



Túlio Vianna¹ / Geovana Mattos²

A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena

1. Introdução

Dentre as muitas circunstâncias eleitas pelo legislador penal brasileiro como critérios para a fixação da pena pelo juiz, duas delas se destacam no art.59 do Código Penal Brasileiro como um nítido resquício do direito penal de autor³: a conduta social e a personalidade do agente.

A majoração da pena em virtude da conduta social do agente pressupõe a análise de condutas não tipificadas pelo legislador e qualquer aumento de pena em virtude desta circunstância equivale à imposição de pena sem prévia cominação legal, em nítida ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Não bastasse, a análise destas condutas incidentalmente durante a fixação da pena, sem garantia ao réu dos direitos ao contraditório e ao devido processo legal, equivale ainda a uma condenação sumária e inquisitorial por fatos – é bom que se repita – atípicos.

¹ Professor de Direito Penal da PUC Minas. Doutor em Direito pela UFPR e Mestre em Direito pela UFMG. Editor do site www.tuliovianna.org.

² Professora de Direito Penal da PUC Minas. Mestranda em Direito pela UFMG e Especialista em Ciências Penais pela PUC Minas.

³ Resquício este reiterado pela nova lei de drogas, Lei 11.343/2006, que em seu art.42 estabelece: “O juiz na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art.59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”



Por sua vez, a majoração da pena em virtude da análise da personalidade do agente, pressupõe a valoração, não de condutas humanas, mas essencialmente de uma suposta periculosidade social que o réu representa pelo simples fato de ser quem ele é.

Um simples exemplo ajudará a ilustrar o fato:

[...]dois indivíduos munidos de arma de fogo resolvem roubar um banco em concurso de agentes. Ambos realizam as mesmas condutas, rendem o caixa, apontam-lhe a arma, recolhem o dinheiro, dividem-no em partes iguais e saem em fuga.

Durante a instrução criminal as testemunhas afirmam que o primeiro deles é ótimo pai de família, excelente vizinho, bom empregado e que trabalha durante os finais de semana em entidades beneficentes, tendo inclusive adotado cinco crianças de rua. O outro acusado, porém, tem personalidade e conduta social oposta: bate na esposa, briga constantemente com a vizinhança, chega bêbado no trabalho e há fortes comentários de que trafique drogas.

Não é difícil imaginar que o juiz fixará a pena do primeiro no mínimo legal e aumentará a pena do segundo em cerca de um ano. Ao proceder desta forma, o magistrado, na prática, estará condenado ambos pelo roubo a banco e suplementarmente estará condenando o segundo a um ano de prisão por bater na esposa, brigar constantemente com a vizinhança, chegar bêbado no trabalho e supostamente traficar drogas.⁴

A análise da conduta social e da personalidade do agente na fixação de pena não se coaduna com diversos princípios constitucionais, e o estudo individualizado de cada um deles ajudará a perceber as contradições e omissões da doutrina brasileira no estudo da aplicação da pena.

2. Princípios reitores da fixação da pena

Laicidade e amoralidade

A Constituição da República Federativa do Brasil institui a laicidade e a amoralidade do Estado ao estabelecer expressamente em seu art.5º, VI, que: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Ao garantir a “liberdade de consciência”, a Constituição consagra a amoralidade do Estado, separando as normas jurídicas das normas morais e ao garantir a “liberdade de crença”, consagra a laicidade, separando as normas jurídicas das normas religiosas.⁵

⁴ VIANNA, Túlio Lima. Pena – Fixação: Roteiro Didático. p.56.

⁵ A este respeito, comenta José Afonso da Silva: “Quanto à relação Estado-Igreja, três sistemas são observados: a confusão, a união e a separação, cada qual com gradações. [...] Na confusão, o Estado se confunde com determinada religião; é o Estado teocrático, como o Vaticano e os Estados islâmicos. Na hipótese de união, verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento, como, por exemplo, a participação daquele na designação dos ministros religiosos e sua remuneração. Foi o sistema do Brasil Império. [...] A República principiou estabelecendo a liberdade religiosa com a separação da Igreja e do Estado. Isso se deu antes

A vedação constitucional ao tratamento desigual em função de preconceito religioso e moral também está prevista no art. 3º, IV, da Constituição, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Garante ainda a Constituição da República, em seu art. 5º, VIII, que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei”.

Destarte, está absolutamente claro na Constituição da República que ninguém poderá ser discriminado, privado de direitos e muito menos apenado em virtude de seus valores morais (consciência) e/ou religiosos (crença).

Não obstante todas estas cautelas do legislador constituinte, são inúmeros os interrogatórios judiciais nos quais se indaga ao réu sobre sua religião, abrindo um flanco para que o juiz possa, na fixação da pena, majorar-lhe a pena, caso este rejeite a crença em um deus ou – pior – afirme adorar o demônio, em uma nítida rejeição dos valores religiosos da maioria.

Não raras vezes também se indaga ao réu sobre o uso de bebida alcoólica, fumo ou mesmo sobre sua orientação sexual e, no caso das réis, número e frequência de parceiros sexuais em verdadeiras afrontas ao princípio da amoralidade estatal.

Ora, se o Estado brasileiro é laico e amoral, não cabe discutir no processo sobre as crenças do réu, pois ainda que seja ateu ou satanista, tais crenças jamais poderão ser usadas contra ele. Da mesma forma, se o réu é alcoólatra e fumante inveterado ou se é gay, lésbica, bissexual ou, eventualmente, prostituta(o), são todas questões exclusivamente da esfera moral do réu que jamais poderão ser usadas para majorar-lhe a pena e sequer deveriam ser indagadas no interrogatório de um processo judicial laico e amoral.

Vale lembrar a lição de Ferrajoli:

[...] o princípio normativo da separação (entre direito e moral) impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é.⁶

da constitucionalização do novo regime, com Decreto 119-A, de 7.1.1890, da lavra de Ruy Barbosa, expedido pelo Governo Provisório. A Constituição de 1891 consolidou esta separação e os princípios básicos da liberdade religiosa (arts. 11, §2º; 72, §§3º a 7º; 28 e 29). Assim, o Estado brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas.” (Silva, José Afonso, p.247-252)

⁶ Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão*, p. 208.

O princípio da laicidade e da amoralidade do Estado é, pois, fundamento de um direito penal que puna exclusivamente condutas humanas que lesem, ainda que potencialmente, bens jurídicos de terceiros.

Lesividade e Direito penal de ato

A constitucionalidade do princípio da lesividade é corolário da laicidade e da amoralidade da República Federativa do Brasil.

Como ensina Ferrajoli:

[...] o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros. Pode-se pretender que uma ação não seja proibida se em nenhum modo é considerada reprovável, mas, ao contrário, não se pode admitir que o seja somente porque tida como imoral ou, de qualquer modo, reprovável. Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente bens jurídicos alheios, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos, nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros.⁷

Toda lesão a bem jurídico pressupõe uma conduta humana a esta relacionada por um nexos de causalidade. “Matar alguém” lesa o bem jurídico vida; “Subtrair coisa alheia móvel”, o patrimônio; “constranger mulher à conjunção carnal”, a liberdade sexual, etc.

Desta necessária relação existente entre lesão a bem jurídico e uma conduta humana que lhe deu causa, surge a necessidade de que toda criminalização esteja fundada na descrição de condutas humanas (ativas ou omissivas) proibidas, pois só assim se poderá determinar com precisão qual bem jurídico foi lesionado. Pune-se uma conduta por ter lesionado (ou exposto a perigo de lesão) um bem jurídico.

Zaffaroni e Batista alertam, no entanto, para o fato de que:

Enquanto para alguns autores o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo-se ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena.⁸

Os adeptos do direito penal de autor concebem o mundo a partir de uma moral maniqueísta em que bem e mal são conceitos absolutos e, por conseguinte, o crime é

⁷ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*, p.208.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raul. Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, p.131.

concebido como manifestação da maldade do agente e, portanto, deve ser valorado, não na medida de seus atos, mas de sua perversidade.

A antropologia, porém, tem demonstrado que os conceitos de “bem” e “mal” são criações culturais, bastante relativas, variando consideravelmente de cultura para cultura e de pessoa para pessoa. Mesmo um crime grave como o homicídio pode ser valorado positivamente por determinadas culturas em determinados momentos históricos:

O código moral da tribo tague, na Índia, considerava como uma virtude o assassinato por estrangulamento de homens não tuges (só os homens, não as mulheres). Um sioux não ganhava seu penacho de adulto antes de ter matado outro homem; um daiaque não desposava uma mulher antes de obter uma cabeça; um naga não obtinha sua tatuagem até possuir um escalpo. Na Alemanha pós-depressão, vários oficiais da SS eram promovidos por suas habilidades genocidas.⁹

Também inúmeras outras condutas consideradas crime em nosso ordenamento jurídico atual reveste-se de valores morais positivos para outros povos:

A tortura foi praticada em nome do próprio Deus durante a Inquisição Católica e foi usada para extrair confissões ou provas por regimes políticos durante toda a história. A pederastia com meninos de 12 anos era aceitável na Grécia antiga e o casamento forçado de meninas muito novas com homens velhos foi comum em várias sociedades. O estupro de escravas, serviçais, inquilinas e esposas tem sido praticado durante milênios, com absoluta impassividade da sociedade e das autoridades.¹⁰

O reconhecimento da relatividade de todo e qualquer conceito moral é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que tem por pressuposto o respeito às diferenças e à pluralidade moral e religiosa, que só podem ser garantidos por um Estado amoral e laico.

Assim, é absolutamente incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil a adoção de um direito penal de autor, fundado na tutela de valores morais. Todo o Direito Penal Brasileiro deve ser construído exclusivamente com base na estrita observância de um direito penal de ato, fundado na tutela de bens jurídicos.

Vê-se, pois, que a valoração da “personalidade do agente” na fixação da pena fere os princípios constitucionais da laicidade, da amoralidade e da lesividade, pois consagram um inadmissível direito penal de autor em nosso ordenamento jurídico.

No que diz respeito à análise da “conduta social” do agente como circunstância judicial a ser levada em conta na fixação da pena, certo é que se trata da análise de condutas humanas, muitas das quais podem, inclusive, lesar bens jurídicos. Mas não basta que uma conduta lese um bem jurídico para que seja fundamento de imposição ou majoração de uma pena. É preciso que haja uma lei prévia e taxativa definindo

⁹ Thomson, Oliver. *A assustadora história da maldade*. p. 22

¹⁰ Vianna, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada*. p. 29-30

os limites da proibição e a quantidade máxima de pena a que o condenado estará sujeito.

Destarte, todo e qualquer incremento de pena em virtude de uma determinada conduta só poderá ser realizado com estrita observância do princípio da legalidade.

Legalidade

O princípio da legalidade não se limita à vedação de criminalizações sem lei prévia, mas limita toda e qualquer imposição ou majoração de pena sem anterior previsão legal. É o que está positivado no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República do Brasil: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Ainda que se trate de um princípio fundamental do Direito Penal exhaustivamente estudado por todos que se dedicam à matéria, erros grosseiros continuam sendo praticados diuturnamente por magistrados que insistem em analisar situações atípicas para majorar – e, portanto, impor – pena, com base na análise de condutas sociais atípicas.

Não raras vezes o juiz aumenta a pena pelo simples fato de testemunhas terem afirmado em seus depoimentos que o réu tinha comportamento anti-social, como se houvesse um tipo penal que prevísse pena para todo aquele que “deixar de ser bom pai de família”, “deixar de ser bom vizinho” ou “deixar de ser bom trabalhador”.

Tais tipificações hipotéticas não existem, nem poderiam existir, pois jamais teriam a taxatividade necessária exigida pelo princípio da legalidade.

Nunca é demais lembrar a lição de Batista:

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso.¹¹

Vê-se, pois, que toda e qualquer conduta que o magistrado considere ser anti-social mas não se encontra tipificada por lei não pode ser usada para impor ou majorar a pena do condenado, por vedação expressa da Constituição da República.

Devido processo legal

Muita vez, no entanto, as testemunhas narram que o réu teria praticado em seu convívio social condutas típicas como “bater na esposa” (art. 129 CP), “maltratar os filhos” (art. 136 CP), “usar drogas” e, conseqüentemente, “portar drogas para consumo pessoal” (art. 28 da Lei 11.343/2006) e tantas outras que estão tipificadas pela lei penal e que poderiam ser consideradas como anti-sociais pelo juiz.

A análise destas condutas na fixação da pena, ainda que não ofenda o princípio da legalidade, em virtude de sua devida tipificação, não se sustenta diante do

¹¹ Batista, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*, p. 78.

princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição da República: “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Além do mais, é princípio elementar de Direito Processual Penal que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não de eventuais maledicências incorporadas incidentalmente ao processo, seja em depoimentos de testemunhas ou em declarações dos envolvidos. A imposição ou majoração da pena em virtude de tais acusações incidentais equivale a julgamento *extra petitem*.

Tourinho Filho comenta a respeito:

Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe um crime de lesão corporal e, na instrução, apura-se que ele cometeu, também, um crime de furto, a sentença apreciará, apenas, a primeira infração. A outra poderá ser objeto de novo processo. Se apreciasse aquela segunda infração, estaria decidindo *extra petitem*.¹²

Não obstante, porém, ser um princípio básico do Direito Processual Penal, o devido processo legal muita vez é absolutamente obliterado na aplicação da pena, quando o réu vê sua pena aumentada em virtude de fatos pelos quais não teve a oportunidade de se defender – já que deles sequer foi acusado – em um lamentável resquício do sistema inquisitorial.

2.5. Presunção de não culpabilidade

A Constituição da República Brasileira também é expressa ao consagrar a presunção de não culpabilidade em seu art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Destarte, ainda que a conduta esteja tipificada como crime em nosso ordenamento jurídico e que haja um devido processo legal para a discussão específica daquela conduta, tal circunstância só poderá ser levada em conta na fixação da pena se – e somente se – houver uma sentença condenatória com trânsito em julgado em desfavor do réu. Entender de forma contrária é admitir a possibilidade de imposição de pena sem culpa, em uma nítida ofensa ao princípio da culpabilidade.

Assim, ainda que o réu possua 30 processos criminais em andamento contra sua pessoa, sendo que metade deles já tenha sido julgada em primeira instância, com condenação pendente de recurso, ele deverá ser presumido primário, de bons antecedentes, de boa conduta social e de boa personalidade, pelo simples fato de que a Constituição da República presume que ele será absolvido das 30 acusações.

Nem poderia ser diferente, pois ao ordenamento jurídico só há duas opções: presumir culpa ou presumir ausência de culpa. A presunção de culpa deixaria o réu sujeito ao alvedrio da acusação, que poderia acusá-lo de inúmeras condutas das quais saberia ser ele inocente, tão-somente para majorar-lhe a pena no processo em que

¹² Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 4, p. 247.

supõe ser ele culpado. A presunção de não culpabilidade rejeita esta supremacia da acusação sobre a defesa e consagra a segurança jurídica amparada na condenação transitada em julgado.

A presunção de culpa teria ainda uma dificuldade prática de intrincada solução: um condenado que tivesse sua pena aumentada em virtude de processo criminal em andamento contra si e que, posteriormente, fosse absolvido no processo que justificou o incremento de sua pena, poderia requerer através de Revisão Criminal a diminuição da pena em virtude de sua nova situação jurídica (art. 621, III, do CPP)? Em caso positivo, teríamos um judiciário ainda mais assoberbado com revisões criminais para discutir frações de pena em condenações criminais. Em caso negativo, teríamos réus cumprindo penas em virtude de fatos pelos quais foram absolvidos.

Está claro, pois, que acusações são somente acusações até que eventualmente se tornem sentenças condenatórias transitadas em julgado e em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas para majorar pena em outro processo, seja como maus antecedentes ou como “conduta social” e “personalidade” desvalorados.

3. Estado da arte e sua crítica

A doutrina penal, em regra, tem negligenciado o estudo da aplicação da pena. Salvo raras exceções, a matéria tem sido relegada a poucas páginas ao final dos manuais de parte geral.

Con fundadas razones se sostuvo que en la cuantificación de las penas las consideraciones teóricas no juegan ningún papel importante, partiéndose frecuentemente de valoraciones generales que en muy amplia medida dependen de consideraciones morales. Una gran parte de responsabilidad incumbe a las agencias académicas en razón del magro desarrollo dogmático en esta materia, que sólo mereció la atención desde hace escasas décadas, sin que por ello existan hasta el presente demasiados resultados positivos: es a todas luces evidente que se ha operado un raquitismo teórico en orden a la cuantificación penal, al par que el ámbito de la teoría del delito desarrolló una hipertrofia discursiva.¹³

No Brasil, a maioria dos autores, não obstante rejeitar veementemente o direito penal de autor nos prolegômenos de seus manuais, quando da análise da aplicação da pena admite que o juiz leve em conta a conduta social e a personalidade do agente para majorar-lhe a pena.

Hungria afirma ser adepto do direito penal de ato, por ser inadmissível que o indivíduo preste conta de sua própria personalidade, e que não há culpabilidade se a conduta praticada não corresponde a um tipo de ilícito penal:

A culpabilidade, em qualquer de suas formas, refere-se a um fato individuado, penalmente típico, não estando condicionado, para seu reconhecimento, ao caráter do agente, ao seu temperamento, à sua conduta anterior ou subsequente ao fato, ou

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. *Derecho Penal*: parte general. p. 992-993.

seja, numa palavra, à sua personalidade, à sua constante ou estável intimidade psíquica. [...] O que pode incidir sob a censura da moral jurídico-social é tão somente o que se realiza no mundo exterior ou objetivo. A repressão penal é como São Tomé: somente crê depois que vê. Só há culpabilidade, e portanto, punibilidade pelo que o indivíduo realmente fez, pelo fato penalmente típico que praticou, e não também pelo que ele possa vir a fazer ou praticar. Somente diz com o “momento” desse fato, e não com a série de momentos que hajam contribuído na formação do caráter ou modo de ser do agente. Não ultrapassa o fenômeno psíco-físico da ação antijurídica in concreto, seja, ou não, o fiel reflexo da personalidade do homem que age. Este é o conceito tradicional da culpabilidade e o único admissível dentro dentro dos princípios gerais do direito penal vigente.¹⁴

Entretanto, ao descrever uma das etapas para fixação de pena, prescrita no art. 42 do Código Penal de 1940, ainda vigente àquela época, parece se esquecer de todos os fundamentos por ele mesmo defendidos e afirma com veemência a necessidade da análise da personalidade do acusado.

Tôda a vida do réu – individual, familiar, militar, profissional, intelectual, social – deve ser dominada pelo juiz. Qualquer circunstância da conduta em exame será levada em conta, sem demasias nem omissões [...] A apreciação da personalidade do homem, para afeicoar-lhe a sanção, está ao alcance da experiência comum e obedece aos critérios habituais. Todos aprendem a bem distinguir os padrões de honestidade e de bondade, que nenhum homem consegue sonegar às solicitações constantes da vida, cada vez menos hipócrita e fechada [...] Para conhecer uma personalidade, não se limita o magistrado a encarar o indivíduo isolado, e, sobretudo, o considera ser vivo em sociedade [...] Decidida que foi a responsabilidade, não tem razão de ser da perícia psiquiátrica, para os fins do art. 42. Mais do que os subsídios médicos (saúde e higiene em geral), são úteis os pedagógicos (aproveitamento, conduta e necessidades de instrução e educação), administrativos e pessoais (vida profissional e funcional), militares (reação à disciplina de caserna), cívicos, morais, que todos colaboraram para integrar o conjunto na participação da vida, a síntese da atividade. É a conduta como cidadão, filho, pai, espôso, companheiro, amigo, profissional, como sócio de centros culturais beneficentes, recreativos, esportivos, mundanos, etc. A conduta, durante e depois do crime, entrará sempre na revelação da personalidade.¹⁵

Percebe-se que o pretense direito penal de culpabilidade, defendido num primeiro momento, passa a dar toda ênfase à pessoa do acusado no momento da concretização da sua pena, passando a reprovação a ser analisada pelo modo de ser do autor do delito. O que passa a ser censurável não é mais a sua conduta, mas sua personalidade, que será avaliada pelo juiz, podendo indicar um significativo aumento em sua pena.

14 Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1b, p. 475-476

15 *Ibidem*, p. 221-225.

Como aceitar que em um momento se afirme a total impossibilidade de se punir o agente pelo que ele é, devendo considerar somente o que ele fez, e, logo em seguida, alegar que toda a vida desse agente deva ser levada em conta para fixar sua pena? Ou defende-se a total inviabilidade de se considerar o ser humano pela sua condição existencial, seus comportamentos e atitudes, ou não. O que não é compreensível é a defesa do direito penal de ato simultaneamente com a aceitação da análise da personalidade e conduta social no momento da concretização da pena.

A análise dos referidos elementos torna-se ainda mais nefasta pelo modo como é realizada, pois é garantido ao juiz o poder de decidir sobre o caráter do agente, sobre sua maior ou menor probabilidade de cometer novos delitos, muitas vezes por eles traduzida como uma “inclinação para o mal” ou “voltada para o crime”. Qual a preparação dada ao juiz para garantir-lhe o poder de analisar a personalidade de alguém? Hungria, ratificando esse poder dado ao juiz, afirma ser desnecessário qualquer perícia psiquiátrica para apreensão da personalidade do agente, bastando que o magistrado realize tal análise com base no “*sistema métrico moral*”¹⁶ da sociedade, ou seja, o indivíduo terá sua personalidade considerada desfavorável se porventura o seu modo de vida não coincidir com a moral ditada pela maioria.

De tudo isso resulta uma subjetivação ética e voluntarista do sistema, tanto penal quanto processual, já que a maldade subjetiva do réu não é perceptível, senão mediante a intuição subjetiva do juiz.¹⁷

Este fato é uma visível afronta, não somente ao direito penal de ato, mas também ao princípio da lesividade e à separação entre moral e direito, à medida que se incrimina condutas (pois é o que se faz quando as considera para aumentar a pena do agente) por serem desaprovadas pela coletividade, ainda que não lesem qualquer bem jurídico alheio, e que só possam ser objeto de apreciação moral. Esta técnica nada mais é do que uma eliminação dos direitos à diferença, impondo a todos o dever de orientar-se pela ordem social dominante, sob pena de terem sua sanção aumentada se porventura praticarem algum delito.

Hungria, como muitos dos doutrinadores que têm esta ambígua posição de defenderem sistemas de culpabilidade tão distintos, ora focados no fato do agente, ora no agente do fato, se alvoroça em dizer que não se estaria interferindo na exigência de culpabilidade ou punindo o agente pelo que é, mas somente analisando, para aplicação da pena, o seu caráter.

Postula-se que o direito positivo autoriza a referência da culpabilidade à personalidade, quando, para julgamento do réu, dá relevo a esta, de par com os motivos determinantes, a vida antecessora do réu, a reincidência, a habitualidade no crime, a capacidade de delinquir. Ora, nada disso tem relação com a exigência de culpabilidade,

¹⁶ Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1b, p. 479.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão*, p. 455.

mas com o maior ou menor grau de pena a aplicar-se ao réu (o que não se confunde com a punibilidade).¹⁸

Ora, se para determinar o *quantum* da pena, analisa-se a conduta de vida do acusado, podendo aumentá-la porque seu comportamento não condiz com a vontade da maioria, o que estamos fazendo, senão incriminando tais condutas, utilizando-se, para tanto, da culpabilidade de autor?

Bruno, por sua vez, nota esta contradição do sistema penal brasileiro, que, de um modo geral, tipifica fatos e não autores, e a determinação do legislador ao elencar a personalidade e conduta social como critérios a serem averiguados pelo magistrado para mensuração da pena *in concreto*:

A maioria das verdadeiras circunstâncias modificadoras da pena, de que se ocupa o Código, não se refere propriamente à ação punível no seu aspecto objetivo, mas à culpabilidade do agente em razão da maneira como atuou na realização do crime ou de condições particulares de sua personalidade. À culpabilidade entendida como reprovabilidade, resultante da vontade rebelde do agente, com a sua imputabilidade, o seu dolo ou culpa, a exigibilidade de que se comportasse de maneira conforme ao Direito, em cuja apreciação devem computar-se a sua total personalidade, a sua situação, os seus antecedentes e os motivos que o tenham determinado ao crime. Em regra, dir-se-ia que essas circunstâncias transcendem mesmo da posição do Código em referência ao problema da culpabilidade, parecendo ultrapassar o conceito da culpabilidade em relação ao fato e dirigir-se num sentido que poderia alcançar a chamada culpabilidade de caráter ou pela conduta da vida, em caminho para a consideração da perigosidade do autor. Mas o estado perigoso é coisa diferente, e seria um extravio metodológico fazê-lo influir na pena, que, em nosso Código, continua a ser a punição.¹⁹

Entretanto, Bruno não leva adiante sua constatação, não afirmando categoricamente o equívoco da opção do legislador, mostrando-a inviável num sistema que proíbe a ação do agente e não sua condição de vida, determinando a impossibilidade de sua aplicação.

Fragoso também percebe a incoerência do legislador, asseverando que embora o ordenamento jurídico brasileiro vigente seja adepto do direito penal de ato, analisa a personalidade do agente no momento da quantificação da pena:

Porque fundamento da pena é aqui a realização da conduta delituosa, a pena deveria, em princípio, medir-se pela gravidade do fato e pela culpabilidade do agente. Na aplicação da pena, no entanto, entram em jogo critérios de política criminal, predominando, como veremos, elementos que se relacionam com a personalidade do agente.²⁰

¹⁸ Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1b, p.480.

¹⁹ Bruno, Anibal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 3º, p. 109-110.

²⁰ Fragoso, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*, p. 347.

Contudo, ao analisar a aplicação da pena chega a lamentar o fato de o juiz não ter mais elementos para analisar a personalidade do agente:

Os antecedentes praticamente se confundem com a conduta social, que se refere às relações do acusado com sua família e sua adaptação ao trabalho, ao estudo e a um estilo de vida honesto ou reprovável. É uma lástima que nos processos penais essas informações sejam em geral fragmentárias e inconcludentes, de modo que faltam ao juiz, via de regra, elementos que lhe permitam avaliar a personalidade do réus e seus antecedentes.²¹

Ainda que o processo tivesse as mais detalhadas e precisas informações sobre a conduta social do agente, um sistema penal que se propõe somente a impedir a prática de ações lesivas ao bem jurídico de outrem não pode intitular-se guardião da moral e dos bons costumes e julgar o caráter e os hábitos do autor do delito. O Direito Penal não tem e não pode ter a tarefa de impor uma moral.

Mesmo que o comportamento ou opiniões do agente pudessem ser averiguados e fossem considerados reprováveis, tais atributos não poderiam ser levados em conta para majorar sua pena, pois contrariam um direito penal de fato, focando o juízo de culpabilidade no autor. Não cabe ao Direito Penal modelar a moral dos cidadãos, não podendo o magistrado julgar o modo de vida do autor do delito, pois seria considerada anormal toda personalidade e conduta social que simplesmente se desviassem do padrão cultural considerado pela maioria como o correto.

À medida que garantimos a todos os cidadãos a liberdade individual, determinando que seus comportamentos só serão criminalizados quando expressamente tipificados, é inadmissível que possamos majorar a pena de um sujeito simplesmente pelo fato de que sua personalidade ou conduta social não se enquadram ao pensamento da maioria, exterminando, assim, o direito à diferença e à tão prezada segurança jurídica, almejada pelo Princípio da Legalidade.

Vale frisar que o referido princípio é uma limitação ao poder estatal, garantindo ao cidadão que ele somente será penalizado pela conduta anteriormente definida como crime. Mas se é certo que o Direito Penal apenas considera ilícito a conduta anteriormente proibida, como admitir-se que uma conduta não proibida seja considerada para majorar a pena de um cidadão pelo simples fato de que o seu comportamento é considerado anormal frente ao padrão moral da maioria?

Assis Toledo afirma que o ordenamento jurídico brasileiro faz parte de um terceiro sistema, representando, portanto, uma espécie de teoria mista, que aceitaria ambas as formas de culpabilidade, que diz ser “um moderado direito penal do fato²²”, que tipifica ações e não seus autores, mas que também não despreza totalmente o autor, aceitando a análise de sua personalidade no momento da quantificação da pena.

²¹ Ibidem, p. 407.

²² Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. p. 251.

Não é viável, porém, a adoção de uma posição dualista ou mista, na qual estariam inseridas as duas espécies de culpabilidade, de autor e de ato. A defesa dessa combinação resulta, inevitavelmente, na legitimação de um direito penal de autor com roupagem democrática e vistosa de um direito penal de ato. Sendo assim, não existe referido sistema moderado. Se este sistema admite a análise da conduta social e da personalidade como elementos capazes de aumentar a pena do réu, ele conduz, inevitavelmente, ao tão abominado direito penal de autor, ainda que se afirme ser um direito penal de ato.

Estamos completamente ciertos de que ‘culpabilidad de acto’ y ‘culpabilidad de autor’ constituyen una opción en la que no cabe transacción alguna. La pretensión de una amalgama de ambas y la presentación de éstas como posiciones extremas, constituye un camino falso y un método encubierto para sostentar la culpabilidad de autor.²³

Assim, sempre que o julgamento versar sobre a análise de qualquer condição existencial do sujeito, estará se referindo a um direito penal de autor.

Regis Prado também se diz um defensor do direito penal de ato ao analisar a culpabilidade:

Trata-se de uma culpabilidade pelo fato individual (Einzeltatchuld), que repousa sobre a conduta típica e ilícita do autor (Direito Penal do fato), e não uma culpabilidade pela conduta de vida (Lebensführungsschuld) – de caráter ou de autor [...]. O conceito de culpabilidade penal é, portanto, de natureza jurídica (ético-existencial-jurídico) e não ético-moral ou religioso.²⁴

No entanto, o aludido direito penal de fato passa a focar-se na pessoa do acusado quando Regis Prado demonstra os critérios a serem observados pelo magistrado no momento de determinar a pena, conceituando e explicando como se deve proceder para fazer a mensuração da conduta social e da personalidade:

[...] a conduta social, que compreende o comportamento do réu em seu meio familiar e laboral. Cumpre observar que um indivíduo portador de maus antecedentes nem sempre será, necessariamente, portador de uma conduta socialmente desajustada, assim como não é regra que alguém que jamais tenha perpetrado delitos não possa ter uma vida social repleta de deslizos e infâmias.

[...] a personalidade, ou seja, a índole, o caráter do indivíduo, reveladora de suas qualidades e defeitos. Aqui são verificadas, além da índole do sujeito, sua sensibilidade ético-social e a presença de possíveis desvios em seu caráter;²⁵

Constata-se que a culpabilidade, que Prado inicialmente afirma ser pautada com base no fato, dilui-se e deixa de referir-se ao ato, para orientar-se diretamente ao autor. A análise do caráter do autor, que é abominada em um primeiro momento, passa a ter relevância ímpar, tendo Prado ressaltado a importância de não se deixar

²³ Zaffaroni, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal, parte general, tomo IV*, p. 56.

²⁴ Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, p. 421-422.

²⁵ Prado, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, p. 243.

de averiguar possíveis desvios na mesma. O objeto do Direito Penal deixa de ser o fato, e passa a ser o autor.

Bitencourt afirma a necessidade de se respeitar o Princípio da Legalidade:

O Princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigência de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é: nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.²⁶

Ao descrever as fases para aplicação da pena, porém, Bitencourt faz uma descrição detalhada de todos os elementos que devem ser considerados na análise da personalidade e conduta social como critérios definidores da pena *in concreto*, cuja censurabilidade recai justamente em condutas não anteriormente criminalizadas:

Personalidade – Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Aníbal Bruno, personalidade ‘é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano.’ na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.²⁷

Os elementos por ele elencados como passíveis de valoração da personalidade do réu pelo magistrado refletem justamente a confusão entre direito e moral, aproximando-se da pretensão kantiana de que o direito deveria castigar a “maldade interna”, demonstrando que *el problema de la culpabilidad de acto y de autor está íntimamente conectado con el de su relación con la responsabilidad moral*.²⁸

Bitencourt ainda demonstra minuciosamente todos os aspectos que poderão ser considerados como conduta social para quantificação da pena concreta:

Conduta social – Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizos, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. Nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu.

No entanto, não se pode ignorar que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processos criminais em curso, alguns deles inclusive prescritos, que fazem do crime um meio de vida, apresentam conduta

²⁶ Bitencourt, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v. 1, p. 10.

²⁷ Bitencourt, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v. 1, p. 555.

²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*, tomo IV, p. 52.

socialmente inadequada. Inegavelmente esses aspectos podem ser valorados sob a epígrafe de conduta social, pois primariedade e bons antecedentes não podem ser invocados como alforria a quem vive do crime.²⁹

Os critérios apontados pelo citado autor passam muito além da reprovação da ação, aceitando a criminalização de comportamentos supostamente considerados pela sociedade como desajustados. Importante ressaltar que ao taxar a conduta social e personalidade do acusado como desfavoráveis, estar-se-ia concebendo a existência de idéias e valores superiores, que são aqueles adotados pela maioria, num verdadeiro atentado contra a liberdade e a identidade do cidadão.

É imprescindível que num Estado Democrático de Direito se respeite a autonomia do indivíduo, que tem direito a liberdade de expressão, opinião, pensamento etc., não tendo que seguir quaisquer regras de comportamento ditadas como corretas, desde que, obviamente, não pratique condutas consideradas ilícitas por lesarem bens jurídicos alheios.

Ademais, além de aceitar a intromissão estatal na autonomia moral de cada cidadão, Bitencourt ainda admite a relativização do Princípio da não culpabilidade, ao afirmar que meras acusações possam ser levadas em consideração para majorar sua pena, pois indicativas de sua má-índole. É importante observar que meras acusações não são capazes de ensejar a valoração sequer no critério “antecedentes”, também elencado no art. 59 do Código Penal, sendo imprescindível a existência de condenações transitadas em julgado e inadmissível sua averiguação para fins de constatação da personalidade ou conduta social do agente.

Nucci também afirma a necessidade de se respeitar o Princípio da Legalidade:

Os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição.³⁰

Todavia, ao analisar a aplicação da pena, Nucci concorda com a análise da personalidade e conduta social como elementos que devem orientar o magistrado no momento da concretização da reprimenda.

Conduta social: É o papel na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí por que a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo.

Personalidade: Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. Exemplos: agressividade, preguiça, frieza emocional, sensibilidade acentuada, emotividade, passionalidade, bondade, maldade.³¹

²⁹ Bitencourt, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. 1, p. 556.

³⁰ Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, p. 67.

³¹ *Ibidem*, p. 419-420.

Desta forma, Nucci afirma que a pena deveria ser aplicada tendo em vista o caráter, a índole, as idéias, opiniões, pensamentos, hábitos e costumes do acusado, que poderiam ser avaliados como desfavoráveis pelo simples motivo do julgador considerar que não se enquadram naquilo que ele concebe como correto, considerando-os imorais ou reprováveis, dentro dos padrões de normalidade impostos pela maioria.

Sendo assim, embora o Princípio da Legalidade garanta que o cidadão só poderá ser penalizado pelas condutas anteriormente previstas como crime, que o Princípio da Lesividade garanta que só será criminalizada a conduta que lesar um bem jurídico de terceiro, o agente que comete um delito perderia todos os direitos que lhe foram assegurados, inclusive o de ter sua própria identidade e continuar a ser ele mesmo, permitindo ao Estado o direito de ditar o que é certo e o que é errado, mesmo que a conduta por ele praticada não seja ilícita.

E ainda que sua conduta seja tipificada penalmente, como o fato de ser um marido violento, é imprescindível que lhe seja garantido o Devido Processo Legal, que está intimamente vinculado à acusação, estabelecendo que ninguém será privado de sua liberdade sem a garantia do contraditório e da ampla defesa. Assim, o réu só poderá ser condenado pelos fatos que lhe forem imputados formalmente, contra os quais terá o direito de se defender, o que não acontece quando sua pena é aumentada em virtude de a personalidade e a conduta social serem consideradas desfavoráveis com base em supostos crimes cometidos, sem a existência de uma acusação formal, banindo o direito de defesa.

Coadunando o entendimento aqui apresentado, e sendo coerente com o posicionamento firmado ao analisar a culpabilidade, que defende ser de ato, Zaffaroni afirma a impossibilidade da análise da personalidade como critério capaz de prejudicar o acusado:

A personalidade do agente cumpre uma dupla função: com relação à culpabilidade, serve para indicar – como elemento indispensável – o âmbito de autodeterminação do agente. Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade de autor. A maior ou menor ‘adequação’ da conduta ao autor, ou ‘correspondência’ com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servir para não baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente.³²

Vê-se, pois, que Zaffaroni demonstra que não há como adotar critérios como a conduta social e personalidade do agente no momento da quantificação da sua pena, sem, com isso, contrariar a culpabilidade de autor.

Também Teles afirma categoricamente a impossibilidade de se analisar a personalidade e conduta social como elementos para fixação da pena:

³² Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. 1, p. 710.

Dispõe o art. 59 que o juiz analisará também a conduta social do condenado em seu meio social: se ele está ou não adaptado em seu ambiente social, vale dizer, se ele é ou não bem aceito por seus concidadãos, seus semelhantes, seus iguais. [...] Essa é uma circunstância que nada tem a ver com o fato criminoso praticado pelo agente e que diz respeito exclusivamente a seu passado anterior ao crime e à sentença [...] a circunstância não deve ser levada em consideração no momento da fixação da pena, pois que representaria o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez.³³

Da mesma forma, ao examinar a personalidade reconhece a inviabilidade de sua análise para fins de majorar a pena do acusado, tendo em vista a evidente afronta ao direito penal de ato:

Aqui, outra circunstância que não tem relação direta com o fato praticado, a personalidade, característica interna do homem, é incluída entre as circunstâncias judiciais. Deve o juiz, a teor do art. 59, considerá-la no momento da fixação da pena base? [...] Ora, a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – Psicologia, Psiquiatria, Antropologia – e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito. Considerá-la no momento da fixação da pena é considerar o homem, enquanto ser, e não o fato por ele praticado. [...] O exame de personalidade, de outro lado, não pode ser feito a contento pelo juiz, no âmbito restrito do processo penal, sem o concurso de especialistas – psiquiatras, psicólogos etc.. O magistrado não é formado e preparado para o exame aprofundado de características psíquicas do homem, e permitir-lhe exame apenas superficial, para um desiderato tão grave – perda da liberdade-, seria de uma leviandade inaceitável num ordenamento jurídico democrático e sério. Facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado importa em conceder ao julgador um poder quase divino, de invadir toda a alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe a pena pelo que ela é, não pelo que ele, homem, fez.³⁴

Os posicionamentos minoritários de Zaffaroni e Teles entre os manuais de Direito Penal Brasileiro refletem a incipiente preocupação da doutrina com as inconstitucionalidades na aplicação da pena. Trata-se, porém, de posicionamentos ainda minoritários e esparsos em meio a inúmeros discursos que acabam por legitimar o emprego do direito penal de autor em nosso ordenamento jurídico.

4. Conclusão

Há uma nítida incoerência em se defender um sistema penal fundado no direito penal de ato e ao mesmo tempo legitimar o emprego das circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade do agente como critério a ser levado em conta pelo juiz na fixação da pena.

O direito penal de ato é corolário do princípio da lesividade, que por sua vez é corolário dos princípios constitucionais da laicidade e da amoralidade estatais. Em

³³ Teles, Ney Moura. *Direito Penal*, p. 105-106.

³⁴ *Ibidem*, p. 106-107.

um Estado Democrático de Direito o respeito à pluralidade é incompatível com o exercício de uma ortopedia moral por parte do Poder Judiciário.

Necessário se faz uma interpretação conforme a Constituição com redução de texto do art. 59 do Código Penal para que se declare a inconstitucionalidade das circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena, tendo em vista sua afronta aos princípios da laicidade e amoralidade (art. 5º, VI, CR), legalidade (art. 5º, XXXIX, CR), devido processo legal (art. 5º, LIV, CR) e presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CR).

A insistência no uso destes critérios na fixação de pena pela doutrina e jurisprudência brasileiras legitima o uso do direito penal de autor e compromete um dos pilares do Estado Democrático de Direito: a separação entre Direito, moral e religião.

É preciso extirpar de vez de nosso Direito Penal qualquer resquício de valoração moral por parte do magistrado. E assim deve ser, não só pelo fato de critérios morais não serem passíveis de tipificação pelo fato de variarem de pessoa para pessoa e de sociedade para sociedade, mas principalmente pela própria essência do Direito Penal Democrático, fundado na tutela de bens jurídicos e absolutamente incompatível com a imposição de valores morais a quem quer que seja.

5. Referências bibliográficas

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: tomo 2 : fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PRADO, Luis Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 4ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- RADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 7º ed. Rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral - II, arts. 32 a 120 do Código Penal: teoria geral da pena, medidas de segurança e extinção da punibilidade, suspensão condicional do processo, prescrição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- THOMSON, Oliver. *A assustadora história da maldade*. 2ª ed. São Paulo: Ediouro, 2002.
- TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v.4. 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.
- VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- VIANNA, Túlio Lima. *Pena - Fixação: roteiro didático*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 54-61, abr/mai. 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.