais argumentos devidamente fundamentados já sistematizados, é uma clara utilização indevida do íntimo do indivíduo para aplicar-lhe uma sanção penal, quando, na verdade, a pena deveria ter como parâmetro unicamente o fato praticado.

O que se revela ainda mais atentatório e diferencia-se da realidade fática de 1890 é a utilização da intimidade da pessoa ocorrer por parte do Estado. Ainda assim a comparação analógica se revela pertinente para estabelecer a coesão das hipóteses defendidas na presente pesquisa.

Como pode-se observar, o conceito de intimidade não é absoluto, podendo variar diante de traços culturais distintos e, diante do paradigma conceitual, a doutrina desenvolveu três teorias sobre o direito à intimidade, sendo elas a objetiva, a subjetiva e a mosaico.

A teoria objetiva tem forte suporte na teoria das esferas provenientes do direito alemão, entendo de forma figurativa a existência de círculos de intimidade, a saber, o círculo público, o familiar e o específico, o círculo íntimo, no qual somente o indivíduo gerencia. Já a teoria subjetiva entende que somente o próprio indivíduo é capaz de definir o âmbito de sua intimidade, estabelecendo de forma clara o que de fato é particular e que é público. Por fim, a teoria mosaico é contemporânea e apresenta-se como uma tutela à intimidade da pessoa, como ensina Lucrécio Rebollo Delgado (2004):

[...] frente às ameaças que de forma genérica os novos engenhos tecnológicos e em concreto a informática supõem. Foi formulada por Madrid Conesa que entende que a ‘teoria das esferas não é válida, haja vista que hoje os conceitos de público e privado são relativos, pois existem dados que a priori são irrelevantes desde o ponto de vista do direito à intimidade, mas que unidos uns com os outros podem servir para configurar uma idéia praticamente completa de qualquer indivíduo, tal como ocorre com as pequenas pedras que

formam um mosaico, que em si não dizem nada, mas quando unidas podem formar conjuntos plenos de significado (DELGADO, 2004, p. 38-39).

As teorias em volta do direito à intimidade só reforçam a ideia que o conceito de intimidade não é absoluto e nada mais natural do que variar e depender de pessoa e de traços culturais.

Luis Grandinetti (1994), ao citar Aurelia Maria Romero Coloma, traz um importante entendimento acerca do direito à intimidade:

[...] O direito em virtude do qual excluimos todas ou certas pessoas do conhecimento de nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções. É o direito de viver na solidão aquela parte da nossa vida que não queremos compartilhar com os outros, seja com a sociedade que nos rodeia, com todos ao nosso redor, ou com uma parte desse mundo. (GRANDINETTI, 1994 apud ROMERO, 1994, p. 34).

Nota-se que a conceituação indicada guarda estreita relação com a própria definição de personalidade, como já fora apresentada no Capítulo 01, alcançando também a intimidade os sentimentos e os pensamentos do indivíduo.

No referido Capítulo, quando tratada a valoração da personalidade, foi exposto que a personalidade é constituída pelo conjunto de pensamentos e de sentimentos do indivíduo, logo, ao ser utilizada como parâmetro para aplicação da pena, estaria penalizando o autor do crime não pela conduta criminosa praticada, mas sim por ser quem é e/ou pelo que pensa.

Personalidade e intimidade estão intrinsecamente relacionadas e ao permitir a valoração da personalidade do autor do crime há simultaneamente uma invasão da intimidade do indivíduo.

Nesse caminho, considerando ainda a definição utilizada por José Cavero (1994, p. 34), a intimidade é um espaço de inteiro domínio do indivíduo, onde ninguém, nem mesmo o Estado, pode adentrar, apresentando-se mais específico que a privacidade.

Abra-se um adendo aqui para justificar a nomenclatura utilizada no presente trabalho, justamente por entender que o direito à intimidade é mais específico do que o direito à privacidade.

Desta forma, o que se busca estudar é o âmago individual de cada pessoa exposto por meio de sua personalidade e que, ao ser valorada, atenta contra a dignidade, pois, conforme ensina Pérez Luño (1992, p. 38-44), o direito à intimidade e à dignidade possuem uma relação de derivação, em que aquele surge deste, implicando diretamente na livre autodeterminação do indivíduo.

A contribuição de Pérez Luño (1992, p. 38-44) é fundamental para o desenvolvimento do ora defendido, pois corrobora-se que o exercício pleno do direito à intimidade contribui diretamente para uma vida digna.

Logo, ao considerar que a dignidade é uma das três condições para o usufruto dos direitos da personalidade, como desenvolveu o jurista canadense Charles Taylor, pode-se compreender que a valoração da personalidade do autor do crime ao invadir a esfera íntima do indivíduo estaria automaticamente atentando contra a dignidade.

Charles Taylor é incisivo ao afirmar, conforme já demonstrado, que o trinômio condicional dos direitos da personalidade é essencial para o exercício pleno tanto do direito à intimidade quanto dos demais.

Corroborando o entendimento exposto acima, faz jus a menção da lição de Hogemann (2008) ao defender que o direito à intimidade, dentre outros, decorrem da dignidade:

O direito à identidade, à liberdade, à igualdade, à existência, à segurança, à honra, à vida privada e o desenvolvimento da personalidade, bem como os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora, todos se encontram representados na dignidade, próprio cerne de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana (HOGEMANN, 2008, p. 93).

Percebe-se aqui, novamente, a pertinência da temática objeto da pesquisa, pois o Direito à Intimidade dentre outros, apresenta-se como desdobramento lógico da dignidade humana, sendo indissociáveis.

A teoria de Charles Taylor mais uma vez, de forma subsidiária, é confirmada por outros autores, o que avalizam as hipóteses até então confirmadas com o desenvolvimento da pesquisa.

De outro norte, contudo, buscando ainda estabelecer a coerência do raciocínio a ser formado pela pesquisa, deve-se ponderar que, conforme esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2001), a dignidade humana também é fonte dos direitos fundamentais, vejamos:

[...] sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa (SARLET, 2001, p. 87).

Tem-se até o momento uma coerente linha cognitiva que a valoração da personalidade do autor do crime para aplicação da pena, sob o prisma do trinômio condicional dos Direitos da Personalidade, representa um cerceamento ao Direito à Intimidade do apenado, especificamente pelo fato da invasão à esfera particular atentar quanto à dignidade da humana.

Não se pode negar que a valoração da personalidade do autor do crime é uma invasão à esfera particular do indivíduo e a respeito da alegada invasão, não obstante tudo que já fora ventilado, cita-se a lição do professor Guilherme Souza Nucci (2005):

[...] invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direitos e deveres, enfim como pessoa humana, torna a pena mais justa e sensata no seu quantum e no seu propósito (NUCCI, 2005, p. 03).

Em que pese o mencionado professor defender a valoração da personalidade do agente, tem-se no recorte destacado um ponto totalmente pertinente com o objeto da pesquisa realizada, a saber, que ao valorar a personalidade o Estado invade a ordem íntima da pessoa.

Percebe-se de forma ainda mais nítida que, ao valorar a personalidade e permitir a invasão à esfera íntima do indivíduo, o Estado desconsidera por completo o fato criminoso, exercendo o *ius puniendi* por meio de uma devassa na vida pessoal do agente, desrespeitando direitos mínimos do autor do crime.

A invasão à esfera íntima do autor do crime revela-se ainda mais atentatória ao considerar o ensinamento de Lyra (1971, p. 107): “[...] 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.”

Nesse ponto a pesquisa merece ainda mais atenção, pois o objeto de estudo não é uma invasão qualquer, muito pelo contrário, é uma invasão sistematizada e pautada sob uma pseudo sensação de legalidade, uma vez que é praticada pelo Estado e o próprio Estado, ao seu bel prazer, desconsidera por completo a conduta criminosa e passa a punir a própria existência do indivíduo, realizando uma verdadeira devassa em sua intimidade.

Devassa totalmente injustificada, ainda mais considerando a pseudo valoração da personalidade do autor do crime, pois, conforme já exposto no primeiro Capítulo, é impossível estabelecer um valor específico, conforme muito bem destacam Pomin, Bueno e Fracalossi (apud BELTRÃO, 2003, p. 23 e 24):

Não há valor que supere o que é atribuído ao ser humano, e é nessa valoração que se fundamentam os direitos da personalidade, como reflexo da personalidade. Os direitos da personalidade vem tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana (POMIN; BUENO; FRACALOSSO, 2012, p. 25).

Destarte, pondera-se, com a finalidade de legitimar a hipótese de que valoração da personalidade na aplicação da pena representa um cerceamento do usufruto do direito à intimidade, a contribuição de Jescheck; Weigend (2002):

[...] Haveria também o perigo de que a investigação da personalidade conduzisse a um sacrifício na esfera íntima do arguido que não corresponde à importância da causa penal, o que não estaria ao serviço da justiça ou da reintegração do o acusado na comunidade. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 454).

Portanto, com o recorte exposto, tem-se que o Estado ao aplicar uma pena deveria fazê-la considerando somente aspectos fáticos relacionados ao comportamento criminoso ora apurado, não sendo razoável se valer dos aspectos relacionados ao modo de vida e/ou caráter do agente, até mesmo porque o direito à intimidade enquanto Direito da Personalidade está inteiramente ligado à personalidade do agente, conforme também defendem Pomin, Bueno e Fracalossi (2012, p. 26 apud CUPIS, 2004, p. 24) ao lecionar o seguinte: “Tais direitos constituem a medula da personalidade e lhe dão conteúdo. Estão de tal modo incrustados no indivíduo que chegam a com ele serem confundidos, e se evidenciam como manifestações da personalidade do próprio sujeito”.

O jurista Juarez Tavares (1980, p. 79-80) corrobora o entendimento investigado na presente pesquisa ao ensinar que o Direito Penal deve-se limitar à conduta criminosa para verificação da culpabilidade, exarando o seguinte entendimento: “[...] deve basear-se no fato antijurídico, atribuído pessoalmente ao autor, onde assume relevância o critério regulador da exigibilidade (fundamento objetivo) de uma conduta adequada à norma”.

Até então, elementos se apresentam de forma farta para legitimar a hipótese que a valoração da personalidade na aplicação da pena invade a esfera íntima do apenado, consistindo tal invasão, sob o prisma do trinômio condicional dos Direitos da Personalidade desenvolvido por Charles Taylor, em um cerceamento ao direito à intimidade.

Não se pode olvidar que a aplicação da pena em si representa uma ofensa aos Direitos Fundamentais por conta da natureza das penas expressas no ordenamento penal, contudo, não se apresenta razoável que o *ius puniendi* seja exercido com uso exacerbado de tais ofensas, como ocorre na valoração da personalidade.

Quanto ao direito de punir do Estado a exímia jurista Thayara Castelo Branco (2018, p. 103 apud GIRARD, 1990) assim leciona: “o fato, portanto, é incontestável: punir é sacrificar, em todo ou em parte, o indivíduo para o bem da comunhão social, sacrifício mais ou menos cruel, conforme o grau de civilização do indivíduo; é racionalização da vingança”.

A simples aplicação da pena já representa um sacrifício do próprio condenado e de uma gama de direitos a ele inerentes, contudo, tais fatos não legitimam a ofensa em demasia de direitos, como ocorre ao valorar a personalidade do autor do crime.

Importa ainda ressaltar, que a valoração da personalidade do agente, como abordado no Capítulo 2, é um claro atentado à autonomia da vontade do autor do crime e essa circunstância guarda relação direta também com o direito à intimidade, uma vez que cabe o indivíduo gerir, por meio de vontade própria, a sua intimidade.

Paulo José da Costa Júnior (1997) estabelece um raciocínio muito importante acerca do direito à intimidade que se amolda ao exposto no parágrafo anterior.

Direito à intimidade é o direito que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido em sua intimidade. Direito ao recato, portanto, não é o direito de ser recatado, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, bem como o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera de intimidade (COSTA JÚNIOR, 1997, p. 33).

O fragmento bibliográfico indicado é muito rico quando analisado sob o prisma da temática ora pesquisa, pois, logo em seu início, o jurista evidencia o que estamos a defender e o que compõe um dos motivos para deslegitimação da valoração da personalidade do autor do crime, i.e., o fato do apenado ter a sua personalidade valorada contra a sua vontade ou, nos termos utilizados por Paulo José da Costa Júnior (1997, p. 33), “ser arrastado para a ribalta contra a sua vontade.”

Pode parecer contraditória falar em autonomia da vontade e direito penal, uma vez que, via de regra, toda a aplicação da lei é contrária à vontade daquele submetido aos seus trâmites, todavia, o que se evidencia na presente pesquisa e que fora devidamente exposto no Capítulo 2 quando trabalhadas as condições do trinômio de Charles Taylor, é que o autor do crime tem um gerência estatal indevida ao desconsiderar, naquele momento de consideração da personalidade, por completo a conduta criminosa praticada.

Não é um exercício difícil ou desconexo da realidade, mas imaginemos que diante de um réu confesso fosse possível lhe perguntar se ele gostaria de ser punido pela conduta criminosa praticada ou pelo conjunto de suas convicções, forma pensar, etc. Melhor dizendo, se a pergunta não fosse uma alternativa e sim cumulativa, se ele gostaria de ser punido, além da conduta criminosa, pelo conjunto de suas convicções. Certamente as respostas de ambos os questionamentos seriam no sentido de ser punido unicamente pelo crime praticado e a resposta favorável ao réu dada pelo próprio réu, nesse contexto, não se apresenta como uma expertise

buscando ludibriar a justiça ou mesmo para obter vantagem indevida quando da aplicação da pena, trata-se, na verdade, de uma situação lógica e totalmente razoável.

Ninguém, exatamente ninguém, ao ser submetido aos trâmites do direito penal gostaria de ter a sua própria existência, que é o que ocorre na valoração da personalidade do autor do crime, considerada como parâmetro para aplicação de uma pena.

Sem qualquer receio de implicar em redundância, reafirma-se que o direito penal se propõe à criminalização de condutas, logo, o direito penal não deveria estigmatizar indivíduos como criminosos, criminoso, na verdade, é o fato e essa “ordem natural”, no caso da valoração da personalidade do autor do crime, é gravemente vilipendiada.

O paradigma posto acima está associado à percepção de que o direito penal é o único meio para a pacificação social, ou seja, deixa-se de lado a função elementar, a saber, criminalização da conduta, e passa-se à consideração isolada da pessoa e sua própria existência.

Acerca do dilema suscitado, os magníficos professores Juliani Bruna Leite Silva e Gustavo Noronha de Ávila ensinam:

O Estado enfrenta uma forte crise em seu sistema de persecução criminal e o Direito Penal, que deve ser tratado como *ultima ratio*, funciona cada vez mais como a resposta principal para o controle social. Dessa forma, grandes problemas são acarretados e o Estado acaba por buscar medidas alternativas para a solução de conflitos, sob a justificativa de celeridade e auxílio processual, uma das medidas alternativas tem sido a delação premiada (SILVA; ÁVILA, 2020, p. 12).

Frisa-se na contribuição dos nobres professores que a natureza de última *ratio* do direito penal é desconsiderada e, conforme já colocado anteriormente, tal desconsideração também ocorre quando a punição ao autor de crime é realizada tendo como parâmetro a sua personalidade. De outro norte, o ensinamento em tela, em que pese referir-se à delação premiada, pode, ao nosso sentir, ser utilizado no contexto da pesquisa, pois a singularidade do indivíduo não é aspecto elementar do direito penal, apresentando-se, de forma análoga ao ensinado por Juliani Bruna Leite Silva e Gustavo Noronha de Ávila, como uma alternativa.

Paulo José da Costa Júnior (1997) ainda é cirúrgico ao ensinar que o direito à intimidade implica não em uma característica do indivíduo de ser recatado, mas sim em uma escolha unicamente pessoal de permanecer recatado e a valoração da personalidade do autor do crime afronta justamente essa escolha do réu, pois de forma positivada e estatalmente sistematizada tem a sua particularidade exposta e, não obstante, valorada para aplicação da pena.

Percebe-se que a valoração objeto da presente pesquisa representa um cerceamento velado da capacidade de escolha do indivíduo e, diante de tal cenário, faz-se necessário

ponderar que o dilema evidenciado está positivado no ordenamento jurídico brasileiro, pois tanto a valoração da personalidade quanto o direito à intimidade estão expressos no texto normativo, valendo lembrar que o direito à intimidade possui previsão constitucional como um direito fundamental.

Os professores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p.?), ao exporem que a valoração de algumas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, dependeria de um informe criminológico, entendem que ocorre uma “penetração no âmbito da privacidade e intimidade” do réu que atenta, inclusive, contra o princípio da inocência.

[...] A determinação da medida de acordo com os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente dependem de um informe criminológico do processado que, por sua vez, contraria o princípio constitucional de inocência. Segundo os penalistas ‘pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar no âmbito da 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’ (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 710).

Não é a intenção distorcer a lição dos penalistas exposta, nem mesmo realizar uma interpretação desconexa com o que de fato é proposto, todavia, o que se evidencia no recorte é uma clara coesão com o que é defendido na presente pesquisa, ou seja, que qualquer forma de consideração da personalidade é uma invasão à esfera íntima do indivíduo.

Não obstante, a pesquisa em tela, além de evidenciar que a valoração da personalidade ofende o direito à intimidade, ainda tem, como hipótese norteadora, uma vez constatado sob o prisma do trinômio condicional dos direitos da personalidade de Charles Taylor, que antes mesmo da ofensa citada ocorre um cerceamento ao exercício do direito à intimidade ante o real atentado à dignidade, alteridade e autonomia da vontade.

Percebe-se com os dois últimos recortes bibliográficos mencionados, duas circunstâncias graves se apresentam nítidas, a saber, a desconsideração da vontade do réu e a invasão à intimidade, o que por si só estabelece uma relação entre a valoração da personalidade, a teoria de Charles Taylor e o direito à intimidade.

Balizando-se no ensinamento do ilustríssimo penalista Gustavo Noronha de Ávila (2016, p. 554) ao afirmar que “não é possível confundir a descentralização do Estado com um anarquismo”, precisa ficar evidente que a presente pesquisa não pretende estabelecer a ideia de que o controle social ocorre independente da gerência estatal, pois o Estado detém o *ius*

puniendi e em nenhum momento questiona-se tal direito-dever, o que, na verdade, se busca é evidenciar uma arbitrariedade cometida e normatizada pelo próprio Estado.

3.3 O direito à intimidade do autor do crime diante do princípio da intervenção mínima

Buscando realizar um juízo aprofundado sobre o objeto de pesquisa, faz-se necessário ainda relacionar a valoração da personalidade e a conseqüente invasão à esfera particular do autor do crime com a legalidade.

Não somente para efeitos penais, mas em qualquer ramo das ciências jurídicas o princípio da legalidade é um balizador das garantias fundamentais do indivíduo, apresentando-se, na verdade, como uma “espinha dorsal” do Estado Democrático de Direito.

Em uma abordagem prática, o princípio da legalidade está diretamente relacionado à intervenção legal, devendo ser realizada em fiel obediência ao preceito normativo.

Nesse ponto específico, não se pode negar que a valoração da personalidade do autor do crime representa uma intervenção legal, uma vez que, conforme já amplamente abordado, encontra-se expressa no artigo 59, do Código Penal. Contudo, o que a pesquisa se propõe é justamente evidenciar a falta de legitimidade perante o ordenamento jurídico e, para tanto, a compreensão do direito penal democrático e todo o seu suporte doutrinário se apresentam com importância singular.

Outrossim, vale ressaltar que o presente tópico foi inserido no capítulo que trata sobre o direito à intimidade justamente para evidenciar que a invasão à intimidade do autor do crime também representa uma clara intervenção, em que pese legal, deslegitimada e demonstra uma situação em que o Estado utiliza da força de seu aparato estatal contra a vulnerabilidade do indivíduo, vindo a privá-lo de uma garantia fundamental.

O poder legal está relacionado a um exercício cuja previsão encontra-se em um texto normativo e, como ensina Norberto Bobbio (1991, p. 674-675), o exercício do poder contrário a tal circunstância representa um poder arbitrário e, até aí, nada de anormal ou chamativo apresenta-se como óbvio.

O raciocínio de Norberto Bobbio (1991, p. 674-675), embora apresente-se lógico, é capaz de estabelecer o cenário perfeito para evidenciar a importância do princípio da legalidade, merecendo especial atenção à lição de Luigi Ferrajoli (2010) ao conceituar o princípio em tela sob duas abordagens, tal como:

[...] Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada

pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido. [...] O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas (FERRAJOLI, 2010, p. 40).

Todavia, a questão nuclear que se pretende discorrer no presente capítulo, bem como na pesquisa realizada, não é a legalidade da valoração da personalidade e sim a sua legitimidade e, para tal fim, faz-se necessária evidenciar que a valoração da personalidade, diante de todos os argumentos sistematicamente organizados e com amplo suporte bibliográfico, invade a esfera íntima do indivíduo e essa invasão é uma clara ofensa a uma garantia fundamental, conforme demonstrado.

Luiz Luisi (1991, p. 253/263) ensina que o surgimento de um Estado social, no qual o clamor público, especialmente em relação ao direito penal, apresenta-se de forma acalorada, estabeleceu o que ele denomina de “crise contemporânea da legalidade penal”, culminando em uma inversão de valores da própria lei penal que passou a intervir não somente em condutas, mas também no próprio indivíduo.

A proposta do presente título não é realizar um aprofundamento acerca do que é Estado Democrático em si, para não correr o risco de extrapolar a margem da linha central de pesquisa, todavia, a fim de evidenciar a temática dentro da percepção de democracia, pretende-se focar justamente nos limites do direito penal dentro do Estado Democrático de Direito, por isso, fora trazido à baila em um primeiro momento a noção de legalidade penal.

Contudo, a percepção democrática de direito penal também remonta a ideia do princípio da intervenção mínima, tendo Montesquieu e Beccaria como um de seus primórdios conceituadores.

Não precisa realizar um esforço cognitivo muito apurado para verificar que o princípio da intervenção mínima é desrespeitado, situação que incide no objeto da pesquisa ora realizada, pois a valoração da personalidade do autor do crime com a consequente ofensa à dignidade e à intimidade extrapola o que se entende por intervenção mínima.

O princípio em tela possui estreita ligação com a percepção minimalista do direito penal, corrente doutrinária já abordada no Capítulo 2, encontra-se tal percepção em posição intermediária em relação aos movimentos de lei e ordem e abolicionismo.

Assim, ao contextualizar o princípio da intervenção mínima no corpo da pesquisa realizada, busca-se justamente evidenciar que falta de legitimidade da invasão à esfera particular do indivíduo por meio da valoração da personalidade não é um posicionamento extremista, muito pelo contrário, é diante de sua razoabilidade um posicionamento entre a imposição da ordem estatal e os movimentos defensores da despenalização.

De igual modo, não se busca aqui estabelecer quais das correntes extremas indicadas possuem mais pertinência teórico e prática, cada uma delas possuem robustos fundamentos que as dão sustento.

Suscita-se a ideia que o direito penal do pleno exercício de *ius puniendi* deve obedecer, além dos limites punitivos, a ideia de efetividade da punição. Nesse caminho é o questionamento acerca da efetividade em manter uma invasão à intimidade do autor do crime.

Observa-se que a finalidade primaz do princípio da intervenção mínima, a saber, estabelecer parâmetro norteador para criação e revogação de tipos penais, encontra-se ofendido na própria aplicabilidade do direito penal quando deixa de punir a criminalização da conduta e passa a punir a existência do indivíduo.

3.4 Da proteção jurídico-penal da intimidade

A internet já se apresenta com um fenômeno há algum tempo e esse movimento avassalador nas relações realizadas por meio da internet geraram uma necessidade de adequação do ordenamento jurídico, existindo no Brasil dois exemplos emblemáticos nesse sentido, a saber marco civil da internet (Lei n.º 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados, n.º 13.709/20189.

No âmbito do direito penal não tem sido diferente, tendo inclusive sido criminalizada, no artigo 218-C, do Código Penal, a conduta de divulgação de intimidade sexual, criminalização impulsionada pelo uso em massa de aplicativos de comunicação.

Túlio Lima Vianna (2000) leciona sobre a adequação do ordenamento penal às mudanças sociais e tecnológicas:

[...] uma legislação penal moderna e bem elaborada que aborde todas as questões criadas pelos novos crimes por computador facilitaria, e muito, o trabalho dos operadores do Direito. O ideal, inclusive é que o tema fosse regulado por um tratado internacional [...], já que a Internet é um fenômeno transnacional e, como tal, deveria ser regulamentada (VIANNA, 2000, p. 5).

O motivo de evidenciar a adequação do texto normativo penal é justamente porque a evolução na forma de comunicação social expõe escancaradamente a intimidade do indivíduo, tornando-a ainda mais vulnerável.

A tendência legislativa recente tem caminhado no sentido de proteger a intimidade da pessoa, desconstruindo a ideia de que a mera utilização dos meios de comunicação tecnológicos é um passe livre para gerência de terceiros.

Paulo Thadeu Gomes da Silva, ao ensinar sobre a proteção à intimidade, assevera:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem a ver com a nova configuração estatal que atribui papel ao Estado não mais apenas de agente que deve se manter omissivo e não interferir e uma determinada esfera de liberdade do indivíduo, mas sim, já agora agir para proteger direitos fundamentais, inclusive contra a violação perpetrada por particulares (SILVA, 2010, p. 108).

Assim sendo, o que se observa com a valoração da personalidade com um meio de invadir a esfera particular do autor do crime é um claro confronto com aquilo que se apresenta como um movimento natural e extremamente fortalecido, i.e., a proteção penal da intimidade.

Nesse sentido encontra-se estabelecido um paradoxo significativo, pois, ao passo que a legislação penal vem passando por adequações que visam proteger a intimidade, essa própria legislação continua, sob a proteção da legalidade, realizando a invasão deliberada à esfera pessoa do indivíduo.

No caso do autor do crime, a invasão à sua intimidade evidencia ainda mais o choque com o movimento de proteção jurídico-penal da intimidade, pois, diferente daquele usuário da internet ou da pessoa pública que possui a capacidade de modular a sua própria intimidade, o réu, conforme abordado, não deseja flexibilizar a sua intimidade.

José Miguel Garcia Medina (2014) assim leciona sobre o tema:

[...] A proteção à intimidade é limitada, p. ex., quando alguém expõe informações pessoais em redes sociais na internet, o que demonstra como a pessoa dimensiona a própria intimidade. Se a pessoa usa suas características e qualidades pessoais publicamente em seu benefício (em sua vida profissional, por exemplo), *autolimita*, com isso, à proteção de sua privacidade e intimidade, na medida em que tal atributo integre o rol de qualidades relacionadas ao papel social exercido pela pessoa (MEDINA, 2014, p. 85).

Logo, com a leitura do recorte bibliográfico, é possível dimensionar a importância da proteção penal à intimidade daquele indivíduo que manifestamente não autolimita a sua intimidade a ponto de concordar com gerência estatal para fins de aplicação da pena.

Por fim, faz-se necessário evidenciar o ensinamento dos professores Jéfferson Ferreira Casagrande e Rodrigo Valente Giublin Teixeira sobre direitos fundamentais.

Desta forma, tem-se que o direito processual de Acesso à Justiça faz relação com o Direito Constitucional, e é elevado a direito fundamental, pois se caracteriza como direito inerente ao ser humano, vez que não há dignidade da pessoa humana sem a efetivação de seus direitos. Portanto, entende-se que os direitos fundamentais são a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (CASAGRANDE; TEIXEIRA, 2018, p. 386).

Assim, é necessário que os direitos fundamentais, especificamente, no caso da presente pesquisa, o direito à intimidade, seja efetivado pelo Estado e tão importante quanto ser efetivado é não ser violado pelo próprio Estado, circunstância a qual ocorre com a valoração da personalidade do autor do crime.

CONCLUSÕES

A pesquisa em tela procurou analisar a valoração da personalidade do autor do crime, realizando um estudo sistemático da respectiva valoração sob o prisma do trinômio condicional dos Direitos da Personalidade de Charles Taylor, de modo a evidenciar um cerceamento ao usufruto pleno do direito à intimidade.

Observa-se que a aplicação da pena é uma medida inerente ao Estado, a qual se apresenta na modalidade de sanção ao indivíduo que pratica determinada conduta criminalizada, sendo temporariamente cerceado de determinados bens jurídicos.

Sobre a finalidade da pena, a doutrina absolutista acredita que esta é a providência estatal em forma de castigo para ao indivíduo; por sua vez, a doutrina relativa entende que pena tem a finalidade de evitar a ocorrência de novos por aquele indivíduo condenado, tendo esta última sido recepcionada pelo ordenamento penal brasileiro.

A sistemática em torno da aplicação da pena como exponenciais Nelson Hungria, defensor do sistema trifásico, e Roberto Lyra, apoiador do modelo bifásico.

Na pesquisa, ambos os sistemas foram analisados, ficando evidente que no sistema trifásico a aplicação da pena inicia-se com o alcance da pena-base por meio da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal; por conseguinte, as agravantes e atenuantes deverão ser computadas sobre a pena-base estipulada na fase anterior e, por fim, deverão ser consideradas as causas de aumento e diminuição da pena, denominadas majorantes e minorantes.

Já no sistema bifásico a pena-base será ponderada tendo como orientação as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal (BRASIL, 1940), bem como as circunstâncias atenuantes e agravantes, e, após realizada tal fase, passará a considerar as causas de aumento e diminuição da pena.

Independente do sistema, ficou evidenciado que a valoração da personalidade do autor do crime será considerada para a finalidade de fixação da pena-base.

Na fase destinada à fixação da pena-base, a valoração da personalidade é considerada uma circunstância judicial e é analisada juntamente com outras sete, sendo elas a culpabilidade, a qual está, no âmbito penal, estritamente ligada à responsabilização de uma pessoa pelo cometimento de um crime; a conduta social, relacionada a toda a caminhada de vida do autor do crime; o motivo do crime, sendo o fator que propulsiona o cometimento da conduta criminosa; as circunstâncias do crime, que estão relacionadas à sequência fática da empreitada

criminosa; as consequências do crime, relacionada à intensidade da lesão ao bem jurídico e ao comportamento da vítima.

Sobre os aspectos doutrinários da personalidade do agente, ficou demonstrado que a personalidade é fruto unicamente da forma como a pessoa pensa, sente e age, pois, ao valorar a personalidade do autor do crime, o julgador estaria punindo, mesmo que subjetivamente, o modo de pensar e de sentir do réu, elementos os quais não são, ante o Princípio da Legalidade, suscetíveis de punição.

Assim a valoração da personalidade do autor do crime é uma clara punição ao passado da pessoa, justamente por entender que a formação da personalidade está atrelada aos valores que influenciaram a formação do indivíduo e considerar, no momento da aplicação da pena, os valores adquiridos no passado pelo agente se revela nitidamente fora do razoável, apresentando-se, na verdade, atentatório à sua dignidade.

Em relação ao antagonismo doutrinário acerca da valoração da personalidade do autor do crime para aplicação da pena, é possível verificar que uma parte entende que a valoração da personalidade deve ser realizada sob o argumento que, na prática do crime, ficam evidentes elementos que refletem a personalidade, tais como qualidades morais, índole ruim ou boa, entre outras.

De outro norte, verificou-se ainda a falta de parâmetro, ante a sua peculiaridade, utilizado pelo magistrado para valorar a personalidade de um indivíduo, ainda mais tratando-se de pessoa desprovida de capacidade técnica para tanto, havendo, tão somente, uma condenação de suas convicções e valores morais, ou seja, pune-se a existência do condenado.

A incapacidade técnica do magistrado para valoração da personalidade do autor do crime foi um dos motivos elencados para o descabimento de tal valoração, cabendo o exercício em comento aos psicólogos e aos médicos psiquiatras.

Em uma abordagem constitucional da valoração da personalidade do autor do crime, observou-se os termos vagos utilizados pelo magistrado representam de forma nítida uma ausência do requisito constitucional da fundamentação da sentença, o que impossibilita o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O descabimento da valoração da personalidade também restou analisado sob o prisma do garantismo penal, pois o Estado, mesmo sendo tão potente quando comparado à vulnerabilidade do indivíduo, utiliza-se de mecanismos positivados para atentar contra direitos e garantias fundamentais individuais.

Quanto ao minimalismo penal, é possível considerar que a valoração da personalidade do autor do crime não representa uma solução para o fim pretendido do direito penal, sendo, na

verdade, uma repressão suscetível de descortinar problemas crassos do sistema punitivo, vindo a atingir searas alheias à sua competência, sendo uma delas a esfera particular do condenado.

A valoração da personalidade do autor do crime também fora relacionada aos movimentos de pampenalização e abolicionismo penal uma vez que o objeto da pesquisa representa uma rígida burocratização punitivista e, em descompasso com elementos norteadores do abolicionismo penal, o *ius puniendi* do Estado tendo como parâmetro a personalidade do agente representa um dos impedimentos de uma prática libertadora no direito penal.

A teoria de Charles Taylor acerca das condições dos direitos da personalidade apresentou-se, dentro da pesquisa, como um filtro para demonstrar que a valoração da personalidade do autor do crime atenta diretamente contra as condições para o exercício dos Direitos da Personalidade e conseqüentemente para o usufruto do Direito à Intimidade.

A alteridade é uma das condições desenvolvidas por Taylor e implica no relacionamento que o indivíduo desenvolve em seu dia a dia, sendo determinante para a formação de sua personalidade. Logo, valorar a personalidade do autor do crime para fins de punição é desconsiderar a própria alteridade na dogmática das interações sociais e assim deixar de reconhecer o Direito como a instância normativa.

A segunda condição é a autonomia da vontade e, nessa condição, a valoração da personalidade representa uma imposição de sanção, contudo, caracterizando assim um velado paternalismo penal em que a vontade do agente é suprimida sob a alegação de um suposto interesse social.

A última condição de desenvolvida por Charles Taylor é a dignidade e esta é responsável por dar sentido à vida de uma pessoa, o que por si só permite identificar a proporção de tal condição para o ser humano e a valoração da personalidade do autor crime, ao invadir o conjunto de crenças e convicções da pessoa, atenta contra tão importante condição.

A dignidade, para Taylor, está totalmente vinculada aos aspectos morais que o indivíduo cultiva em sua vida, guardando, dessa maneira, uma nítida relação de entre personalidade e dignidade.

O direito à intimidade foi positivado no direito doméstico na Lei de Imprensa (Lei n.º 5250/67), tendo a Constituição Federal de 1988 recepcionado tal direito em seu artigo 5º, inc. X, como direito fundamental, bem como o Código Civil brasileiro, em seu artigo 21, tutela direito à intimidade.

No plano internacional, o direito à intimidade encontra-se positivado no artigo 12, da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a qual prevê que todo indivíduo terá a garantia de inviolabilidade de sua vida privada, resguardando também a família, o lar e a

correspondência. De igual modo, o direito em tela encontra-se positivado em outras três importantes legislações internacionais, a saber, no Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 17, na Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem, no artigo 17, e, por fim, na Convenção Europeia de 1950 sobre os Direitos do Homem, em seu artigo 8º.

A nomenclatura direito à intimidade é associada ao termo privacidade, sendo que as duas terminologias indicadas têm a sua gênese, na seara jurídica, nos estudos dos juristas estadunidenses Samuel Warren e Louis Brandeis, quando em 1890.

A pesquisa demonstrou que a personalidade e a intimidade estão intrinsecamente relacionadas e a valoração da personalidade do autor do crime implica em uma invasão da intimidade do indivíduo, espaço de inteiro domínio do apenado, onde ninguém, nem mesmo o Estado, pode adentrar.

A valoração da personalidade do autor do crime para aplicação da pena, sob o prisma do trinômio condicional dos Direitos da Personalidade, representa um cerceamento ao Direito à Intimidade do apenado, especificamente pelo fato da invasão à esfera particular atentar quanto à dignidade da humana, sendo que a aludida invasão desconsidera por completo a conduta criminosa e passa a punir a própria existência do indivíduo, realizando uma verdadeira devassa em sua intimidade.

Sobre a proteção jurídico-penal da intimidade, é necessário que os direitos fundamentais, especificamente, no caso da presente pesquisa, sejam efetivados pelo Estado e que, tão importante quanto serem efetivados, não sejam violados pelo próprio Estado, circunstância a qual ocorre com a valoração da personalidade do autor do crime.

Por fim, com a pesquisa ora realizada é possível vislumbrar que a delinquência não se trata de uma característica contida na essência de uma pessoa, atribuindo à vida voltada ao crime muito mais a fatores sociais do que fatores ligados à formação da personalidade, daí a síntese do descabimento da valoração da personalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Alteridade. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7 Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/risco/>>. Acesso em: 05 de out. 2020

ALVES, Fábio Wellington Ataíde Alves. **Efetivação da garantia de defesa no Estado constitucional de Direito**: Colisão entre o poder punitivo e a garantia da defesa. 2008. 447 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/5632/1/VictorHAP_Monografia.pdf. Acesso em: 08 out. 2020

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Pensando a Psicologia Aplicada à Justiça. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (org.). **Psicologia Jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Nau, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

ARAÚJO, Paulo Roberto Monteiro de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento. São Paulo: Loyola, 2004

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: JGM, 2008. Disponível em: <http://www.jgm.gob.ar/>. Acesso em: 02 maio 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Da esperança aos dilemas**: Doação e Comércio de órgãos humanos. 2006. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1826/1/000393788Texto%2bParcial-0.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 16, n. 2, p. 543-561, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n2p543-561>. Acesso em: 10 out. 2020

AZEVEDO, David Teixeira. **Dosimetria da Pena**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: revan/inst. Carioca de criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial b de f, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporânea**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão

provisória para debate público. 2010. Disponível em http://luisrobertobarosso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/dignidade_texto_bse_11dez2010.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru, Edipro, 1997.

BEMFICA, Francisco Vani. **Da Lei Penal, da Pena e sua Aplicação, da Execução da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BINJA, Elias Justino Bartolomeu. **Multiculturalismo: a identidade do sujeito nas tensões sociais contemporâneas em Charles Taylor**. 2010. 124 f. Dissertação (Mestrado em Educação, Arte e História da Cultura) Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1792/1/Elias%20Justino%20Bartolomeu%20Binja.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

BITTAR, 1999

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral: volume 1**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Causas e Alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Político**. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1991.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medias de segurança no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm#:~:text=regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%3%a7%3%a3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%3%a7%3%a3o.&text=art%20.,lei%2c%20pelos%20abusos%20que%20cometer. Acesso em: 25 out. 2020.

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

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Processo n. **0111787-09.2017.8.20.0001**. Diário da Justiça Eletrônico, Ano 14, Edição 3145, p. 690, 23 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 9404572004/RS**. Relatora: Juíza Federal Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJ: 30/04/1997. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47936/aplicacao-da-pena-base>. Acesso em: 10 maio 2020.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

CARAZO, Carmen Sánchez. **La Intimidación y El Secreto Médico**. Madrid: Díaz de Santos, 2000.

CARVALHO, Luis Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica**. 2015. Disponível em: www.academia.edu/24713473/Falsos_Bens_Jurídicos_e_Política_Criminal_de_Drogas_Uma_Aproximação_Crítica_2015_. Acesso em 19 ago. 2019.

CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena no Estado Democrático de Direito: Postulados Garantistas. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASAGRANDE, Jéfferson Ferreira; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. O papel do poder judiciário na contemporaneidade e seu reflexo na dignidade da pessoa humana. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/155>. Acesso em: 10 out. 2020.

CHILE. **Constituição chilena de 1980**. Disponível em: <http://goo.gl/i89a1Y>. Acesso em: 02 maio 2020.

COLÔMBIA. **Constituição** (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Corte Constitucional, 2015. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Agressões à intimidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

COSTA RICA. **Constituição** (1949). Constitución política de la Republica De Costa Rica. 1949. Disponível em: <https://www.constitution.org/cons/costaric.htm>. Acesso em: 02 maio 2020.

DELGADO, Lucrecio Rebollo. **Derechos fundamentales y protección de datos**. Madrid: Dykinson, 2004.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEPARTAMENTO DE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA. **A Declaração Universal e a Constituição de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=60>. Acesso em: 25 out. 2020.

DEVOS, Bryan Alves; NETO, Francisco Quintanilha Vêras Neto. Trajetória e mutações do utilitarismo jurídico-penal: um ensaio de história das ideias. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. I. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUBAR, Claude. **La Socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles**. Paris: Armand Colin, 1996.

DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art, 19 Abs. II des Grundgesetzes. **Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)**, n. 81, 1956.

DWORKIN, Gerald. **Paternalism**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Zalta: Edward N. (ed.). 2014. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/>. Acesso em: 09 out. 2020.

DWORKIN, Ronald. **El Dominio de la Vida**. Una Discusión acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual. Barcelona: Ariel, 1998.

ESPAÑA. **Constitución Española (1978)**. Tribunal Constitucional de España. 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

ESPINAR, José Miguel Zulgadía. **Fundamentos de Derecho Penal**. Las Teorías de La Pena e de La Ley Penal. Granada, 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição (1787)**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181796>. Acesso em: 02 maio 2020.

FALCÓN Y TELLA, José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría do garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

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

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOPPEL, Gamil El Hireche. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Judicial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GONÇALVES, Manuel Clístenes de Façanha. Prefácio. In: SILVA, Odailson da. **Droga! Internar não é prender**. 2. ed. Ceará: Arte visual, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal, parte geral**. v. 7. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. v. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010a.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2010b.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. E-book.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**. v. único. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HOGEMANN, Edna Raquel. Danos morais e direitos da personalidade uma questão de dignidade. **Direito público e evolução social**, 2ª série. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008.

HONNETH, Axel. **A luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: KANT, Immanuel. **Os Pensadores - Kant (II)**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70 Lda., 2004.

KOHLBERG, Lawrence. **The Meaning and Measurement of Moral Development**. Worcester: Clark University Press, 1981.

KONINCK, Thomas de. **De la dignité humaine**, Paris: Les Presses universitaires de France, 1995.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: Crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 143, p. 117 – 153, maio 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991.

LÚRIA, Alexander Romanovich. **Pensamento e linguagem**: as últimas conferências de Lúria. Porto Alegre: ArtMed, 1986.

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

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1977.

MACHADO, Hilka Vier; HERNANDES, Cláudio Aurélio. Alteridade, Expatriação e Trabalho: Implicações para a Gestão Organizacional. **RAC**, v. 8, n. 3, p. 53-73, Jul./Set. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rac/v8n3/v8n3a04.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. **Manual de Direito Penal**. v. 2. Belo Horizonte: Lemi, 1954.

MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. A Análise da Personalidade do Réu na Aplicação da Pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, IBCCrim, São Paulo, n. 153, p. 2-3, ago. 2005a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: RT, 2005b.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. DIREITO PENAL - parte geral. v. 1 São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Forense, 2017. E-book.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

OLIVEIRA, Edmundo. **A Identidade Humana do Crime**. Belém: CEJUP, 1987.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Pedra A. Ribeiro. **Fé e Política: fundamentos**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Verve**, n. 9, p. 83-114, 2006.

PENDÁS, Benigno. Introdução. In: WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **El derecho a la intimidad**. Madrid: Civitas, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data. In: GARCÍA SAN MIGUEL, L (ed.). **Estudios sobre el derecho a la intimidad**. Madrid: Tecnos, 1992.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalita´umana nell´ordinamento giuridico**. Camerino: Universita degli Studi di Camerino, 1972.

PERÚ. **Constituição** (1979). Constitución política del Peru. 1979. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181670>. Acesso em: 02 maio 2020.

PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. **Persönlichkeitstheorien**. 5. ed. Munique, Alemanha: E. Reinhardt, 2005.

PINHEIRO, Victor Hugo Arruda. **Devo ser punido também pelo que sou ou somente pelo que cometi?** Um estudo sobre a valoração da conduta social e personalidade do agente através da análise de julgados da justiça criminal potiguar. 2017. 67f. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISÓN CAVERO, José Martínez. La configuración constitucional del derecho a la intimidad, Derechos y Libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, n. 3, 1994.

POMIN, Andryelle Vanessa; BUENO, João Bruno Dacome; FRACALOSSO, Willian. **Teoria Geral dos Direitos da Personalidade**. Maringá: Vivens, 2012.

PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 1 – Parte Geral**. Brasília: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luís Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RAGUSO, Fabrizia. **O desafio do multiculturalismo: entre a identidade e o reconhecimento: uma leitura a partir de Charles Taylor**. 2005. 333 f. Tese (Doutorado em Ética) Universidade do Minho, Braga, 2005. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/9125/1/O%20Desafio%20do%20multiculturalismo.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REIS, Wanderlei José dos. A Dignidade da Pessoa Humana e as Internações Compulsórias determinadas pelo Judiciário. **Revista Bonijuris**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35275/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-as-internacoes-compulsorias-determinadas-pelo-judiciario>. Acesso em: 14 ago. 2019.

RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. **Revista Brasileira De Filosofia**, São Paulo, v. lvi, fasc. 227, jul./set. 2007.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Ação Penal n. 002.06.000959-6**. Publicado em: 26/10/2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de Todos e para Todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoria del delito – volume 1**. Madrid: Editorial Civistas, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Lisboa: Veja, 2001.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia como princípio jurídico estrutural**. Direito Civil: atualidades II – da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Direito penal mínimo e direitos humanos na política criminal de Eugenio Raúl Zaffaroni, **Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, jun. 2010. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3579.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: A Nova Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Pedro Sérgio dos; VIEIRA, Mara Lúcia Almeida. Análise da Personalidade para Fixação da Pena: Contradições e Ilegalidades no Artigo 59 do Código Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, p. 111-118, jan./mar.1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 09, jan./jun. 2007.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

SCHMITT, Ricardo Augus. **Sentença penal condenatória – teoria e prática**. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

SCHMITT, Ricardo Augus. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SCHRAMM, Fermín Roland. A Autonomia Difícil. **Revista brasileira de Bioética**, Brasília, v. 6, n. 1, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para sua Aplicação e Execução**. São Paulo: RT, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Alexandre Rezende da. Princípio da legalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3816>. Acesso em: 14 maio 2020.

SILVA, Jorge Vicente. **Manual da Sentença Penal Condenatória**. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Juliani Bruna Leite; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A delação premiada e a sua repercussão em face da psicologia do testemunho. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, v. 3, n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.33636/reconto.v3n1.e033>. Acesso em: 10 out. 2020.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2002.

SUBER, Peter. Paternalism. In: BERRY GRAY, Christopher (org.). **Philosophy Of Law: An Encyclopedia**. v. II. Nova Iorque: Garland, 1999.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: RT, 1980.

TAYLOR, Charles. **The sources of the self: the making of modern identity**. Cambridge: Harvard University, 1989.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus: HC 69421 SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 30/06/1992, Data de Publicação: DJ 28-08-1992. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708879/habeas-corpus-hc-69421-sp>. Acesso em: 25 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag.Reg. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 144337**. Relator: Celso de Mello. DJ: 05/11/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415475/fals>. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus: HC 97400 MG - MINAS GERAIS**. Relator: Cezar Peluso. DJ: 02/02/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175013/false>. Acesso em: 09 out. 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus: HC 79966/SP**. Relator: Ministro Celso De Mello. DJ: 13/06/2000, Dje: 29/08/2003. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-21/antecedentes-criminais-nao-servem-condenar-reincidente>. Acesso em: 10 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 121075 DF**. Relator: Luiz Fux. DJ: 23/06/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4521280>. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **EAREsp 1.311.636/MS**. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. DJe: 10/04/2019. 2019a. Disponível em: <https://noticias.cers.com.br/noticia/stj-informativos-jurisprudenciais/>. Acesso em: 10 maio 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Condenações passadas não podem ser usadas para desvalorar personalidade ou conduta social**. 2019b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltf/Paginas/Comunicacao/Noticias/Condenacoes-passadas-nao-podem-ser-usadas-para-desvalorar-personalidade-ou-conduta-social.aspx>. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus: HC 176.052 SP 2010/0107722-4**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ: 10/02/2012. 2019c. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890083767/habeas-corpus-hc-176052-sp-2010-0107722-4>. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso especial: REsp 1870086 SP 2019/0352364-8**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 23/09/2020. 2020a. Disponível em: <file:///C:/Users/Rafael/Desktop/nefi%20Cordieiro%20-20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso especial: RHC 133853 MS 2020/0226752-0**. Relator: Reynaldo Soares Da Fonseca. DJ: 22/09/2020. 2020b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002267520&dt_publicacao=28/09/2020. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Habeas Corpus: EDcl no AgRg no HC 462392 PE**. Relator: Sebastião Reis Júnior. DJ: 22/09/2020. 2020c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801949201&dt_publicacao=22/09/2020. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no REsp 1768487 RS**. Relator: Felix Fischer. DJ: 15/09/2020. 2020d. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PERSONALIDADE&b=ACOR&p=true&l=10&i=12&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus: HC 533412 ES 2019/0275967-1**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 25/08/2020, DJe: 04/09/2020. 2020e. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101119398/habeas-corpus-hc-533412-es-2019-0275967-1?ref=serp>. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus: HC 81866/DF**. Relatora: Ministra Jane Silva. DJ: 25/09/2007, DJe: 15/10/2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-21/antecedentes-criminais-nao-servem-condenar-reincidente>> Acesso em: 10 maio 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula n. 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Brasília-DF: Superior Tribunal de Justiça, 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.#TIT1TEMA0). Acesso em: 10 maio 2020.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral-II**. v. 2. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VIANNA, Túlio Lima. Dos Crimes pela Internet. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, v. 9, 2000. Disponível em: < <http://tuliovianna.vilabol.uol.com.br/internet.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

VIANNA, Túlio Lima. Pena - fixação: roteiro didático. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22725>. Acesso em: 25 out. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas, a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo: Editorial B de F, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro** – I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZANELLA, Andréa Vieira. Sujeito e alteridade: reflexões a partir da psicologia histórico-cultural. **Psicologia & Sociedade**, v. 17, n. 2, p. 99-104, maio/ago., 2005.