

# A PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA

CAROLINA CORREIA DE LIMA SANTOS<sup>1</sup> & JAQUELINE SILVA<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Graduada em Direito, krolkorreia@hotmail.com.br

<sup>2</sup>Professora do Curso de Direito, oliveirasjaqueline@yahoo.com.br

---

*Caderno Saberes, n. 7, 2021*

**RESUMO** - Este trabalho buscou realizar um estudo acerca da personalidade como circunstância judicial. Objetivou demonstrar e compreender como se dá tal circunstância na aplicação da pena e apresentar uma crítica quanto a forma de aplicação. O trabalho apresentou também, um questionamento quanto a possibilidade de verificação desta moduladora no processo de dosimetria da pena. O marco teórico foi o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli (2002), apresentado em seu livro “Direito e Razão”, em que trata o Direito Penal, com o grau máximo de tutelas, protegendo, assim, aos bens indisponíveis. Como resultado da pesquisa, foi possível concluir que a personalidade é uma tangente subjetiva de caráter individual e pessoal, de tamanha complexidade, e que auferir ou dosar tal circunstância é impossível, e que apesar de tal circunstância estar presente no ordenamento jurídico em seu artigo 59 do código Penal Brasileiro, tal instrumento deveria ser revisto.

**Palavras-chaves:** Aplicação da Pena. Garantismo Penal. Personalidade.

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal é considerado a *última ratio*, isto quer dizer que o Direito Penal deve ser acionado como o último instrumento no âmbito da responsabilização, ou seja, na resolução de conflitos. Antes de recorrer a ele deve-se dar preferência a outras formas de solução da lide. (BITENCOURT, 2013)

O Direito, de forma geral, é uma disciplina extremamente ampla que está em constante construção e o Direito Penal como ramificação desse Direito maior também sofre com essas interferências, ou seja, é uma matéria que está ligada à cultura, à sociologia, à antropologia e inclusive ao que se entende por moral (CARVALHO, 2001).

O nosso sistema penal atual é regido por um modelo garantista, que busca eliminar movimentos com elementos

fascistas, partindo do pressuposto de que a distinção entre “os criminosos” oriunda da Teoria do Direito Penal do inimigo já se encontra superada

O autor Prado (2013), diz que uma das finalidades do direito penal é manter a paz social e tutelar os bens indisponíveis. Contudo, o Direito Penal não pode executar esta finalidade a qualquer custo, é necessário que exista no seu escopo garantias constitucionais que prezem pelo contraditório e pela ampla defesa, limitando assim o poder do Estado de punir, tendo em vista a imprescindibilidade da devida fundamentação, sanadora de quaisquer dúvidas, quando na aplicação de qualquer pena.

Dessa forma, se a personalidade é tratada como circunstância judicial sendo um elemento subjetivo e individual, como pode ser uma qualificadora e quantificadora no momento da aplicação da pena? Tal

circunstância parece ser um instrumento do Direito Penal do Inimigo ao instrumento do Direito Penal Garantista. Dessa forma, é passível a discussão da inconstitucionalidade desta circunstância no ordenamento penal, sendo este o ponto de partida para esta pesquisa.

## MATERIAL & MÉTODOS

Todo trabalho se deu em uma pesquisa pura descritiva, em busca de analisar o tema sob a luz das doutrinas e os estudos de casos através das decisões Jurisprudências. Foi feito também interpretações em relação ao texto da lei, em que encontra como principal artigo, o 59 do CPB. Nesse diapasão, é notório que Luigi Ferrajoli foi o autor chave para embasar todo o trabalho, uma vez que sua teoria do Garantismo Penal, defende que: O garantismo deve ser entendido como uma teoria capaz de proporcionar redefinições no contexto jurídico, por que ele traz à tona a responsabilidade ética do profissional do direito. O direito, à luz do garantismo, deixa de ser um conjunto de leis a serem aplicadas e dá consonância às demandas apresentadas pela sociedade

No que atine à questão da personalidade, bem como suas tangentes, destacam-se os autores Amilton Bueno de Carvalho, Salo de Carvalho, Fernanda da Rosa Cristino, Joelíria Vey de Castro, Nuno Jorge Mesquita Baptista, Ana Luiza Gonçalves, Elaine Lima Marques Souza, Helany da Costa Sá e Lisbeth Pereira Bezerra.

Além dos autores mencionados, para dar maior completude quanto ao que trata de princípios constitucionais e o Direito penal como o todo, foi citado parte das obras dos autores: Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci,

Ismair Roberto Polini, Luiz Regis Prado e Douglas Fischer.

## RESULTADOS & DISCUSSÃO

Segundo Bitencourt (2013, p. 36), “O Direito Penal apresenta-se, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes: penas e medidas de segurança”. Contudo, o direito penal não se resume apenas nestes dois pontos, tem indiretamente a função de prevenção, para que não se cometa novos delitos penais, tem a finalidade de harmonizar e preservar as relações sociais e jurídicas, para que aconteçam de forma pacífica.

O Direito, além de compor suas características de tutelar as relações sociais, e ter em seu caráter a função de fragmentar a visão do Direito sobre a ótica de um Estado Democrático de Direito, deve ser capaz de conceber e assegurar princípios constitucionais.

Conforme expresso no artigo 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei independente de sua natureza ou credo, garantindo a todos, liberdade, igualdade e segurança. Isso assegura a certeza de uma isonomia, inclusive no momento de serem responsabilizados. O que está descrito no artigo 5º da Carta Magna, chega como princípios limitadores do poder estatal. Nucci (2008), conceitua princípio como sendo uma ordenança, que acoberta amplamente leis e normas e que têm como principal função, ser base de integração e interpretação, fonte de pesquisa e conhecimento no momento de aplicação do Direito Positivo. Ou seja, princípios são instrumentos externos à lei ou à norma, mas que têm um papel importante, em que visam assegurar direitos do indivíduo, e garantir que este mesmo

indivíduo não gere prejuízo à coletividade. Desse modo, temos como lente o princípio da individualização da pena, em que segundo Bitencourt (2013, p 767):

[...] pelo princípio do livre convencimento estabelece fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto. Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena ; individualização judicial elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.

Nesse aspecto, o autor faz distinção em três esferas: legislativa, judicial e executória. Considerando a individualização judicial na esfera executória, tem-se um aspecto que chamamos de circunstâncias judiciais, que avalia entendimentos como: culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social e outras. São oito circunstâncias judiciais disciplinadas pelo artigo 59 do Código Penal Brasileiro, que recebem essa nomenclatura pelo fato de não terem definições em lei, ficando a cargo do operador do Direito a função de identificá-las e aplicá-las concretamente. Trata-se de circunstâncias do crime e fatores do indivíduo que cometeu ilícito penal, tendo como finalidade a busca pela individualização da pena.

A personalidade é uma das circunstâncias judiciais a ser analisada para

o cálculo da pena base. A problemática quanto à personalidade já se dá no momento da sua definição. Para Boschi<sup>1</sup> (p. 211), citado por Carvalho e Carvalho (2001, p. 46), que:

Definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Por isso, constata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.

Assim, os autores mostram que a tangente da personalidade é bem mais profunda do que aparenta ser. O sentenciador enquanto técnico jurídico, em tese não possui expertise para debruçar sobre como aferir a personalidade do réu, sendo que no momento de modular a sentença, tem que o fazer. Um outro aspecto conflituoso ao se tratar de personalidade é a etimologia da palavra, Carvalho e Carvalho (2001, p.47) fazem a seguinte consideração: “embora a palavra seja usada em vários sentidos, a maioria dos significados populares se encaixam numa descrição da habilidade ou perícia social, do sujeito...”, ou seja, se analisa a grosso modo, suas qualidades ou defeitos. Tal fato ocasiona uma presunção de impressão social criada, o que pode encadear juízo de valor em quem for sentenciar.

Assim sendo, o operador do Direito que faz a análise sobre a personalidade do réu, deveria indicar qual é a teoria em que

<sup>1</sup> Boschi, ob. Cit., p.211.

se baseou, os métodos e os critérios, haja vista que são inúmeras as formas de tratar a significância da personalidade.

É importante ressaltar que a personalidade como uma das moduladoras da pena, não consegue de fato ter seu valor apurado, uma vez que esta circunstância tem como finalidade a análise do agente que cometeu o crime, contudo, tal atitude, é especular a individualização como ser social, é preciso evidenciar que, a pena, a princípio se dá por reprovação do crime, e num segundo momento a consequência da pena é a reprovação do agente que praticou o delito, ou seja, nunca será possível criar um padrão de “ agente” para cada crime tipificado no código. E é exatamente esta ideia que o Estado Democrático de Direito vem reprimir.

O mestre Vlamir Costa Magalhães, explica que o garantismo penal é um movimento jus filosófico, que surgiu na Europa Continental em uma corrente da criminologia crítica, tendo se fortificado na Itália onde começou a vertente sobre a flexibilização do Direito Penal em detrimento ao poder público. O garantismo surgiu como resposta para um momento terrorista da Itália e Espanha, em que o garantismo levanta sua bandeira para o direito à liberdade individual, segurança jurídica, proporcionalidade e limitador do poder normativo e punitivo do estado.

Para Carvalho e Carvalho (2001), o garantismo penal é um instrumento jurídico ideológico com seus pilares fixados no grau máximo de tutela dos direitos, na legislação e confiabilidade do juízo, uma vez que limita o poder de punir do Estado, garantindo que não ocorra violência arbitrária de ordem pública e privada. Neste sentido, o garantismo penal por ser um modelo ideológico de sistema, em realidade, sempre haverá questionamentos quanto a sua eficácia, uma vez que pode

haver interpretações distintas sobre o mesmo ponto de vista.

A personalidade como circunstância judicial à luz do garantismo penal, na aplicação da pena é amplamente verificada, não existe uma decisão que consiga expressar com completude o esperado pelo sistema garantista. Carvalho e Carvalho (2001, p.29) diz:

Em realidade, o sentido da expressão garantia pode ser visualizado desde três acepções. As garantias são, em primeiro lugar, processuais (ou instrumentais), indicando como falsa a interrogação ‘o que é garantia’, visto que a indagação necessária é ‘como se expressam ou como funcionam as garantias’. Outra acepção possível é relativa à sua finalidade, pois será garantista o sistema que viabilize ao máximo o grau de tutela dos direitos fundamentais.

É sob esta ótica que será apresentada a personalidade do agente como circunstância penal. Levando em consideração que o sistema garantista viabiliza o máximo de tutela dos Direitos fundamentais, e que, o que se condena é o crime (fato reprovado socialmente) e não o indivíduo que cometeu tal ato, e que a pena é consequência do ato, neste raciocínio, elevar a pena com fundamento na personalidade do agente, uma vez que já vimos que os juízes não são capazes de aferir precisamente a personalidade de alguém, não seria uma afronta aos direitos fundamentais (NUCCI, 2008).

Na estrutura do sistema acusatório, este adotado até então pelo Direito Penal Brasileiro, sabe-se que todas as hipóteses levantadas em juízo pelas partes e todo o fundamento da decisão judicial devem ser comprovadas, pois se assim não for feito, gerará nulidade da decisão por falta de fundamentação. O critério do art. 59 CPB, a personalidade, por sua natureza, mesmo sob

o sistema acusatório, não apresenta possibilidade de ser verificada, uma vez que a personalidade não é algo palpável que se mensura a qualquer modo.

É de comum acordo que tentar aferir a personalidade é tarefa tormentosa, em maioria o que os sentenciadores expõem como personalidade, nada mais que os desvios morais do indivíduo, na tentativa de formular um grau de periculosidade para o sujeito, o que é incompatível com o atual Estado Democrático de Direito que acolhe a Teoria do Garantismo Penal.

O modo de aferir tal moduladora é de imensa importância, uma vez que este elemento sendo agravado gera a perda da liberdade. Contudo, apesar de ser um modelo garantista o adotado pelo ordenamento Brasileiro, é defeso uma análise superficial, rasa e flutuante de tal circunstância judicial.

Para o Garantismo Penal, uma das primazias desta teoria é a garantia de segurança jurídica em que consta que o sujeito será responsabilizado em virtude dos delitos que cometeu e não pelas características individuais que possui.

Partindo do pressuposto de que é impossível aferir essa moduladora, e mesmo que fosse possível praticar tal ato, à luz do Garantismo Penal, seria ferir princípios indisponíveis. É interferir num plano que é individual e único de cada pessoa, uma vez que a personalidade é formada por um conjunto de processos cognitivos internos e externos, em que para fins de juízo, uma mera análise, nada diz. A doutrina majoritária e o direito penalíssimo tradicional se escoram no princípio da individualização da pena, para a prática de tal análise, o que está sendo aos poucos timidamente afrontado pelo princípio da secularização e tutela máxima de garantias.

Assim, nesta pesquisa, tentou-se demonstrar a possível insegurança jurídica na avaliação de tal moduladora, ao modo que enseja discutir sobre a ponderação da mesma e sua inconstitucionalidade, em que,

se não é possível avaliar a personalidade do agente como circunstâncias judiciais, abre-se precedentes para decisões autocráticas e arbitrárias, o que é contrário à essência do Garantismo Penal de Ferrajoli (2002), modelo este adotado no Brasil.

## CONCLUSÕES

Conclui-se que a personalidade como circunstância judicial é uma moduladora intangível, em que consta elementos indisponíveis e únicos de cada indivíduo, não sendo tarefa fácil aferi-la. E que mesmo se fosse possível fazer tal ato, o que rege precipuamente o nosso ordenamento, vai contrário a tal prática. Contudo, se não é possível desconsiderar tal instrumento jurídico, bom seria tentar ao menos definir um parâmetro, criando um escopo de qual linha seguir, quando o operador do Direito for aferir a personalidade como circunstância.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, v. 1, 2002.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora RT, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**, 4 ed.rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Editora RT, v.1, 2013.