

ANÁLISE CRÍTICA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PERTINENTES AO AGENTE DO ILÍCITO PENAL

Luan Carlos Pereira¹

Rogério Cézar Soehn²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 PENA-BASE: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. 2.1 CRÍTICA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS LIGADOS AO AGENTE. 2.2 ELEMENTOS PERTINENTES AO AGENTE. 2.2.1 Culpabilidade. 2.2.2 Antecedentes. 2.2.3 Personalidade. 2.2.4 Conduta Social. 2.2.5 Motivos. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O presente ensaio visa a análise das circunstâncias judiciais, também conhecidas como elementos moduladores da pena-base. Desse modo, traçar-se-á breve síntese do sistema punitivo brasileiro à luz do princípio da individualização da pena, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como concretizado no Código Penal. Ainda, a colaborar com esse estudo propedêutico, aportar-se-ão ao compêndio críticas doutrinárias, análise da Exposição de Motivos do Código Penal e, principalmente, as jurisprudências correlatas, com o objetivo de alargar a discussão sobre a interpretação das circunstâncias normativas do artigo 59 do Código Penal, restringindo-se aos elementos pertinentes ao agente. Ante o exposto, à contemplação do objeto final da pesquisa, foi utilizado do método de abordagem dedutivo, baseado em pesquisas bibliográficas, como livros doutrinários, bem como à Legislação e Jurisprudência pertinente ao tema em análise.

Palavras-chaves: Pena-base. Circunstâncias judiciais. Direito Penal do Fato. Direito Penal do Autor.

Abstract: This essay aims to analyze the judicial circumstances, also known as modulating elements of the base sentence. In this way, a brief synthesis of the Brazilian punitive system will be outlined in the light of the principle of individualization of the penalty, provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, as well as in the Penal Code. Also, to collaborate with this propaedeutical study, doctrinal criticisms will be contributed to the compendium, analysis of the Exposition of Motives of the Penal Code and, mainly, the related jurisprudence, with the objective of broadening the discussion on the interpretation of the normative circumstances of the article 59 of the Penal Code, being restricted to the elements pertinent to the agent. In view of the above, to contemplate the final object of the research, the deductive method of approach was used, based on bibliographic research, such as doctrinal books, as well as the Legislation and Jurisprudence relevant to the topic under analysis.

Keywords: Base feather. Judicial circumstances. Criminal Law of Fact. Author's Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal traz em seu artigo 5º, inciso XLVI, a base normativa e limitadora do sistema punitivo brasileiro, ao prescrever que caberá à lei regular a individualização da pena, adotando, entre outras que o legislador infraconstitucional poderá cominar, desde que em consonância com o regime vigente, as seguintes

¹Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. E-mail: lcpluanpereira@gmail.com

²Coordenador e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF de Itapiranga. Policial Civil no Estado de Santa Catarina. Especialista em Segurança Pública pela PUC/RS. Graduado em Direito pela UNOESC de São Miguel do Oeste/SC. E-mail: rogerio@uceff.edu.br.

medidas: penas de privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos³.

Nessa senda, recepcionado – em partes – encontra-se o Decreto-Lei n. 2.848/40 – Código Penal, pela Constituição Federal de 1988. Ainda, põem-se em destaque que o rol previsto no artigo 32 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 7.209/84, não diverge das alíneas do inciso XLVI do artigo 5º da Magna Carta. Ao contrário, harmoniza-se com a estrutura constitucional, prescrevendo o Código que as penas aplicadas são: privativa de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

Sob esse aspecto, a maior dificuldade encontra-se na interpretação de como estabelecer concretamente a individualização da pena.⁴ O Item 50 da Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84 expõe que as diretrizes à fixação da pena relacionam-se com o artigo 59 do Código Penal, mais técnico e aprimorado que a redação original de 1940, que balizará a concretude sancionatória e de individualização da pena.⁵

Ainda, extrai-se do Item 49 da Exposição de Motivos que a fundamentação doutrinária da reforma de 1984 buscou assegurar a individualização da pena por meio de parâmetros mais abrangentes e precisos que o texto original⁶, a exemplo do artigo 59 do Código Penal, que prescreve, em seu *caput*, que o juiz atenderá 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.

Diante desses breves apontamentos propedêuticos, o presente ensaio limitar-se-á à análise dos elementos pertinentes ao agente, os quais encontram-se elencados na primeira parte do *caput* do artigo 59 do Código Penal, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade, a conduta social e os motivos do agente.

2 PENA-BASE: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

³LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

⁴Guilherme de Souza Nucci leciona que “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim possui o enfoque de, evitando standardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30)

⁵BRASIL. **Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984**. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF: Câmara dos Deputados.

⁶BRASIL. **Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984**. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF: Câmara dos Deputados.

A pena-base é o ponto de partida do processo intelectual do magistrado para a fixação e determinação da pena criminal e deve ser exercida com rigoroso cuidado técnico, pois erros nesta fase repercutirão nas subsequentes.⁷ Essas circunstâncias são o ponto de referência sobre o qual incidirão as demais etapas quantitativas, quais sejam, as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e as causas especiais de aumento ou diminuição de pena (majorantes e minorantes), dando origem, assim, à individualização da pena ao caso concreto levado à análise judicial.⁸

Boschi pontifica que a pena-base é a premissa concreta e primária de fixação da pena pelo juiz, sobre a qual, por cascata, incidirão as circunstâncias legais e as majorante e minorantes, servindo como indicadora para as operações aritméticas posteriores. Fixa-se, a partir dela, os demais elementos que incidirão sobre a pena-base, estando limitada pelo legislador em padrões mínimo e máximo.⁹

Ademais, para Carvalho, são denominadas de circunstâncias judiciais, pois como se extrai do artigo 59, *caput*, do Código Penal, elas necessitam de valoração conceitual pelo magistrado, dado que, ao contrário das circunstâncias legais, necessitam de uma carga de valoração maior, pois formados por elementos normativos que devem ser modulados pelo juiz no caso concreto.¹⁰

Esses elementos normativos presentes nas circunstâncias judiciais ficam ao pleno arbítrio do juiz, pois é este que atribui o sentido normativo de cada uma das circunstâncias previstas no artigo 59.¹¹ São elementos abertos que, ao ver de parte da doutrina, podem ofender os princípios da legalidade, culpabilidade, lesividade, presunção de inocência, devido processo legal, laicidade e, principalmente, a amoralidade, dado o subjetivismo admitido na aplicação da pena-base.

No mais, Cirino dos Santos divide as circunstâncias judiciais em subespécies: as circunstâncias judiciais que compreendem elementos pertinentes ao agente – culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social e motivos –, ao fato – circunstâncias e consequências do crime – e à vítima – comportamento da vítima.¹²

⁷SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 567.

⁸CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 327.

⁹BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 187.

¹⁰CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 332-3.

¹¹SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 568.

¹²SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 568.

Por outro lado, adotando classificação diversa, mas que não interfere no conteúdo em si, Carvalho divide as circunstâncias em: subjetivas – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos –, e objetivas – circunstâncias, consequências e comportamento da vítima.¹³

Nesse ponto, adota-se, no presente compêndio, a classificação emanada por Juarez Cirino dos Santos, por melhor sistematização, limitando-se, ainda, aos elementos pertinentes ao agente – culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social e motivos.

2.1 CRÍTICA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS LIGADAS AO AGENTE

Antes de se adentrar no estudo pormenorizado dos elementos pertinentes ao agente, apresentar-se-á uma crítica doutrinária aos elementos pertinentes ao agente do fato delituoso, no que toca aos antecedentes, personalidade e conduta social.

A priori, a personalidade, os antecedentes e a conduta social, muitas vezes, não apresentam ligações com o fato delituoso praticado, não devendo, dessa forma, o juiz sopesá-los na modulação da pena-base, pois, como nota-se, tais características são ínsitas ao agente, e não derivaram das circunstâncias fáticas do ato perpetrado.¹⁴

Na mesma linha, cabe pontuar, não é dado ao juiz o poder de julgar o modo de vida ou a personalidade de uma pessoa, em razão de, há muito tempo, o direito ter se desassociado da moral¹⁵, adotando o direito penal do fato, o qual vai ao encontro da Constituição Federal, seguindo, assim, caminho diverso do direito penal do autor,

¹³CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 348.

¹⁴Ainda, para Sylvio Baptista “[a]s circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59, do CP, só podem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se sua conduta (*lato sensu*) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais) elas não podem ser utilizadas para aumentar sua pena, prejudicando-o.” (**Apelação Criminal nº 70000907659**. 6ª Câmara Criminal. TJRS. Julgado em 15.6.2000).

¹⁵À luz do princípio da secularização, pelo qual foi dissociado moral e direito, o Estado “não deve se imiscuir coercitivamente na vida moral dos cidadãos e nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros”. (CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 01 e 09).

ápice do Direito Nacional-socialista¹⁶, o qual deve ser banido das legislações atuais, em que pese ainda mantenha forte influência no direito penal brasileiro.¹⁷

Desta feita, é imprescindível uma releitura do art. 59 do Código Penal, devendo as circunstâncias judiciais ser interpretadas de forma favorável ao réu, isto é, os antecedentes, a conduta social e a personalidade, se forem benéficas, podem servir como paradigma à pena base. Interpretar de forma contrária, não obstante já consagrada em âmbito pátrio, fere o postulado do direito penal do autor, impondo ao outro uma exigência de padrão médio, num subjetivismo exagerado do magistrado.¹⁸

Diante do apresentado, passa-se, agora, à análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, concernentes ao agente.

2.2 ELEMENTOS PERTINENTES AO AGENTE

As circunstâncias judiciais ligadas ao agente são as responsáveis por mais da metade da modulação da pena, servindo, dessa maneira, como ponto nevrálgico da sanção criminal.¹⁹ À vista disso é imprescindível que o juiz, ao valorar estas circunstâncias, tome o devido cuidado para não adentrar a esfera íntima do autor, isto é, julgá-lo por ser o que é e não pelo fato que tenha cometido.

Há anos defende o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que o processo não se julga pela capa, pois o que está nas mãos do magistrado não são simples folhas de papéis, pelo contrário, o destino de uma pessoa.²⁰

Desse modo, faz-se necessário uma reinterpretação dogmática do direito penal, principalmente das figuras *infra* estudadas, evitando conflitos com a Constituição Federal, a norma vetor de todo ordenamento jurídico.

¹⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

¹⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 102.

¹⁸[...] O direito penal e o sistema de justiça criminal operam com uma espécie de presunção de normalidade, que pode ser refutada recorrendo-se a circunstâncias excepcionantes. A regra consiste naquilo que encontramos regularmente na população em determinado período, isto é, naquilo que é tido como “normal”. Aquele que não sofre de um dos déficits já mencionados ou não se encontra em uma situação extremamente difícil no momento do ato é tomado como capaz de observar o direito e de evitar a lesão a um bem-jurídico”. (GUNTHER, Klaus. **O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 1052-1077, dez. 2017. Deixa-se a presente pergunta a ser respondida pelo prezado leitor: o que é “normalidade” para uma sociedade? É o que a maioria achar normal ou o que quem está no poder faz parecer normal?

¹⁹SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 568.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **31 anos de ciência e consciência constitucionais**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. eBook.

2.2.1 Culpabilidade

A primeira das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, *caput*, do Código Penal é a Culpabilidade, a qual foi introduzida com a reforma de 1984. Esta elementar circunstancial assumiu o lugar da originária do Código, qual seja, a “intensidade do dolo ou grau de culpa”, haja vista a opção expressa na Exposição de Motivos para essa substituição, pois o que é graduável é a censura que incide sobre a conduta, expressa na quantidade da pena aplicada.²¹

Ainda, impende salientar que parte da doutrina entende que a expressão “culpabilidade” engloba os demais critérios subjetivos do artigo 59, quais sejam, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos.²² Outros estendem essa interpretação, inclusive, aos critérios objetivos, por entenderem que estão todos englobados no termo “culpabilidade”, sendo esta índice geral da pena-base.²³

Nesse aspecto, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que a culpabilidade abarca os demais elementos constantes no *caput* do art. 59, que refletem o grau de culpabilidade do agente, ao avaliar os motivos que o levaram à prática do fato, bem como das circunstâncias e consequências do delito, entre outros, que servirão de limite à pena.²⁴

Não obstante a certa aceitação do elemento culpabilidade estar estabelecido entre os critérios da pena-base, a doutrina especializada, a exemplo de Juarez Cirino dos Santos, traça críticas a isso. O autor demonstra a atecnia do termo culpabilidade encontrar-se entre as circunstâncias judiciais, pois tal elemento, para a doutrina majoritária, não é mero elemento informador da reprovabilidade do agente, mas o próprio juízo de reprovação da conduta, conforme demonstra a teoria do fato punível.²⁵

Essa impropriedade metodológica, ao considerar ao mesmo tempo a culpabilidade como elemento do crime e circunstância ensejadora do juízo informador de reprovabilidade da pena-base, advém do desconhecimento do legislador de que o objeto da censura é a atitude do agente.²⁶

²¹BRASIL. **Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984**. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF: Câmara dos Deputados.

²²REALE JR., Miguel, *et al.* **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 160.

²³CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 349.

²⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 830.

²⁵SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 569.

²⁶SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 568.

Desse modo, mesmo sob críticas da doutrina especializada, o legislador ratificou a incidência da culpabilidade também como critério da aplicação da pena-base. Diante disso, têm-se a culpabilidade como circunstância judicial, a qual atua como quantidade de reprovação do agente na dosagem da pena criminal, ou atuará como circunstância judicial na avaliação do grau de reprovabilidade do agente.²⁷

Entrementes, há ainda quem defenda que a culpabilidade encontra-se como elemento ou pressuposto da pena²⁸, devendo ali ser analisado a reprovação da vontade do agente, ao considerar os elementos, por muitos estudados na teoria do fato punível, da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.²⁹ Outros, ainda, consideram que neste critério deve-se analisar o grau de dolo ou culpa do agente na prática da conduta.³⁰

Com a devida vênia aos autores, a culpabilidade deve ser vista em dois âmbitos, um como integrante da teoria do fato punível³¹, e outro como pressuposto da aplicação de pena. Neste, aponta-se, deve ser analisado não o grau de reprovabilidade do autor, mas a reprovabilidade do resultado derivado da conduta do agente.³²

²⁷CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 350.

²⁸"A culpabilidade é [...] a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente." (CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal 1: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323).

²⁹BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 513.

³⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal 1: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 478.

³¹A teoria do fato punível, integrada por fato típico, antijurídico e culpável, é provenientes de um nível de abstração, produto mais teórico do que propriamente prático, atuando como instituto jurídico que busca conciliar lei e realidade, isto é, o fato concreto e a lei. Ou seja, para Hassemer "ela é muito mais uma coletânea de indicações metódicas de procedimento do que uma coletânea de regras materiais de decisão". (**Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editora safE, 2005. p. 275). Na mesma toada, Zaffaroni ensina que "[é] claro que este 'conceito jurídico de delito' nada mais é que a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso." (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010. p. 247.).

³²"A fixação da pena é o marco principal de todo o processo penal, onde se encontram entrelaçadas as garantias da análise crítica das provas, obtidas com apoio nos direitos fundamentais, a valorização do bem jurídico protegido, contido no tipo penal, e a finalidade de reprovação, ou censura da conduta, que causou o dano social relevante". (CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 152. Grifo nosso).

Assim, tem-se que a culpabilidade, como circunstância judicial, é a análise do juiz, considerando a reprovabilidade da conduta do agente no caso concreto, a qual pode ser maior ou menor, a depender do grau de lesão ao bem jurídico tutelado, atendendo ao pressuposto do direito penal do fato e, não mais, do autor.

2.2.2 Antecedentes

Os antecedentes, em sentido amplo, podem ser conceituados como qualquer prática criminosa antecedente à nova condenação, praticada pelo agente, que retiram o caráter de primário³³, registrada formalmente no âmbito penal. Isto é, inquéritos policiais, queixa-crime, denúncias em andamentos, bem como condenações criminais que não geram reincidência seriam consideradas como antecedentes criminais.³⁴

De outro norte, *mutatis mutandis*, esclarece Santos que os antecedentes são circunstâncias anteriores ao fato imputado, importando em indicadores negativos ou positivos da vida pregressa da pessoa, dando azo a um aumento ou diminuição da pena-base, servindo como vetor valorativo e de influência do magistrado.^{35 36}

Vale ressaltar que a doutrina tradicional leciona que os inquéritos em curso, denúncias, queixas-crime, absolvições por insuficiência de provas ou por prescrição, entre outras formas, poderiam ser levadas a exasperar a pena-base como antecedentes.³⁷ Por outro lado, a doutrina crítica, à luz do princípio da presunção de inocência³⁸, entende que somente condenações com trânsito em julgado, as quais não geram reincidência, podem ser consideradas como antecedentes.³⁹

³³BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 202.

³⁴CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 358.

³⁵SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 571.

³⁶Não é outro o entendimento de Aguiar Jr, para quem “os antecedentes são os fatos registrados sobre o comportamento anterior do réu, integram a sua história de vida e já não podem ser modificados, apenas conhecidos e avaliados, sempre na perspectiva do crime que está em julgamento.” (AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Aplicação da Pena**. 5.ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 70) e de Prado, que leciona: “os antecedentes, que são os fatos anteriores da vida do agente, positivos ou negativos;” (PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 230).

³⁷Cf. NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 1º volume: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1972.

³⁸Cf. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

³⁹SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 571.

A última posição prosperou nos Tribunais Superiores, sendo, inclusive, editada a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”⁴⁰.

Nada obstante aos entendimentos citados, clamam alguns por uma visão contemporânea dos antecedentes criminais à luz da Constituição Federal e do direito penal do fato. Isso posto, seria imprescindível que mesmo a interpretação crítica fosse revista, impedindo o uso de condenações criminais transitadas em julgada para valoração da pena-base, uma vez que isso seria dupla valoração de uma mesma conduta, sendo que a primeira já foi sancionada com a devida proporcionalidade.⁴¹

Nessa senda, usar outro fato delituoso, mesmo que transitado em julgado, seria valorar uma mesma conduta duas vezes para punir o réu, formando uma condição eterna de estigmatização, carregando junto a si, e pelo restante da vida, uma valoração negativa de sua conduta, indo de encontro ao fenômeno ressocializador e a vedação da dupla punição, esculpidos no ordenamento pátrio.^{42 43}

2.2.3 Personalidade

A psiquiatria e a psicologia não apontam um conceito uníssono de personalidade, bem como há ausência de uma metodologia consensual de análise⁴⁴,

⁴⁰CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 359.

⁴¹“A valoração histórica do acusado, da forma com que se estabeleceu no ordenamento jurídico pátrio, cria um mecanismo incontrolável do arbítrio judicial, pois tende a (pré) determinar juízos de condenação – geralmente, chegando o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência de decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu [...]”. (CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 51)

⁴²Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴³“Quando o discurso jurídico-penal pretende legitimar a sanção ao homem pelo que é e não pelo que fez, quebra um princípio fundamental do direito penal de garantias, que é a intangibilidade da consciência moral da pessoa, sustentada com a mesma ênfase através de argumentos racionais e religiosos: trata-se de uma regra laica fundamental do Estado de Direito [...]”. (ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Reincidência: um conceito do direito penal autoritário**. Livro de Estudos Jurídicos nº 3, I EJ, 1991. p. 57). E, ainda, “el registro de la condena una vez cumplida y su relevancia potencial futura, colocan al condenado que cumplió sua condena en inferioridad de condiciones frente al resto de la población, tanto jurídica como fácticamente. La gravación de la pena del segundo delito es difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre” (ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina** - Informe final do programa de investigação do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 89).

⁴⁴CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 370.

gerando, desse modo, grande instabilidade na interpretação dessa circunstância judicial, em razão de o direito usar, de maneira multidisciplinar, conceitos de outras áreas, as quais, neste caso, encontram-se em dissonância científica.⁴⁵

Nessa perspectiva, utilizando-se dos ensinamentos de Zimerman⁴⁶, apesar de não sedimentado de forma pacífica no âmbito dos estudos da personalidade, pode-se conceituar a personalidade como uma variável individual de cada ser humano, composta por traços de características frequentes à pessoa, ligados a sua forma de comportamento, bem como por suas interações dos estados de ânimo do indivíduo, de suas atitudes, seus motivos e suas maneiras, dando azo a diferentes formas de respostas perante as mesmas situações.

Por outro lado, a interpretação de parte da doutrina e da jurisprudência penal pátria é de que a personalidade do réu deve ser vista e baseada na periculosidade, revivendo-se, dessa maneira, o modelo criminológico ortodoxo ou positivista⁴⁷, corolário do direito penal do autor.

Desse modo é imprescindível a compreensão do que seria periculosidade⁴⁸. Na lição de Álvaro Mayrink, com fulcro na Jurisprudência do Tribunal Supremo Alemão, periculosidade é a probabilidade de que o agente volte a repetir os atos que contrariem a legislação, ofendendo, novamente, os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.⁴⁹

Em que pese esse conceito tornar-se popularmente conhecido somente no século XIX, dado aos estudos da criminologia positivista, ele foi cunhado e muito utilizado pelas teorias “demonológicas” durante a Idade Média, para legitimar as caças às bruxas e o uso de meios cruéis durante a “Santa Inquisição”.⁵⁰

⁴⁵SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 573.

⁴⁶ZIMERMAN, David Epelbaum. **Psicanálise em Perguntas e Respostas. Verdades, Mitos e Tabus**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

⁴⁷CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 370.

⁴⁸Periculosidade é “um juízo de probabilidade que se forma diante de certos indícios. Trata-se de juízo empírico formulado, e, portanto, sujeito a graves erros”. (FRAGOSO *Apud* CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 523.

⁴⁹COSTA, Álvaro Mayrink da. Medida de segurança. In: RIBEIRO, Bruno de Moraes; LIMA, Marcellus Polastri (Coords.). **Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.14.

⁵⁰“Si pensamos en la peligrosidad, lejos de creer que fue una creación del positivismo del siglo XIX, lo cierto es que fue la teoría de los demonólogos, como también debemos reconocer o asumir que ellos fueron los primeros criminólogos de la criminología etiológica, incluso con base biológica, como lo muestra la lectura de su síntesis en el Martillo de las Brujas de Krämer o de Sprenger y Krämer”. (ZAFFARONI, Eugênio R.; CROXATTO, Guido L. Friedrich Spee: de la caza de brujas al moderno derecho penal. **Revista pensar en derecho**.

No ordenamento pátrio serve como consequência valorativa da primeira fase da fixação da sanção criminal, não obstante as críticas que emanam sobre ela. Entre as críticas, cite-se a de Fragoso, há dificuldades na análise do que é periculosidade e se esta influenciou ou não no momento do fato, uma vez que a ação humana se divide em uma parte racional ou intelectual e outra na qual se opera a decisão da vontade.⁵¹

Desse modo, o perito poderá provar o estado no qual se encontrava o agente por meio da análise de fundo biológico, isto é, se há ou não alteração em seu psiquismo, se o agente é ou não portador de uma doença mental. Entretanto, não conseguirá demonstrar se isso influenciou ou não no momento da ação e se influenciará ou não em questões futuras.⁵²

No mais, é imprescindível que o operador do direito entenda que os instrumentos de avaliação da personalidade são resultados de possibilidades futuras e incertas, e não diagnósticos, em razão da grande margem de erros.⁵³

À vista disso, um conceito tão controverso como a personalidade, principalmente em sua vertente da periculosidade, deve ser extirpada do ordenamento penal, uma vez que não é dado ao juiz a possibilidade de avaliar o intelecto do réu, o que transcende a legitimidade do direito penal. Isso porque o juiz não possui capacidade para tal e porque há falta de consenso científico quanto a sua avaliação.⁵⁴

2.2.4 Conduta Social

Depreende-se da doutrina pátria que a conduta social são as circunstâncias pelas quais o réu é reconhecido socialmente, a dizer, sua vida em sociedade, seu papel na família e na comunidade que podem abonar ou desabonar sua conduta.⁵⁵

Por isso, em prol da realização do direito penal do fato, exige-se uma reanálise dessa circunstância judicial, nos termos da doutrina crítica, a qual leciona que a conduta social só poderá ser valorada em benefício do réu.

⁵¹FRAGOSO Apud CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 523.

⁵²FRAGOSO Apud CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 523.

⁵³FREITAS, Ana Carla Pinheiro; MACIEL, José Fabio Rodrigues; e PINHEIRO, Carla. **Manual de Psicologia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

⁵⁴“Un peligro también inherente a esta desformalización es la tendencia a las leyes indeterminadas, utilizando conceptos vagos o dejando en la penumbra los límites entre criminalización y descriminalización.” (HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 22)

⁵⁵SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 572.

Já, de outro norte, ao valorar a conduta social em desfavor do réu, se estaria adentrando em um campo nebuloso, julgando o livro pela capa e não por seu conteúdo, o que é vedado pela Constituição Federal, uma vez que a função do direito penal é tutelar bens jurídicos, sancionando condutas e não formas de vida em sociedade.

Dito isso, entende-se que essa circunstância judicial não foi recepcionada pelo ordenamento vigente, devendo, desse modo, ser extirpada da valoração judicial.

2.2.5 Motivos

Os motivos são os estímulos internos que levaram o agente ao cometimento do delito, conferindo qualidade negativa ou positiva à conduta, devendo ser valorados na fixação da pena-base.⁵⁶

Assim, pode-se conceituar os motivos como as razões íntimas do agente que o impulsionam ou estimulam na prática do crime, estando diretamente ligados à conduta⁵⁷, correspondendo aos porquês de sua realização. E serão analisadas como circunstâncias judiciais se não integrarem a própria tipificação do delito⁵⁸, ou não caracterizem uma circunstância qualificadora, agravante ou majorante da pena, evitando, desse modo, o *bis in idem*.⁵⁹

Neste ponto, impende sobrelevar que os motivos são, junto à culpabilidade, os únicos elementos ligados ao fato, e não tão só ao agente, estando em consonância com o que hoje chamamos de direito penal constitucional.

Isto posto, é imperioso reconhecer sua recepção pelo ordenamento jurídico pátrio, dado sua relação intrínseca ao direito penal do fato, defendido no presente trabalho, dispensando, assim, maiores digressões sobre o tema.

3 CONCLUSÃO

Ao que se nota dos fundamentos expressos neste trabalho, as circunstâncias judiciais ligadas ao agente, especialmente os antecedentes, personalidade e conduta

⁵⁶SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 574.

⁵⁷SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2013. p. 133

⁵⁸CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 490-491.

⁵⁹CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2014. p. 38.

social, ainda estão ligadas aos pressupostos sancionatórios do direito penal do autor, mascarando-se no ordenamento jurídico como circunstâncias judiciais de valoração da pena-base, apoiadas por uma doutrina que dá a elas uma interpretação que busca ocultar os verdadeiros interesses destes pressupostos penalizadores, qual seja, sancionar o réu por seu modo de vida e por ser quem é, esquecendo-se de que se julga a conduta e não a pessoa intrinsecamente considerada.

Ainda, impende salientar que o ordenamento penal pátrio adotou como premissa o direito penal do fato, afastando-se da filosofia jurídica que ligava a sanção criminal ao autor – no qual a valoração judicial recaía sobre a conduta pregressa e até sobre o estado de espírito do réu, dando azo ao arbítrio e incertezas jurídicas. Hoje, pune-se o autor pelo fato ocorrido, conforme descrito e provado pelo órgão acusador, e não mais por quem é ou quem foi no passado.

Entrementes, enquanto os antecedentes, conduta social e personalidade do agente continuarem a ser valorados como circunstâncias de exasperação da pena-base, estar-se-á, implicitamente, julgando de encontro aos dizeres constitucionais.

Salienta-se que o Código Penal é o resultado de um progresso contínuo, com sua gênese durante um Estado Totalitário, o qual teve grande influência do Código Italiano e Alemão, o ápice da afronta à dignidade da pessoa humana, sancionando os seres humanos classificados como “inimigas da comunidade”⁶⁰, em um exemplo horrendo do direito penal do autor, o qual chegou ao Brasil.

Posto isso, depreende-se a necessidade de o artigo 59, *caput*, do Código Penal, principalmente no que toca ao agente do fato delituoso, ter uma releitura interpretativa e dogmática, dado a não recepção – não obstante os posicionamentos contrários – de algumas das circunstâncias judiciais, entre elas os antecedentes, a personalidade e a conduta social, pelo ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Aplicação da Pena**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁰Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 27. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984**. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acessado em: 22/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **31 anos de ciência e consciência constitucionais**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. E-Book.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70000907659**. 6ª Câmara Criminal. Relator Des. Sylvio Baptista Neto, j. 15.6.2000. Disponível em: <encurtador.com.br/jmrEQ>. Acesso em: 24/06/2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal 1: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

_____. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Medida de segurança**. In: RIBEIRO, Bruno de Moraes; LIMA, Marcellus Polastri (Coords.). Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Ana Carla Pinheiro; MACIEL, José Fabio Rodrigues; e PINHEIRO, Carla. **Manual de Psicologia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

GUNTHER, Klaus. **O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 1052-1077, dez. 2017. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/vkMmjLynrXMm53MT6cy9CZs/?lang=pt>>. Acesso em: 10.07.2021

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editora safE, 2005.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valencia Tirant lo blanch, 2003.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 1º volume: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1972.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JR., Miguel, *et al.* **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: IBCP - Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Reincidência:** um conceito do direito penal autoritário. Livro de Estudos Jurídicos nº 3, I EJ, 1991.

_____. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina:** Informe final do programa de investigação do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Buenos Aires: Depalma, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio R.; CROXATTO, Guido L. **Friedrich Spee:** de la caza de brujas al moderno derecho penal. Revista pensar en derecho. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/11/friedrich-spee-de-la-caza-de-brujas-al-moderno-derecho-penal.pdf>>. Acesso em: 11/07/2021.

_____. **Friedrich Spee:** El Primer Criminólogo Crítico. Lecciones y Ensayos, Nro. 102, 2019. p. 313-354.

ZIMERMAN, David Epelbaum. **Manual de Técnica Psicanalítica:** Uma revisão. Porto Alegre: Artmed, 2004.

_____. **Psicanálise em Perguntas e Respostas:** Verdades, Mitos e Tabus. Porto Alegre: Artmed, 2005.