

Réus imaginados: avaliação judicial da personalidade do agente na sentença

Um pouco mais de reflexão sobre as atuais orientações e limites do direito penal bastaria para encarar com ceticismo a circunstância judicial da personalidade do agente para o cálculo da pena-base. Segundo o artigo 59 do Código Penal, dentre outras circunstâncias, o juiz fixará a pena (na primeira das etapas de sua estipulação) de acordo com a personalidade do agente.

Quem já conseguiu compreender a preponderância de um direito penal do fato sobre um direito penal do autor já coloca em seus devidos termos o papel desse resquício de modelos penais autoritários e admite a impossibilidade de aferição da personalidade como elemento formador das circunstâncias que determinam o peso da pena-base.

Originariamente não parecia estranho à sistemática penal tratar a verificação do fato punível em conjunto com as condições pessoais que poderiam formar a personalidade do imputado, em geral para fins de extrair dela não apenas os fundamentos da própria imputação, como também da gradação do apenamento dado ao indivíduo. Mesmo sem guardar importância com o fato submetido à verificação, a pesquisa e conclusão sobre a personalidade do agente sempre acabou oferecendo um divertido aparato de epítetos consignando o quanto de luxurioso, guloso, ganancioso, violento, rebelde, herege, fraudulento, traidor ou mesmo ébrio era o sentenciado. O sentenciado, portanto, não só cometeu o fato, como tem, nele, os caracteres morais/psicológicos de uma repulsa.

A verificação da personalidade do acusado como circunstância judicial é herdada de um conjunto de teorias que buscavam fundamentar o que se convencionou chamar de direito penal do autor: a par do fato cometido, considera-se o acusado sob a ótica de um número indeterminado de características inerentes à sua constituição biológica, psíquica e social e que devem ser consideradas como parâmetro mobilizador ou quantificador da pena. É dito que dessa tarefa não se pode furtar o juiz, nem “delegar o julgamento a qualquer assessor, mais ou menos unilateral”^[1]. A personalidade do acusado emerge, na sentença, como “biografia total, porém golpeante e dominadora”^[2], concretizando as linhas de seu temperamento e caráter.

Em sua gênese, a justificação do indivíduo naturalmente criminoso já sofria objeção: a tentativa de moldar a existência de um delito natural e de um criminoso natural, preconizada por Garofalo, por exemplo, já era marginalizada por Adolphe Prinz para quem a lei penal, como fenômeno jurídico, apóia-se na constatação meramente jurídica pela qual “a maioria que representa o Estado considera um certo número de princípios gerais ou de regras de conduta como necessárias à existência do Estado”^[3]. Não tardou, entretanto, para que a promiscuidade entre o exame médico, a pesquisa científica e o alegado papel sanitário do direito penal fizessem seguidores e, no Brasil, impregnassem o discurso jurídico sobre o delinquente perigoso e das formas de seu tratamento.

De toda sorte, o abandono das pretensões científicas da delinquência natural e a repulsa ao direito penal do autor expôs a fragilidade das alusões à reprodução judicial da personalidade do sentenciado como assunto a ser levado em consideração seja para a quantificação da pena, seja para a verificação do desvio

punível. E a superação desse pensamento deveria de uma vez por todas extirpar a tentadora tarefa de usar a sentença condenatória quantificar a pena através de réus imaginados.

A circunstância judicial da personalidade está exposta à dogmática penal numa aparente simplicidade. Em seu sentido psicanalítico, entretanto, é extremamente complexo e as definições sobre as características assumidas por dada personalidade só podem ser viabilizadas através de exames próprios e diante de pautas precisas — e sempre incompletas — de orientação. A investigação sobre os elementos constituintes do que habitualmente podemos chamar de personalidade implica não somente na consideração da atividade do acusado, cuja responsabilidade se apurou, mas na investigação de sua estrutura, elementos de sua formação, projeções de sua dinâmica, desenvolvimento ou eventuais psicopatologias. Enfim, falar adequadamente em personalidade implica em analisar elementos que suficientemente explorados poderiam conduzir o próprio julgador a abolir suas inclinações e a posicionar-se ao lado do acusado, substituindo-o na sentença.

A apropriação dos elementos definidores da personalidade do indivíduo pelo direito penal acaba assumindo, portanto, um outro papel: frente às impossibilidades do discurso da verdade moral/psicológica sobre o culpado (inclusive porque não tem instrumentos para tanto), a aferição sobre a personalidade torna-se um *topos* obrigatório do discurso. Torna-se o instante mítico onde a tarefa de justificação da pena, assumindo o papel de realizar a dose certa (ou justa) do tempo de permanência do réu na prisão abandona a realidade empírica da personalidade (que não pode ser dimensionada através do processo penal) e, sem revelar a ninguém o engodo, transforma a construção mental projetada sobre o réu em elemento do discurso. O juiz não sabe quem é o acusado. Sabe, no máximo, o que ele fez. Ao dosar sua pena, afirma saber quem ele é, define sua personalidade, reduzindo-a aos espetaculares epítetos de vilões de romances capa-espada: vil, malvado, desleal, ganancioso, frio e nem poderia o juiz esperar dizer algo diferente de quem chega, condenado, à etapa da aferição dosimétrica da reprimenda. Finge sair do país por onde a locomotiva processual não leva. Define a paisagem que não viu.

O direito penal do autor, do ponto de vista da construção do discurso penal, assume nesse particular, o da análise da personalidade, o ponto de fuga para criação de uma perspectiva ao mesmo tempo legal e moral do direito de punir. Não se reconhece do acusado apenas a prática do fato: reconhece-se nele um personagem que através da personalidade imaginada, assume o papel da antítese da ordem e do bem que a moralidade penal afirma proteger de seus inimigos habituais. No teatro do cadafalso, não se pode compreender o braço da lei sem apresentar a maldade congênita. A personalidade do acusado transpõe sua existência individual para figurar no discurso e materializar o fundamento da pena, numa retórica que dissolve o sujeito na avaliação criada pelo discurso do poder.

Modernamente admite-se que a personalidade do acusado interessa ao Juízo na medida em que serve de informativo ao âmbito de autodeterminação próprio da culpabilidade^[4], ou seja, avaliado no interior das próprias condições que a análise da culpabilidade já impõe e, nesse sentido, determinar uma tarefa limitadora e não legitimadora da pena. Pontualmente, a dogmática penal começa a deslegitimar^[5] a análise da personalidade do autor como uma das circunstâncias judiciais definidoras da pena-base. Acresça-se ao rol de motivos ligados à repulsa ao direito penal do autor as características semânticas extremamente largas do conceito, como aponta também Ferrajoli.^[6]

Entretanto estamos ainda longe do apagar de luzes sobre esse critério. É possível, por exemplo,

encontrar algum respaldo, ainda que com maiores exigências de comprovação empírica, da aferição da personalidade do réu com vistas à mensuração de sua periculosidade, como justifica Mantovani, alegando tratar-se de metodologia conforme às expectativas da Constituição Italiana^[7]. Boa parte da doutrina penal brasileira ainda menciona a personalidade como circunstância judicial sem maiores críticas e, indo além, busca amalgamar definições prestáveis para fins de justificação da sentença^[8]. A evolução jurisprudencial também persiste tímida com relação à personalidade. A Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça tem sido invocada para obstruir eventuais confusões entre processos e inquéritos sem trânsito em julgado contra o apenado para fins de ampliar a fixação da pena-base e aquela Corte Superior tem exigido a alocação de “elementos concretos”^[9] para acusar a presença de uma personalidade apta a ampliar a punição do acusado, não sendo suficiente uma “simples assertiva” que implique na conclusão de que a personalidade seja “voltada para o ilícito”^[10].

As intervenções da sentença no campo da personalidade do autor ainda persistem e persistirão por um bom tempo, especialmente porque — para ser prático — não se tem um horizonte definido nos Tribunais Superiores no sentido de rechaçar de plano qualquer possibilidade de inserir essa circunstância judicial no cálculo da pena. Enquanto isso, será possível testemunhar, inclusive em sentenças proferidas por juízes que nunca interrogaram seu “paciente”, um multifacetado rol de adjetivos que dão colorido à personalidade imaginada dos condenados, desde os modorrentos lugares-comuns das personalidades voltadas para o crime (imagine-se um injuriador nato, talvez mal-humorado de nascença) até as grandes construções reservadas aos inimigos públicos que, no geral, o são porque deles se reconheceu relações profanas com o erário.

O direito penal da democracia ainda tem um longo caminho até se livrar do impactante discurso das personalidades imaginadas por detrás dos crimes, até estes, por vezes, também imaginados.

[1] LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Vol. 2, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 224

[2] LYRA, Roberto. Op.cit.. p. 223/224

[3] PRINS, Adolphe. Science Penale et Droit Positif. Bruxelas: Émile Bruylant., 1899. p. 79. Para Prinz, entretanto, o direito penal tinha papel na intervenção contra indivíduos indiferentes ao trabalho e à disciplina, como os vagabundos e mendigos, que muito embora não fossem “delinquentes propriamente ditos, vinculam-se à criminalidade.” (op. Cit. 124)

[4] ZAFFARONI, E.Raul. e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. V.1. 6 ed. São Paulo: RT, 2006., p. 710.

[5] FRANCO, Alberto Silva (org.) Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência. 8ª Ed. 2007. São Paulo:RT. PP. 345-6

[6] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo:RT, 2002. p. 325.

[7] A individuação da pena baseada na personalidade implica, dentre outros critérios, na “cientificização” do exame sobre a personalidade porque esta só pode ter validade relativa quando



realizada pelo perito ou juiz, mas com bases científicas, apesar de todos os limites e da relatividade das ciências antropológicas.” Mantovani. Ferrando .Diritto Penale: Parte Generale. 6ª Ed. Padova: CEDAM. 2009. p.566.

[8] Destaque-se NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 10 ed. 2010. p. 405, para quem o terreno é explorável mas perigoso: “O cuidado do magistrado, neste prisma, é indispensável para realizar justiça”.

[9] HC 164550/SP, 5ª T. e também HC 155399/RJ, e HC 106682/DF, ambos da 5ª T.

[10] HC 188625 / HC 157788.