

## O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PELO FATO NA APLICAÇÃO DA PENA

### THE PRINCIPLE OF RESPONSIBILITY FOR THE FACT IN THE APPLICATION OF THE PENALTY

**Josiane Araújo de Oliveira\***, **Letícia Mendes dos Santos\*\***  
**Érica Oliveira Santos Gonçalves\*\*\***

**Resumo:** A proposta criada por esse artigo visa acompanhar todo o caminho trilhado na individualização da pena, quando levados em consideração o princípio da responsabilidade pelo fato do agente e fatores externos como a conduta social e a personalidade do mesmo. Ressaltando assim a importância desse princípio e a forma como ele se entrelaça com outros princípios do direito penal como o da legalidade, isonomia, proporcionalidade, responsabilidade pessoal e princípio da humanidade, para assim obter a aplicação de uma pena justa e necessária.

**Palavras-Chaves:** Princípios; Pena; Responsabilidade; Individualização; Constitucionalidade.

**Abstract:** The proposal created by this article aims to follow the entire path taken in the individualization of the penalty, when taking into account the principle of responsibility for the fact of the agent and external factors such as social conduct and personality. Thus emphasizing the importance of this principle and the way in which it intertwines with other principles of criminal law such as that of legality, equality, proportionality, personal responsibility and the principle of humanity, in order to obtain the application of a just and necessary penalty.

**Keywords:** Principles; Pity; Responsibility; Individualization; Constitutionality.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante do atual cenário brasileiro frente às garantias individuais e a liberdade de um modo geral, muito se discute as formas de julgamento do Estado, seu poder punitivo e a constitucionalidade daquilo que é imposto na legislação. Sendo a liberdade um dos bens mais

\*Aluna do 9º período de Bacharel em Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos FUPAC Teófilo Otoni – MG- email: josiaraujo101@hotmail.com

\*\* Aluna do 9º período de Bacharel em Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos FUPAC Teófilo Otoni – MG- email: letimendes521@gmail.com

\*\*\* Orientadora, Bacharel em direito, especialista em direito processual, advogada, professora de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Presidente Antônio Carlos - Faculdade de Direito de Teófilo Otoni/MG - UNIPAC, email: erica.almenara@gmail.com

preciosos de um indivíduo, os critérios para sua anulação devem ser muito bem analisados, e diante disso põe-se em questionamento se realmente todos são julgados de maneira igualitária ou se o Estado julga alguns de forma mais rigorosa que outros. Quando essa rigorosidade é encontrada em alguns julgamentos devem ser expostas quais foram as circunstâncias para que isso ocorresse e o porquê delas merecerem assim serem julgadas.

Diante disso pergunta-se: existem casos em que o agente é julgado e punido não somente pelo fato cometido e sim pelas suas características pessoais? Por exemplo, são levados em consideração fatores como o da reincidência, antecedentes, personalidade e conduta social fazendo com que o agente seja punido de forma mais grave pelo seu histórico, e não apenas pelo seu crime? Diante dessas situações levantadas o presente artigo busca ressaltar a importância do princípio da responsabilidade pelo fato, mais concretamente a sua aplicação no processo da individualização da pena.

Inicialmente foi abordada a Teoria do Crime e da Pena e seus respectivos conceitos para melhor entendimento desses institutos. Logo após foram citados alguns princípios do direito penal, dentre eles o princípio da responsabilidade pelo fato e o da individualização da pena e a interferência de alguns fatores diante dessa individualização.

É de fundamental importância compreender como os princípios do direito penal garantem que os direitos individuais do autor prevaleçam quanto à limitação do poder punitivo do Estado, trazendo para a pena um caráter justo e proporcional e afastando sua forma vingativa e de excesso.

Manter a paz social vai além de estabelecer regras para a sociedade, é aceitar que cada indivíduo possui sua própria maneira de agir e pensar, e que muitas vezes o meio em que ele vive proporciona desigualdades de oportunidades e outros preconceitos de um modo geral, tema que deve ser muito estudado e discutido pelos juristas, porém o objetivo desse artigo se limita em analisar quanto ao momento da aplicação da pena, aquilo que é respeitado e levado em consideração quanto ao agente do crime.

Defende-se que o agente deve ser julgado somente pelo fato cometido, não pelo que ele é, ou ainda como vemos em diversos crimes como a comoção social e a interferência da mídia pré-julga um condenado, tema que também ainda é motivo de muita discussão. Aqui analisamos institutos como o da conduta social e a personalidade do agente e como esses devem ser declarados inconstitucionais frente ao princípio da responsabilidade pelo fato.

Por fim foi apresentada a relação desses princípios penais e a aplicação da pena segundo a legislação brasileira.

## 2 TEORIA DO CRIME E DA PENA

O Direito Penal visa à proteção dos bens jurídicos que a sociedade entende como fundamentais, como a vida, a integridade física e mental, a honra, o patrimônio, a paz pública, entre outros. Para isso reúne normas jurídicas, com as quais o Estado estabelece as condutas ilegais e as sanções penais que essas condutas incorrerão ao agente. Reúne ainda princípios e pressupostos para as medidas de segurança e as aplicações das penas, não podendo assim, o Estado determinar de forma arbitrária o que é ilícito ou não, e nem as suas sanções penais.

Na legislação penal existe a definição dos fatos graves assim como as penas e medidas de segurança para os infratores das normas. Nesse sentido, crime é definido como os fatos graves que atingem os bens jurídicos tutelados pelas normas, cometidos por um agente transgressor, e pena se caracteriza pelas sanções determinadas pelo Estado ao agente.

### 2.1 Conceito de Crime

O conceito de crime vai além do conceito remoto e automático dado por nossa mente, ele aborda critérios formais, materiais e analíticos, sendo um conceito essencialmente jurídico, vejamos:

**Formal:** Está presente na norma de direito, assim, a ilegalidade da conduta se encontra na contradição à norma. Explora-se o crime partindo-se da lei, ou seja, para se praticar um crime, formalmente, o agente precisa realizar a conduta descrita na lei pelo legislador, violando desse modo a correspondente norma penal (GOMES; MOLINA; CUNHA, 2009, p. 126). Sendo assim a lei é o instrumento norteador e padronizador.

**Material:** Estabelece se determinada ação ou omissão humana, é considerada criminosa ou não, quais as lesões ou a exposição de perigo que causa nos bens jurídicos protegidos e a relevância do possível mal produzido. Para Gomes, Molina e Cunha (2009, p.127) conceito material de crime [...] realça seu aspecto danoso (sua danosidade social) e o descreve como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Crime, portanto, seria, o fato humano lesivo ou perigoso (ofensivo) a um interesse relevante.

**Analítico:** Estabelece os elementos estruturais do crime, tratando-se de uma decomposição didática, e sob esse prisma o crime é fato típico e ilícito. Capez (2011, p. 134) também explica que a finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre

a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas.

A Teoria do Crime está intimamente ligada com a Teoria da Pena, tendo em vista institutos comuns como da culpabilidade.

## **2.2 Conceito de Pena**

Pena é a medida determinada pelo Estado, ao autor da infração de um ato típico, ilícito e culpável, sendo esse o modo utilizado pelo Estado para retribuir o mal injusto causado pelo transgressor, prevenir novas violações, como também buscar a readaptação social. (JESUS, 2011, p. 563).

Conceitualmente, Fernando Capez expõe a seguinte definição de pena:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2003, p. 332).

A julgar pela conceituação de Fernando Capez, temos que pena é uma restrição de um bem jurídico, que busca retribuição punitiva, readaptação social do autor e evitar novos delitos.

## **2.3 Finalidade da Pena**

### **a) Teoria absoluta ou da retribuição**

A finalidade da teoria absoluta é de forma simplificada retribuir o mal injusto, com o mal justo, estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico.

Luigi Ferrajoli ensina que:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’ ‘reação’, ‘reparação’, ou ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que

consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos (FERRAJOLI, 2002).

Desse modo, percebe-se que a Teoria absoluta busca “castigar” o autor do crime, reparando ou até mesmo retribuindo o mal causado.

b) Teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção

Essa teoria consiste em prevenir, contendo a prevenção especial e a geral. A prevenção especial basicamente é a readaptação do criminoso perante a sociedade na pretensão que o mesmo não volte a cometer atos ilícitos. Já a prevenção geral é a intimidação do ambiente social, tendo como objetivo coagir as pessoas psicologicamente para que elas não cometam crimes por receio da punição (SILVA, 2002, p.35).

c) Teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória

A teoria mista traz que a pena possui duas funções, a função de retribuir o mal injusto ao condenado pelo delito cometido e prevenir que novos delitos ocorram, tendo em vista, que a prevenção não anula a retributividade (SILVA, 2002, p.35).

De acordo com o Código Penal Brasileiro, o Brasil adota a teoria mista, pois em seu artigo 59 demonstra que o mesmo será aplicado de modo que estabeleça a reprovação e também a prevenção do crime, sendo assim, o agente será punido e servirá de exemplo para comunidade, para que desse modo possa efetivar a prevenção do crime.

**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 (BRASIL, CP, 1940).

Desse modo, a pena terá a incumbência de evitar o crime, tanto por readaptação, quanto por intimidação da coletividade.

### **3 RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PELO FATO E DEMAIS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL**

É de fundamental importância compreender como os princípios do direito penal estão presentes na elaboração de institutos, jurisprudências, normas e julgamentos processuais, sendo extremamente necessário para a compreensão do próprio direito penal.

Ao julgar um fato e por consequência julgar a conduta praticada por alguém, o juiz tem esses princípios como base para orientá-lo e para limitar o poder de punir do Estado frente às garantias cidadãs.

Analisando os princípios vemos como cada um se relaciona ora com os objetivos do direito penal, com o fato praticado, com o agente e com a pena a ser aplicada. Os princípios separados a seguir estão intimamente ligados ao Princípio da Responsabilidade pelo Fato e às quatro vertentes mencionadas anteriormente.

### **3.1 Princípio da Responsabilidade pelo Fato**

Masson (2013) define que segundo esse princípio os crimes penais devem definir o feito (direito penal do fato), e não caracterizar de forma reducionista o autor (direito penal do autor). E no certame desse artigo defende-se que institutos como o da conduta social ou ainda a personalidade do agente não deveria ser norte para aplicar a pena de um indivíduo diante das garantias das liberdades individuais.

Zaffaroni e Pierangeli ensinam que:

Um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997).

Desse modo, o princípio penal do fato traz que não há crime senão houver ao menos um perigo concreto, efetivo, real e comprovado a lesão a o bem jurídico.

De acordo com Roxin, um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado de Direito liberal se inclinará sempre em direção a um Direito penal do fato (ROXIN, 1997. p. 177). Sendo um Estado democrático de Direito, nosso ordenamento jurídico deve sempre buscar garantir os princípios da Constituição Federal (CF), desse modo respeitar a individualidade do ser, julgando o fato em si e não autor.

### **3.2 Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade trata-se de uma limitação real do poder estatal de interferir no rol de liberdades individuais. Tal princípio encontra-se previsto nos art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, art. 1º, do Código Penal e art. 9º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O artigo 1º do Código Penal diz que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Segundo corrente adotada pelo Brasil, o princípio da legalidade é, portanto, a junção do princípio da reserva legal com o princípio da anterioridade (BRASIL, CP, 1940).

Assim como o princípio da legalidade, a responsabilidade pelo fato é tratada dentro do direito penal no rol do fato praticado pelo agente, ou seja, na materialidade. O Estado só pode incriminar condutas ilícitas exteriorizadas, a conduta voluntária do agente. Sendo assim pune-se o agente pelo que ele fez, e não pelo que ele é. O próprio CP em seu art. 1º dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina e nem existe pena sem prévia cominação legal (BRASIL, CP, 1940).

### **3.3 Princípio da Isonomia/ Igualdade**

O princípio da isonomia ensina que os iguais devem ser tratados de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. Ao aplicar a isonomia é possível assim obter a igualdade. Temos, portanto, por igualdade o tratamento dado de maneira igualitária frente à legislação e, por isonomia, a compensação feita diante das desigualdades materiais, ou ainda como parte da doutrina entende a igualdade seria subdividida em uma maneira formal e outra material, como afirma Pedro Lenza (2009, p.679) ao dizer que se deve buscar não somente a aparente igualdade formal que diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, mas, principalmente deve-se buscar também a igualdade material que diz que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O princípio da igualdade pode ser encontrado no art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969): Todas as pessoas são iguais perante a lei.

Em relação à aplicação da lei penal no Brasil, observa-se que o princípio da igualdade é o mais violado dentre os outros. Fernando Capez explica que:

As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. Na execução penal e no processo penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio favor rei, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva (CAPEZ, 2008).

A desigualdade, principalmente nas classes econômicas, faz com que parte dos réus sejam julgados de forma prejudicada, enquanto outros, com melhor poder aquisitivo conseguem obter vantagens. A seletividade atinge a camada da população mais frágil, com estereótipos criados pela sociedade: pobres, negros, moradores de periferias, ex-detentos, etc. O que traz vários questionamentos: Será que todos são realmente iguais perante a lei? É justo alguém ser julgado por aquilo que ele é?

### **3.4 Princípio da Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade faz parte dos princípios norteadores da pena na sua individualização. Adota que a pena deve ser proporcional à gravidade do fato, ao fim que se pretende alcançar com a aplicação da pena, proporcional também à prevenção especial e à retribuição.

Explica o jurista Damásio de Jesus:

Chamado também princípio da proibição de excesso, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena” (JESUS, 2011).

Assim, busca-se a aplicação de uma pena justa, sem excesso, capaz de inibir as condutas ilegais, que seja livre de pré-julgamentos, que julgue o mal produzido de acordo com sua relevância e não o autor do fato.

### **3.5 Princípio da Humanidade**

Com esse princípio o direito penal busca garantir o bem-estar de toda coletividade, incluindo aqueles que foram condenados. Segundo Damásio de Jesus (2011) O réu deve ser tratado como pessoa humana assim como prevê a Constituição Federal.

A relação desse princípio com a responsabilidade pelo fato encontra-se na sua perspectiva garantista, buscando uma aplicação de pena comprometida, visando em como a sociedade irá receber o réu após a execução, e como será sua reinserção. Humanizar a pena é, portanto, enxergar o apenado por detrás do crime cometido.

### **3.6 Princípio da Pessoalidade ou Intransmissibilidade da Pena**

Trata-se da responsabilidade pessoal do agente do fato. Consoante esse princípio, a pena não pode passar da pessoa do condenado, devendo-se proibir o castigo pelo fato de outrem. Encontra-se previsto no art. 5º, XLV, CF:

Art. 5, XLV - Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (BRASIL, 1988).

Em razão do princípio da responsabilidade pessoal, surgiu a individualização da pena.

### **3.7 Princípio da Individualização da pena**

Previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...). (BRASIL, 1988)

O artigo 34 do Código Penal fundamenta: “Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução” (BRASIL, 1940).

Esse princípio garante uma pena individualizada ao autor, no que tange a condenação do processo penal, levando em consideração as particularidades que serão utilizadas em cada caso.

O princípio da individualização da pena quando aplicado se divide em três fases conforme reconhece a doutrina, momentos que se interligam e complementam:

A primeira fase é nomeada de “fase in abstrato”, nesta fase o legislador aplica este princípio para elaborar o tipo penal incriminador, com o intuito de estabelecer a pena em abstrato, em escala mínima e máxima na qual poderá ser aplicada ao caso concreto, assim explica Silva (2012, p. 144) sobre esse momento: “[...] o legislador deve cominar aos delitos penas proporcionais, que sejam coerentes com a gravidade do injusto penal”.

Dessa forma, junto ao legislador, para criação das leis penais, ocorre a participação democrática e diante disso busca-se a proporcionalidade.

Na segunda fase o magistrado fará a aplicação do tipo penal à infração cometida pelo autor, observando qual pena se enquadra melhor, haja vista que será levada em consideração as características pessoais de cada autor. Sobre esse assunto ensina Luisi:

[...] tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstos na lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para cada tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução (LUISI, 1991).

A terceira fase se refere à aplicação da sanção, é a etapa em que o juiz determina a execução específica da sanção imposta, também chamada de individualização executória. Segundo Nogueira, (1994, p. 3) “a execução é a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada adianta a condenação sem que haja a execução da pena imposta”. Busca-se o cumprimento da pena de forma que a sentença seja efetivada, mas que sejam respeitadas as garantias do condenado como o respeito à sua integridade física e mental.

## **4 A INTERFERÊNCIA DE FATORES EXTERNOS COMO A CONDUTA SOCIAL E A PERSONALIDADE DO AGENTE NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Como ressaltada anteriormente, importância do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal está na consagração de que o juiz deve respeitar os limites impostos pela legislação ao estabelecer uma pena (BRASIL, 1988). Dessa forma, para cada indivíduo é criada uma sanção individualizada, customizada e justa.

A esse poder confiado ao juiz de aplicar a pena, damos o nome de poder discricionário, o que quer dizer que não é totalmente livre, opõe-se à arbitrariedade que torna o ato ilegal, e que estabelece limites dados pela lei. Leciona Luiz Regis Prado:

[...] a individualização judiciária da sanção implica significativa margem de discricionariedade, que deverá ser balizada pelos critérios consignados no artigo 59 do Código Penal e pelos princípios penais de garantia. Trata-se, pois, de discricionariedade juridicamente vinculada (PRADO, 2007).

O art. 59º do CP (já mencionado anteriormente) estabelece uma ordem a ser seguida pelo juiz no processo de individualização da pena, devendo ser analisados ponto a ponto pelo magistrado, dessa forma, atenderá a um dos preceitos mais importantes do direito: a fundamentação da decisão (BRASIL,1940).

A pena-base será fixada atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59ºdo CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente) e após serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e aumento de pena (BRASIL,1940).

### **4.1 Conduta Social do Agente**

A conduta social é um dos critérios utilizados para a fixação da pena-base, a qual está ligada ao comportamento do réu perante o meio social, como o seu trabalho, a relação com sua família, entre outras formas de envolvimento social.

Schmitt traz exemplos de parâmetro:

A conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em que vive, perante a comunidade, a família e os colegas de trabalho. Devem ser valorados o relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente. Serve para aferir sua relação de afetividade com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais (SCHMITT, 2013).

Desse modo o juiz se informa sobre o autor, que está em julgamento, com a intenção de avaliar a capacidade de uma majoração ou diminuição da pena. Tendo em vista, que o critério é amparado na culpabilidade do caráter (fatos da vida), desta forma corrompendo o princípio da culpabilidade, que busca por um direito penal do fato.

Muitas vezes ao analisar a conduta social do autor, o magistrado toma para si como referência à classe social a qual pertence que em regra representa aqueles privilegiados economicamente, o que acaba tornando o julgamento mais rigoroso para os réus que pertencem a grupos desfavorecidos.

Cruz traz que:

O delinquente é identificado pelo fato de ser favelado antes de sê-lo pelo ato de que é acusado. Na favela, habita boa parte das populações pobres dos grandes centros urbanos e que de forma alguma é composta por delinquentes. Não se pode negar que a maior parte dos presos procede de periferias, favelas, bairros pobres, mas a sutileza da argumentação está no fato de que isto não significa que haja uma relação necessária e natural entre ser favelado e ser delinquente: a relação é social. Na sua grande maioria, os moradores das favelas não são delinquentes, mas são tratados enquanto tais pela polícia e pela justiça (CRUZ, 2016).

A questão é que qualquer conduta que seja oposta ao do magistrado, seja na área afetiva, religiosa, social ou até mesmo sexual, poderá ser mal conceituada, tendo em vista que o juiz tomará como referência a sua experiência no meio social.

#### **4.2 Personalidade do agente**

Existe uma discussão quanto ao conceito de personalidade. Segundo Rodolfo Ferreira, dentre essas se destaca a que forma um conjunto de fatores biológicos e suprabiológicos, os fatores biológicos estão relacionados à herança genética, que estabelece como o autor conduziria sua relação social, sua afetividade e seu temperamento, já os fatores suprabiológicos são aspectos adquiridos pela convivência social do meio (CRUZ, 2016).

Nucci pontua alguns aspectos da individualidade consciente, dentre eles: agressividade, preguiça, frieza emocional, emotividade, passividade, maldade, bondade (NUCCI, 2006, p. 231).

A personalidade do agente como fixação da pena base, é um critério falho, tendo em vista, que psicanalistas/ psicólogos e psiquiatras, que são profissionais capacitados para tal fim, não obtém um relatório satisfatório, irrefutavelmente um jurista não será apto para essa análise.

Além disso, sabendo que as regras de como se portar em sociedade são determinadas pelas classes com privilégios, o conceito de moral é aquele que os grupos dominantes determinam, é certo afirmar que em regra os magistrados pertencem a esses grupos, dito isso, os julgamentos poderiam não ser parciais com aqueles que advêm de um grupo contrário ao do juiz.

Salo de Carvalho pontua que:

Se a liberdade pactuada não corresponde à liberdade de pensamento, ao foro íntimo, esta permanece como núcleo inviolável, como reservas de direitos dos cidadãos, no qual o estado não pode interferir. Os limites estabelecidos pelo consenso não permitem a ingerência e a lesão desse direito supra estatal. A consciência permanece liberta mesmo se direcionada a intenções ilícitas (CARVALHO; CARVALHO, 2002).

A discussão é que certas atitudes ou pensamentos, quando não danosos aos bens jurídicos de terceiros e não tipificados pela lei penal, não devem ser vistos em prejuízo ao réu, mesmo que talvez seja estranho para o magistrado. As diferenças de comportamento ou cultura não constituem crime.

### **4.3 Culpabilidade**

De acordo com a teoria finalista a culpabilidade é constituída por potencial consciência da ilicitude, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa. Com efeito, leciona o professor Bitencourt (2003, p. 14) o julgador deverá analisar a existência desses elementos, percebendo a ausência dos mesmos, não haverá crime, tendo que ocorrer a absolvição, caso a culpabilidade esteja presente juntamente com a tipicidade e a ilicitude, o juiz deverá analisar a intensidade para a individualização da pena.

De acordo com, Alice Bianchini, o termo está relacionado com o grau de menosprezo do autor para com o bem jurídico lesado, vejamos:

(...) no momento da sua aplicação deve levar em conta a posição do agente frente ao bem jurídico violado: a) de menosprezo total (que se dá no dolo direto); b) de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de c) descuido (que está presente nos crimes culposos). (...) a culpabilidade do art. 59 do CP não é a mesma coisa que juízo de reprovação ou de censura nem tampouco significa a soma de todas as demais circunstâncias do referido artigo (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009).

Zaffaroni entende que:

(...) entendemos que a medida da pena-base indica o grau de culpabilidade, e que as considerações preventivas permitem fixá-las abaixo desse máximo (...) A culpabilidade abarcará tanto os motivos (é inquestionável que a motivação é problema da culpabilidade), como as circunstâncias e consequências do delito (que podem compor também o grau do injusto que, necessariamente, reflete-se no grau de culpabilidade) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Diante da pesquisa realizada é possível perceber a dificuldade da aplicação do instituto presente, tendo isto em vista, é de grande importância que as leis sejam revestidas de melhores técnicas que possam limitar a extensão da culpabilidade em casos concretos, para que desse modo não seja violado o princípio da isonomia e a segurança jurídica.

#### **4.4 Antecedentes**

O conceito de “maus antecedentes” é tema de várias discussões doutrinárias, pois se levado ao literal o termo é passível de ir em discordância com a norma, mesmo que

delimitando-o a área criminal. Cleber Masson (2009) propõe esse critério deve ser utilizado com precaução, pra que o princípio da inocência não seja violado.

Em busca de um critério que observe os princípios constitucionais, Alice Bianchini, juntamente com Guilherme de Souza Nucci (2009), entendem como critério para a avaliação dos antecedentes, as condenações transitadas em julgado, caso estejam apropriadas para agravar a pena pela reincidência.

A primeira (inconstitucional) considera antecedente qualquer envolvido do agente com algum inquérito ou ação penal; de acordo com essa primeira orientação processo em andamento configuraria maus antecedentes. Isso é, claramente inconstitucional. [...]

A segunda (constitucional) considera maus antecedentes apenas as condenações passadas da vida do agente, que constam da sua “folha corrida” e já não geram reincidência (leia-se: condenações pretéritas, que vão além do lapso de cinco anos contados da extinção da pena para trás). Essa segunda corrente é a adequada ao Estado constitucional e humanista de Direito (NUCCI, 2009, p 728).

Recentemente vem aumentando o número de simpatizantes da teoria mais garantista, que leva em consideração apenas condenações transitadas em julgado como base para o aumento de pena, mas que não sirvam para agravar a pena pela reincidência e que não tenha alcançado o decurso de cinco anos, contados do cumprimento ou da extinção da pena.

## **5 O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PELO FATO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PARA APLICAÇÃO**

Ao cumprir o disposto no art. 59º do Código Penal e individualizar a pena, têm-se duas vertentes nessa aplicação, a primeira trata-se do dever do Estado de punir aquele que violou a lei, e a segunda trata-se do direito do condenado de ter sua pena fundamentada e saber das razões pelas quais ela foi estabelecida (BRASIL, 1940).

Apesar de já positivados os critérios a serem observados, ainda há uma crítica sobre a utilização desses institutos por razões como a relação do modo de viver do delinquente como critério para fixação da pena, o que, parte da doutrina entende como incompatível com o Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais, sendo contrário principalmente ao princípio da responsabilidade pelo fato, sendo levado em consideração o direito penal do autor e não do fato.

Dessa forma, faz-se necessário uma melhor definição de critérios para aplicação da pena no processo dessa individualização e a eliminação de circunstâncias incompatíveis com a nossa Constituição como o da conduta social e da personalidade do agente, garantindo aos acusados um tratamento igualitário e livre de discriminações, assim como estabelece os princípios do direito penal. Além disso, afastando fatores externos como esses do processo da aplicação da pena, resguardam-se as liberdades individuais e limita-se a intervenção estatal e da mídia ao pré-julgar um acusado.

É importante ressaltar ainda que com o estabelecimento de regras garantistas que efetivam o princípio da reponsabilidade pelo fato, efetivará também os princípios da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da humanidade e da pessoalidade. Tribunais superiores, principalmente o STF, têm aplicado diversos entendimentos garantistas, através da interpretação constitucional. Entretanto, muitas vezes essas orientações não são seguidas pelos juízes, gerando uma grande discrepância entre aqueles que possuem condições financeiras de levarem seus casos até às últimas instâncias e outros que não possuem, como já mencionado aqui o enorme desfavorecimento das classes inferiores.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em vista dos argumentos apresentados, percebe-se a necessidade da alteração da legislação penal, com isso eliminar algumas circunstâncias que se encontram incompatíveis com a atual fase constitucional brasileira (personalidade do agente e conduta social), são atitudes fundamentais a serem tomadas para o avanço do sistema penal brasileiro, garantido assim aos indivíduos um sistema livre de preconceitos e o mais igualitário possível.

Além do mais, agravar a pena em função da personalidade do agente e da conduta social, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Majorar a pena tendo como fundamento a conduta social do autor presume a avaliação de condutas que não estão tipificadas em lei, ferindo claramente o princípio da legalidade, que estabelece que nenhuma pessoa será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo que não esteja previamente previsto em lei.

O que acontece regularmente é o aumento da pena com fundamento em condutas consideradas antissociais pelo magistrado, mesmo que não tipificadas pelo nosso ordenamento jurídico, o que é um insulto a Constituição Federal e seus princípios.

Também é feita a majoração da pena através da análise da personalidade do agente, que acaba recaindo sobre aquelas pessoas que possuem uma personalidade que desagrade a sociedade, ainda que essa personalidade não fira o bem jurídico alheia, todavia, afronta a moral que é imposta pela coletividade.

É notável a inconstitucionalidade das circunstâncias judiciais de conduta social e personalidade do agente para fixação da pena, tendo em vista que ofende os princípios da constituição, sem mencionar que remete ao positivismo e ao direito penal do autor, sendo uma ofensa ao direito penal e ao Estado Democrático.

Desta forma, o princípio da responsabilidade pelo fato traz que os crimes penais devem definir o fato em si, e não caracterizar o agente pelas suas condutas e personalidade, buscando ir contrário ao direito penal do autor que acredita que a aplicação da pena deve ser baseada no “ser” daquele que o pratica e não no fato praticado, desse modo criminalizando a personalidade e não o fato.

Esse artigo busca defender que a personalidade do agente e a conduta social, não deveriam ser utilizadas para a fixação da pena, tendo em vista que vão contrário as garantias de liberdade individual.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI. Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** introdução e princípios fundamentais. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.727.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral: volume 1.8º. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição Da República Federativa do Brasil De 1988.** Disponível em:  
< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 09 de abril de 2020.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em:  
< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm) >. Acesso em: 09 de abril de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 6º ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amílton Bueno. **Aplicação da pena e garantismo.** Lumen Juris. 2a edição, ampliada. RJ. 2002, p. 12.

CRUZ, Rodolfo Ferreira Lavor Rodrigues da. **A conduta social e a personalidade do agente (artigo 59 do Código Penal) sob a ótica da Constituição Federal.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em:

< <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47000/a-conduta-social-e-a-personalidade-do-agente-artigo-59-do-codigo-penal-sob-a-otica-da-constituicao-federal> > . Acesso em 15 de abril de 2020.

FARRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 204.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**: parte geral, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 126-127.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**: Parte Geral, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54, 563.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**, 13ª edição, Ed. Saraiva, 2009, p. 679.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.37.

MASSON, Cleber. **Direito Penal - Parte Geral**. Vol. 1. 7ª ed. Método. 2013

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 398.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

ROXIN, Claus. **Direito penal**: parte geral. Volume I, Madrid: Civitas, 1997.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 128-129.

SILVA, Haroldo Caetano. **Manual de Execução Penal**. 2002, p.35.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podium, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.709-710.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p. 119-120.



Relatório gerado por: [josiaraujo101@hotmail.com](mailto:josiaraujo101@hotmail.com)

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7693/Principio-da-legalidade-ambito-publico-e-penal">https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7693/Principio-da-legalidade-ambito-publico-e-penal</a>	86	1,22
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-legalidade-no-direito-penal">https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-legalidade-no-direito-penal</a>	66	1,01
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://www.politize.com.br/artigo-5/principio-constitucional-da-legalidade">https://www.politize.com.br/artigo-5/principio-constitucional-da-legalidade</a>	67	0,93
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://www.politize.com.br/codigo-penal">https://www.politize.com.br/codigo-penal</a>	63	0,81
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://www.migalhas.com.br/depeso/302660/principio-da-legalidade-o-escudo-do-cidadao">https://www.migalhas.com.br/depeso/302660/principio-da-legalidade-o-escudo-do-cidadao</a>	48	0,81
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://revistas.unila.edu.br/orbis/article/view/2138">https://revistas.unila.edu.br/orbis/article/view/2138</a>	34	0,55
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://www.qconcursos.com/questoes-de-concursos/questoes/2ee50817-b5">https://www.qconcursos.com/questoes-de-concursos/questoes/2ee50817-b5</a>	26	0,44
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://www.linguee.com.br/ingles-portugues/traducao/the-way-in-which.html">https://www.linguee.com.br/ingles-portugues/traducao/the-way-in-which.html</a>	11	0,14
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://pt.wikipedia.org/wiki/Universidade_Presidente_Antônio_Carlos">https://pt.wikipedia.org/wiki/Universidade_Presidente_Antônio_Carlos</a>	8	0,12
Artigo Josiane e Leticia Final-convertido.pdf X <a href="https://www.gov.br/planalto/pt-br">https://www.gov.br/planalto/pt-br</a>	0	0

Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni  
**FICHA DE ACOMPANHAMENTO INDIVIDUAL DE ORIENTAÇÃO DE TCC**

Atividade: Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo/Monografia.  
 Curso: Direito Período: 9º Semestre: 1º Ano: 2020

Professor (a): Erica Oliveira Santos Gonçalves

Acadêmicas: Josiane Araújo de Oliveira; Letícia Mendes dos Santos.

Tema: O princípio da responsabilidade pelo fato na aplicação da pena.

Assinatura do aluno

Data(s) do(s) atendimento(s)	Horário(s)	
07/03/2020	20:00 às 22:00	Josiane Araújo Letícia Mendes
03/04/2020	21:00 às 22:00	Josiane Araújo Letícia Mendes
30/05/2020	21:00 às 22:00	Josiane Araújo Letícia Mendes
06/07/2020	21:00 às 22:00	Josiane Araújo Letícia Mendes
10/07/2020	21:00 às 22:00	Josiane Araújo Letícia Mendes

**Descrição das orientações:**

Orientação sobre a elaboração do artigo através de e-mails e conversas no Whatsapp, sendo a orientadora sempre solícita.

Considerando a concordância com o trabalho realizado sob minha orientação, AUTORIZO O DEPÓSITO do Trabalho de Conclusão de Curso das Acadêmicas Josiane Araújo de Oliveira e Letícia Mendes dos Santos.

Erica Oliveira Santos Gonçalves  
 Assinatura do Professor