

ARTIGO

O equívoco da valoração da personalidade e conduta social do réu na fixação da pena

Roberto Giordani Brunelli¹

Como citar este artigo: BRUNELLI, Roberto Giordani. O equívoco da valoração da personalidade e conduta social do réu na fixação da pena. **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte: v. 4, n. 2, e12653. ISSN: 2525-8036.

Resumo: O objetivo deste artigo é, após justificar a punição, defender a necessidade de serem expurgadas as circunstâncias da personalidade e da conduta social do réu da dosimetria penal. Primeiramente, serão expostas as perspectivas doutrinárias sobre a ontologia do crime e as justificativas para a sua punição. Na sequência, será apresentada a teoria da pena desenvolvida por Murray Rothbard e Stephan Kinsella, que justifica a pena e defende que a reparação e a punição são os seus únicos propósitos legítimos. Por fim, tendo essa teoria por base, e com o apoio de ilustres autores da doutrina nacional, realizar-se-á uma crítica ao artigo 59 do Código Penal do Brasil.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Penal do Fato; Direito Penal do Autor; Teoria da Pena; Retribuição.

Recebido em 30.05.2019

Aprovado em 16.09.2019

Publicado em 12.11.2019

1 INTRODUÇÃO

O objetivo primordial deste artigo é apresentar a teoria da pena de Murray Rothbard e Stephan Kinsella, e utilizá-la como base para justificar a imposição de uma pena e mostrar as suas legítimas finalidades. Isso viabilizará, com o apoio da doutrina nacional, a crítica das teses dos juristas que admitem a valoração da personalidade e da conduta social do acusado no momento da responsabilização penal.

Em síntese, Rothbard e Kinsella enxergam a retribuição e a reparação (do dano causado pelo crime) como as reais funções da pena, relegando a prevenção e a ressocialização do

¹ Analista Processual da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

criminoso a, no máximo, *efeitos* da pena, mas nunca o seu fim. Pode-se dizer que essa tese, por preocupar-se somente com a punição do autor pelo que ele concretamente fez, e não por quem ele é, insere-se na linha do “Direito Penal do Fato”.

Cabe mencionar que as pautas da criminalização de condutas (o *que* punir), da justificativa da punição (o *por que* punir) e, especialmente, dos parâmetros a serem adotados pelos julgadores (o *como* punir), questões bem trabalhadas na teoria de Rothbard-Kinsella, se revestem da maior importância no atual contexto social, político e midiático do Brasil.

Aqui, os discursos autoritários e punitivistas tem obtido um contínuo destaque na imprensa e nas redes sociais, geralmente clamando por novas tipificações penais, por penas de reclusão mais elevadas, e por uma maior “rigidez” na sua aplicação (p. ex. abolindo-se o instituto da saída temporária), pois supostamente a “impunidade” é o grande problema nacional a ser resolvido.

Inicialmente, serão abordadas as diversas perspectivas sobre a natureza do crime, ou seja, se ele seria um fenômeno natural, legal, social etc. Após, serão exploradas as principais correntes sobre os fins da pena (teorias retributivas, preventivas e ecléticas ou mistas). Na sequência, será realizada uma breve exposição e crítica às teorias enquadradas como “Direito Penal do Autor”, que se opõem ao “Direito Penal do Fato”.

Após, será apresentada a visão de Murray Rothbard a esse respeito, com o seu correto ênfase na proporcionalidade. Depois, será exposta a justificativa dada à punição por Stephan Kinsella, bem como suas respostas às objeções que poderiam ser levantadas. Finalmente, tratar-se-á da forma como deve(ria) ser realizada a dosimetria da pena, a partir da teoria de Rothbard-Kinsella, complementando-se com a doutrina nacional sobre o tema.

Se as premissas deste trabalho se revelarem corretas, ao final restará demonstrado que os juízes, no momento de estabelecer uma sanção penal a um infrator, devem se ater unicamente ao crime praticado e às suas circunstâncias, sem realizar um juízo de valor sobre a “personalidade” e a “conduta social” do seu autor.

2 PERSPECTIVAS SOBRE A ONTOLOGIA DO CRIME

Segundo Boschi (2013. p. 57), teve início na Grécia antiga um significativo esforço para “determinar ontologicamente o crime sob uma perspectiva metajurídica, isto é, fora dos espaços das normas escrita e independentemente das épocas históricas.” A partir desse período, começou-se a especular que o crime seria algo *natural*, isto é, não haveria a necessidade de cogitação de norma de direito positivo prévia (BOSCHI, 2013. p. 57).

Thomas Paine sustentava que o homem possui certos direitos em razão da sua própria existência, o que chamou de *direitos* naturais. Seriam condutas como procurar o seu próprio conforto e felicidade, desde que não interferissem nos direitos de terceiros. Para ele, tais direitos seriam preexistentes à entrada do indivíduo em qualquer comunidade ou governo (PAINE, 2010). A violação desses direitos naturais seriam, por consequência, “crimes naturais”.

A visão de Enrico Ferri também não reclamava lei escrita para configurar um delito: para ele, um *delito natural* seria toda a ação (punível) que, ao ser determinada por “motivos antissociais”, violasse os “sentimentos altruístas fundamentais” (como, diz ele, a piedade, a probidade, o pudor etc.) e ofendesse “as condições de existência social” (FERRI, 1998, p. 355).

Por outro lado, a doutrina moderna trata o crime, de acordo com a precisa lição de Cunha (2016, p. 150), como o “comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”. Para Bitencourt (2012, p. 555), de modo similar, o crime é “uma ação típica, antijurídica e culpável”.

No mesmo sentido é a explicação de Prado (2011, p. 297), que preceitua que “o delito vem a ser toda ação ou omissão típica, ilícita e culpável”. Carrara (1956, p. 48) é ainda mais claro: “crime é a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos”. A Constituição Federal do Brasil, inclusive, estabelece que “*não há crime em lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (grifo nosso).

Percebe-se que, com o passar do tempo, o Estado imiscuiu-se no papel de vítima, e o delito passou a ser entendido como uma infração à norma legal, e não mais como algo caracterizado pela produção de dano contra uma pessoa ou sua propriedade (ACHUTTI, 2014, p. 38). A posição jusnaturalista, segundo a qual a existência do crime na independente da legislação escrita, foi relegada aos tratados e manuais de Direito Penal e afins, sendo reputada como “superada” e “retrógrada”.

Veja-se que, no Brasil, o tortuoso “quebra-cabeça” do Direito Penal pode ser apresentado em quatro grandes “peças”: a Constituição Federal (veja-se, dentre outros, o art. 5º, inciso XLIV, da CF), os tratados penais internacionais (confira-se, exemplificativamente, o Decreto n. 40/91, relacionado ao crime de tortura), o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), e as leis penais extravagantes (por exemplo, as Leis n. 8.137/90 e n. 11.343/06).

Essa extensa legislação, como é de se esperar, criminaliza um incontável número de condutas. É digno de nota que essa expansão desenfreada do Direito Penal é objeto há anos de

severas críticas doutrinárias e acadêmicas, porquanto vem tutelando incontáveis “bens jurídicos” sem um mínimo critério lógico-científico (PRADO, 1998, p. 2-3). Tais críticas partem especialmente daqueles que são adeptos do “Direito Penal mínimo” (GOMES, 1994, p. 07) ou “minimalismo penal” (PALADINO, 2010, p. 61-82).

Há quem se posicione, por exemplo, contra a possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas (GOMES, 2008, p. 7-9), pois quem concretamente age são *personas*, não criações artificiais como uma “empresa” ou um “instituto”. Dotti (1995, p. 19) é um dos que melhor defende essa tese, apontando que “a voluntariedade, o dolo e a culpa [...] são fenômenos psicológicos inerentes às manifestações da pessoa humana”, razão pela qual ainda seria válido o antigo princípio romano *societas delinquere non potest* (“a sociedade não pode delinquir”, em tradução livre).

Também há quem se oponha à criminalização do uso e venda de substâncias proscritas por lei, sustentando que, além de ser arbitrária a determinação do que é lícito (“remédios) e do que não é (“drogas”), tratam-se “delitos” que não geram, por si só, nenhum dano a terceiros ou, como dito popularmente, seriam “crimes sem vítimas” (KARAM, 2012, p. 679).

Por isso, em face de tamanha controvérsia, optou-se por efetuar o recorte deste trabalho sobre os crimes de dano efetivo ou perigo concreto, cometidos *por* pessoas e *contra* pessoas, ou, ao menos, contra propriedades tangíveis (como automóveis, residências, telefones celulares e afins), reservando-se a análise da (i)legitimidade da tutela penal do meio ambiente, da propriedade intelectual, da “paz pública” etc. para trabalhos posteriores.

Assim, crime (para efeitos deste artigo) é toda ação humana que, de maneira intencional e injustificada, cause (ou ameace causar) danos físicos a terceiros ou às suas propriedades, porque todo indivíduo tem o direito (negativo) de não ter a sua propriedade e integridade física violadas (aliás, um dos conceitos possíveis de *liberdade* é precisamente o estado de ausência de violência). Logo, cuidar-se-á de justificar, aqui, a punição daquelas condutas que, salvo os abolicionistas, ninguém sequer contesta que são efetivamente *crimes*.

3. FUNDAMENTOS, FUNÇÕES E APLICAÇÃO DA PENA

Conforme observa Welzel (2007, p. 102-108), “o homem tem meditado sobre o sentido e a finalidade da pena desde que a reflexão filosófica acompanha a sua existência”. No mundo contemporâneo, mais do que nunca, é esperado de qualquer indivíduo civilizado que ele se preocupe com o *por que* punir o seu semelhante (KINSELLA, 2014). Aliás, caso se alegue que não é possível justificar nenhum ato violento, restará impedido até mesmo o exer-

cício da legítima defesa. Com isso, surge a problemática da justificativa da punição daquilo que se entende por crime.

3.1 JUSTIFICATIVAS PARA PUNIR

Tradicionalmente, a doutrina classifica as diferentes teorias da pena (isto é, as teorias que *justificam* a pena) em “absolutas”, “relativas” e “mistas”. Considerando que uma revisão bibliográfica completa transbordaria os limites deste trabalho, a análise se restringirá a alguns nomes de cada uma dessas três correntes, realizando exposição sintética de suas teses.

Cumprir iniciar pelas teorias “absolutas” ou da retribuição. Para Kant (2004, p. 193-197), um dos principais representantes dessa linha de pensamento, a pena deve ser imposta somente em resposta ao cometimento de um delito, defendendo que “o homem nunca pode ser manejado como simples meio para os propósitos de outrem nem confundido com os objetos do direito real”. Em outras palavras, a retribuição ao crime praticado é o fundamento único da pena (KANT, 2004, p. 193-197), não se prestando ela a fomentar a “prevenção”, “ressocialização” ou o que quer que seja, mesmo que visando o “bem comum” da sociedade.

Na visão “hegeliana”, a pena também cumpre unicamente um papel retributivo, constituindo-se uma negação da negação do direito. Hegel sustenta que a racionalidade e a liberdade estão na base do Direito, de modo que o crime seria uma contradição irracional, uma ação negativa da racionalidade. A ideia, pois, é que a pena reestabeleça a norma violada (BUSTOS RAMÍREZ, 1992, p. 90-113).

Lastreada nos ensinamentos de Cesare Beccaria, e com inspiração em Kant e Hegel, surgiu a Escola Clássica, que teve como expoentes, dentre outros, Pellegrino Rossi, Francesco Carrara e Enrico Pessina. Para essa escola penal, a imposição de uma pena, escreve Cunha (2016, p. 48), “é uma necessidade ética”, e visa o “reequilíbrio do sistema”. Em outras palavras, a pena é uma *retribuição* pela violação de um direito, imposta com o objetivo de resguardar a sociedade (CUNHA, 2016, p. 48).

Pode-se dizer, em suma, que as teorias retributivas, também conhecidas como “absolutas”, se caracterizam, em conformidade com as lições de Hassemer (2005, p. 371), por se apoiarem em si mesmas, pois “não dependem, como as teorias ‘modernas’, dos efeitos empíricos da pena (êxito da ressocialização, intimidação efetiva). Estes efeitos não se situam dentro de seus horizontes teóricos, e elas não indagam por eles.” O mesmo autor reconhece, ainda, que um traço marcante da visão retributiva é o respeito à dignidade dos criminosos (HASSEMER, 2005, p. 372).

Vale mencionar, a propósito, a Escola Técnica-jurídica, composta por Karl Binding, Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Giacomo Delitala, dentre outros nomes, cujo pensamento se aproxima da Escola Clássica. Para essa corrente, leciona Cunha (2016, p. 48), o crime “é uma relação jurídica de caráter tanto humano quanto social.” A pena, assim, seria uma forma de defesa “contra a perigosidade do agente; tem por objetivo castigar o delinquente”.

Passa-se, agora, às teorias “relativas” da pena. Elas propõem, resumidamente, a *prevenção geral*, pela intimidação da sociedade ou pelo reforço de sua “fidelidade” à ordem jurídica, ou a *prevenção especial*, pela ressocialização ou pela neutralização do delinquente (KUEHNE, 1995, p. 19).

A prevenção especial positiva se dirige à “correção” do delinquente, pretendendo a reeducação da pessoa do criminoso. Já a prevenção especial negativa busca a neutralização do delinquente, isto é, a eliminação daquele tido como “anormal” por meio da imposição de uma pena (AVILA, 2007, p. 5-44).

Por sua vez, a prevenção geral positiva se destina a reforçar a fidelidade de todos à ordem constituída. Pretende a integração disciplinar de todos “associados” a um ordenamento jurídico. Finalmente, a prevenção geral negativa visa a dissuasão ou intimidação dos cidadãos, por intermédio da ameaça causada pela (imposição de uma) pena (AVILA, 2007, p. 5-44).

De acordo com Bentham (1943, p. 20), um dos partidários da prevenção geral negativa, a pena é um mal que, acompanhado das devidas formalidades jurídicas, deve recair sobre indivíduos que cometeram algum ato prejudicial e proibido pela lei, “com o fim de se prevenir semelhantes ações para o futuro.”

Ele acredita que a pena deve ser respeitada em grau maior do que a tentação pelo crime, pois do contrário não atingirá a sua finalidade intimidatória. Defende que o “bom legislador” deve ser preocupar mais em prevenir os delitos do que promover a “desforra” da Justiça (BENTHAM, 1943, p. 13-29). Em outras palavras, o objetivo da pena, para o referido autor, é *prevenir* o cometimento de delitos pela sociedade.

De outra parte, é digna de nota a posição de Jakobs (2003, p. 12), que entende que “a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social - sem esta necessidade, seria por sua vez um mal inútil”. Morselli (1997, p. 43) esclarece que Jakobs e alguns outros pensadores, como Claus Roxin e Winfried Hassemer, “distinguiram a clássica prevenção geral ameaçadora ou negativa de um tipo diferente de prevenção geral, agora chamada de positiva ou integradora.”

Jakobs acredita que se deve dirigir a vontade das pessoas por meio da ameaça da pena. Porém, ressalva o jurista alemão, essa direção da vontade não seria unicamente pelo medo

da pena, e sim porque, com o tempo, o comportamento conforme a norma se transforma em costume. Por consequência, sintetiza Jakobs (2003, p. 32), “trata-se de prevenção geral por intermédio da prática de fidelidade à norma”.

Consequentemente, a pena exerceria uma função de prevenção geral não apenas quando opera negativamente, por meio da ameaça de coerção sobre aquele que vier a delinquir, mas também por reforçar [positivamente], com a efetiva aplicação da pena, o sentimento social de confiança na autoridade estatal e na eficiência da ordem jurídica (MORSELLI, 1997, p. 43).

Tratando da prevenção especial positiva, Delmanto (2016, p. 210) sustenta que “a ressocialização daquele que infringiu a lei penal, que é o meio para a sua reintegração social, é o maior mérito do Direito Penal”. Por considerar que todo ser humano é dotado de livre arbítrio, defende que “a ressocialização há que ser obtida mediante estímulo ao condenado, oferecendo-lhe benefícios como o da progressão e do livramento condicional e não como algo forçado, obrigatório.”.

Outro que busca a ressocialização do criminoso é Karl Röeder, fundador da Escola Correcionalista. Tal autor entendia a pena como uma forma de corrigir a vontade do criminoso (enxergado como um ser “anormal”, cujo comportamento, por ser socialmente reprovável, mereceria correção), e não como a retribuição a um “mal” por ele causado, razão pela qual poderia ser indeterminada (CUNHA, 2016, p. 49).

Já na prevenção especial negativa, explicam Pacelli e Callegari (2016, p. 53), não se busca a adesão ou correção do delinquente, mas a sua intimidação, de forma que o indivíduo, “em razão da ameaça da privação da liberdade ou da restrição de direitos, se manteria na conformidade das prescrições legais”. Ensinam que o seu mais importante articulador teórico é Paul Johan Anselm von Feuerbach, com a sua teoria da coação psicológica da pena.

Entretanto, há autores que, insatisfeitos com as posições acima delineadas, elaboraram o que se compreende por teorias “mistas”, também denominadas de teorias “unitárias”, “eccléticas” ou “sincréticas”. As teses tradicionais desse tipo reconhecem a necessidade da pena e também a sua utilidade, mesclando o seu caráter retributivo com a prevenção. Pode-se dizer que essas teorias são fruto da “luta” entre as Escolas Clássica e Positiva (KUEHNE, 1995, p. 19).

Mir Puig (2002, p.79), por exemplo, escreve que a pena é “um mal que se impõe como resposta ao cometimento de um delito”, mas alerta que isso não se confunde com a sua função. Argumenta que o fato da pena ser um castigo não significa, necessariamente, que a

sua função seja somente a de retribuição. Para ele, a pena tem a função de defesa dos bens jurídicos, que se realiza através da retribuição e da prevenção, pois é um fenômeno complexo (MIR PUIG, 2002, p. 79-80).

Também é importante mencionar a posição dos italianos Emanuele Carnevale, Bernardino Alimena, Giuseppe Impallomeni, e dos franceses Alexandre Lacassagne, Tarde e Manouvrier, agrupados na chamada Escola Eclética. Esses pensadores, resumidamente, atribuíram à pena a função essencial de defesa social, mas reconheceram, também, o seu caráter aflitivo (CUNHA, 2016, p. 49).

O Código Penal brasileiro, aliás, adotou uma teoria mista ou eclética da pena, porque estabeleceu, em seu artigo 59, que caberá ao juiz, caso a caso, fixar a pena que se mostre necessária e suficiente “para *reprovação e prevenção* do crime” (grifos nossos).

Concluída a exposição das justificativas tradicionalmente ofertadas para a imposição de uma pena, bem como das correntes existentes acerca da(s) sua(s) finalidade(s), passa-se a realizar uma análise sintética do posicionamento da doutrina brasileira sobre as circunstâncias da conduta social e da personalidade do acusado, com o objetivo de propiciar uma crítica desses vetores.

3.2. DIREITO PENAL DO FATO *VERSUS* DIREITO PENAL DO AUTOR

Quando se trata de culpabilidade penal, há quem pretenda a responsabilização do sujeito pela sua conduta de vida, o que constitui aquilo que se conhece por “Direito Penal do Autor” (ZAFFARONI, 2007, p. 90). Originadas de manifestações autoritárias e do constante uso simbólico do Direito Penal, essas teses visam combater grupos determinados de pessoas (CRESPO, 2004, p. 90), e não os fatos criminosos em si.

O expoente máximo dessa corrente é o supracitado Günther Jakobs, que cunhou a expressão “Direito Penal do Inimigo”, em contraposição àquilo que chamou de “Direito Penal do Cidadão” (ZAFFARONI, 2007, p. 90). A ideia, basicamente, é que devemos esperar o “cidadão” efetivamente agir para puni-lo, ao passo que o “inimigo” poderia ser “interceptado” previamente, em razão da sua “periculosidade”. Um “cidadão” seria aquele que delinuiu por erro, enquanto “inimigo” seria aquele que pretende destruir o ordenamento jurídico vigente, o que dispensaria o seu tratamento como pessoa.

No extremo, estaria justificada a punição de um terrorista muito antes da produção de danos e, mesmo sem um resultado, poderiam se aplicar penas desproporcionalmente altas. Essa forma exacerbada de reprovação acaba por “demonizar” determinados grupos de autores, promovendo a sua exclusão da sociedade (CRESPO, 2004, p. 216)

Cabe registrar também, conforme lembra Bitencourt (2012, p. 158), o pensamento de Franz von Liszt, que via a aplicação da pena como uma forma de “ressocialização e reeducação do delinquente à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para *neutralizar os incorrigíveis*” (grifo nosso).

Para os adeptos dessa concepção, a pena tem como finalidade a defesa da “sociedade”, de modo que o crime seria um “dano social”, e o criminoso seria um anormal, um “perigo social” que colocaria em risco a ordem constituída. Portanto, buscavam-se medidas ressocializadoras ou “inocuidadoras” para esses homens “anormais” e “perigosos”. Por suporem o criminoso como um indivíduo diferente do “sujeito normal”, ele deveria receber um tratamento condizente com a sua respectiva “periculosidade” (BITENCOURT, 2012, p. 159).

Essas pretensões moralizantes e autoritárias de reprimir um determinado tipo de pessoa, eleita como “perigosa” ou “anormal”, e de promover uma “reforma interior” do apenado, desprezam o contínuo processo de secularização da sociedade contemporânea, bem como se afastam do legítimo Direito Penal do Fato. Em outras palavras, o Direito Penal deveria se ocupar tão somente da ação praticada pelo acusado, barrando o julgamento sobre a sua pessoa (LOPES JR; ROSA, 2015).

Prado (2011, p. 137) adverte que o Direito tem por base (e deve reconhecer) “a liberdade humana de escolher atuar ou não conforme seus preceitos”. Construir um Direito Penal a partir da pessoa do delinquente e não a partir do fato delituoso causa repulsa. Conjecturar sobre a subjetividade daquele a que se imputa um crime é uma conduta arbitrária (e, por isso, indevida) por parte do julgador (LOPES JR; ROSA, 2015).

Contudo, em seu artigo 59, o Código Penal do Brasil determina que os juízes tenham em conta a culpabilidade, os antecedentes, a *conduta social*, a *personalidade*, os motivos, as circunstâncias do crime, as suas consequências e o comportamento da vítima no momento da fixação da pena do criminoso.

Tal dispositivo evidencia a opção do legislador brasileiro por um “Direito Penal do Autor”, onde, conforme a precisa crítica de Menezes (2005, p. 77), se “privilegia os fatos ínsitos da vida do acusado e não se adstringe apenas aos fatos e circunstâncias que compõem o delito no caso concreto, conforme preleciona o Direito Penal do Fato”.

Veja-se que, para Aguiar Júnior (2013, p. 73), na circunstância da “conduta social” se deve averiguar o modo pelo qual o réu exerceu o seu papel na sociedade, no trabalho, na sua família etc., o que serviria “para avaliar o modo pelo qual o agente tem se conduzido na

vida de relação”, permitindo “concluir se o crime é um simples episódio [...] ou revela sua propensão para o mal.”.

Na mesma linha, Boschi (2013, p. 175) argumenta que o exame da “conduta social” permite conhecer o temperamento, o caráter “e, queiramos ou não, a personalidade e a vida pregressa do acusado, mesmo porque as circunstâncias judiciais não são estanques, elas interagem e são mutuamente esclarecedoras”.

Alega o referido jurista, ainda que faça a ressalva de que informações utilizadas para valorar a conduta social não podem ser as mesmas empregadas na análise dos antecedentes, que uma pessoa com “larga folha corrida” não será considerada como “bem inserida” na sociedade (BOSCHI, 2013, p. 175). Em razão disso, é comum que os réus arrolem, em sua defesa, as chamadas “testemunhas abonatórias”, isto é, aquelas pessoas irão a juízo para depor favoravelmente sobre o seu comportamento pretérito (CUNHA, 2016, p. 417).

Aliás, Masson (2016, p. 391) entende que o estilo de vida do réu “*deve* ser objeto de questionamento do magistrado tanto no interrogatório quanto na colheita da prova testemunhal” (grifo nosso), a fim de se verificar se o comportamento do acusado é “correto ou inadequado”. Além disso, defende que “se necessária para a busca da verdade real, pode ser ainda determinada a avaliação do acusado pelo Setor Técnico do juízo (avaliação social e psicológica).”

Quanto à “personalidade” do réu, Cunha (2016, p. 418) preleciona que essa circunstância se trata “do retrato psíquico do delinquente”. Citando julgado do STJ, o autor registra que essa vetorial deve ser analisada com cautela, sob pena de se incidir, de forma indevida, no Direito Penal do Autor.

Por outro lado, rechaçando a crítica de que valorar (negativamente) a personalidade do réu seria uma forma de culpá-lo por seu modo de vida, Nucci (2005, p. 02) escreve que a “personalidade maldosa e desleal, [é] merecedora de maior censura, sem dúvida”. A aferição do “modo de ser” do acusado seria, pois, uma forma de evitar a padronização das penas.

Para Estefam e Gonçalves (2016, p. 284), a circunstância da personalidade refere-se “ao comportamento do réu no dia a dia e ao seu caráter, levando-se ainda em conta sua periculosidade”, de forma a ser avaliada “a índole do sujeito, seu perfil psicológico e moral”. Observam os autores que “as menções mais comuns em sentença são aquelas em que o magistrado fixa a pena-base acima do mínimo por entender que o acusado possui personalidade violenta”.

É similar, por fim, a posição de Masson (2016, p. 391), para quem a circunstância da personalidade corresponde ao “perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais.”.

Encerrada a exposição doutrinária sobre o art. 59 do Código Penal do Brasil, cumpre avançar ao objetivo primordial deste artigo, isto é, apresentar a teoria da pena formulada por Murray Rothbard e Stephan Kinsella para, ao final, utilizá-la como base para realizar uma crítica ao mencionado dispositivo.

4 ROTHBARD, KINSELLA E A CORRETA DOSIMETRIA DA PENA

A teoria da pena de Murray Rothbard e Stephan Kinsella, como se verá, busca combinar a retribuição com a reparação do dano sofrido pela vítima. Consigna-se, de antemão, que ela trata a prevenção ou a ressocialização do agressor como, no máximo, efeitos possíveis da pena, mas nunca a sua finalidade. Portanto, ela despreza, acertadamente, a “conduta social” e a “personalidade” do réu, e se atém unicamente ao que ele concretamente fez.

3.2 REPARAÇÃO, PUNIÇÃO PROPORCIONAL E *ESTOPPEL*

Rothbard (2010, p. 145) tinha uma visão distinta e peculiar sobre a questão da sanção penal. Em seu entender, “o criminoso perde seus direitos *na mesma proporção* que privou outro homem de seus direitos” (grifo no original), em observância à devida proporcionalidade. Uma espécie de *lex talionis* moderna, por assim dizer.

Logo, se “A” subtraiu R\$ 15.000,00 de “B”, a primeira coisa a se fazer é promover a restituição dessa exata quantia ao “A”, a título de *reparação* pelo dano sofrido. Após, vem efetivamente a *punição*. Se o criminoso deixa de ter direitos na mesma proporção do que foi privado à vítima, deverá pagar outros R\$ 15.000,00 ao ofendido. Nos dizeres do próprio Rothbard (2010, p. 148-149), “o criminoso deve pagar o dobro da quantidade do roubo: uma vez pela restituição da quantidade roubada e uma outra vez para perder aquilo que foi privado da outra pessoa”.

A teoria da proporcionalidade, esclarece o autor referido, somente estabelece o limite máximo da pena que poderá recair sobre o agressor. A vítima, porém, poderá se satisfazer com uma sanção menor (como o pagamento de R\$ 5.000,00 dos R\$ 15.000,00 subtraídos, por exemplo), optar por uma sanção alternativa equivalente ou, ainda, perdoar o criminoso, abrindo mão da punição e, se quiser, até mesmo da reparação do dano causado. O que importa é que a punição seja proporcional ao crime perpetrado (ROTHBARD, 2010, p. 146).

Cabe mencionar, conforme assevera Greco (2009, p. 96), que quando há um exagero na punição, somos tomados por uma sensação de revolta, pois “penas desproporcionais nos trazem a sensação de injustiça. Desde criança, raciocinamos com a ideia de castigo proporcional à nossa desobediência.”.

Deixando de lado a questão da aferição, no caso concreto, da proporcionalidade na dosimetria penal, o que releva destacar, para os fins deste artigo, é a opinião de Murray Rothbard sobre os fins da pena: ela serviria para reparar o dano causado e para punir o delinquente por tê-lo causado. Desse modo, a sua teoria pode ser enquadrada, salvo melhor juízo, como uma nova forma de teoria absoluta, pois a *retribuição* seria uma combinação da punição com a reparação (ou seja, ambas podem ser vistas como as duas faces da mesma moeda).

Aliás, sua crítica às teorias majoritárias que colocam a prevenção como um dos fins da pena (ou o único) é deveras interessante: no seu entender, as penas impostas *em abstracto* na tentativa de dissuadir a prática do crime acabam por serem maiores do que os danos *concretamente* causados na maioria dos casos, o que violaria a necessária proporcionalidade da sanção penal (ROTHBARD, 2010, p. 153).

Quanto à ressocialização do apenado, a (dura) crítica de Rothbard (2010, p. 153) também é certa:

[A] reabilitação não apenas conduz a uma injustiça arbitrária e grave, mas também deposita um enorme e arbitrário poder de decidir o destino dos homens nas mãos dos aplicadores da punição. [...] Ao invés de serem sentenciados a cumprirem penas proporcionais a seus crimes [...] um homem pode ir para a prisão por algumas semanas, se ele for rapidamente ‘reabilitado’ enquanto outro pode permanecer preso indefinidamente.

Stephan Kinsella aperfeiçoou a teoria de Murray Rothbard e forneceu uma justificativa adequada para a punição. Sua tese é fundamentada no *estoppel*, um antigo princípio do *common law*, que estabelece que não é permitido a ninguém fazer uma alegação que incorra em contradição com uma conduta sua anterior. O equivalente ao *estoppel* no *civil law* é o princípio do *venire contra factum proprium* (KINSELLA, 2014).

Sobre o referido princípio do *civil law*, leciona Dickstein (2011, p. 94-95) que “alguém que se comporta em determinado sentido, não pode vir a contrariar, posteriormente, esse comportamento inicial”. A vedação do comportamento contraditório proíbe a conduta contraditória e a incoerência, buscando impedir prejuízos, concretos ou potenciais, decorrentes da contradição.

Ora, o objetivo de todo debate é buscar a verdade sobre algum assunto em particular. Negar essa afirmativa implica contradizer-se no próprio curso da sua objeção. Portanto, as alegações de que “A é A” e “A não é A” não podem ser verdadeiras ao mesmo tempo. Assim,

a doutrina do *estoppel* nada mais é do que uma forma de ampliar essa exigência de consistência lógica feita aos interlocutores em um debate para o campo da justiça criminal (KINSELLA, 2014).

Nota-se que, no Brasil, Lênio Luiz Streck (2018) já percebeu esta lacuna:

[...] No campo de conhecimento chamado ‘Direito’, não há uma exigência de consistência lógica no discurso jurídico. Deveria haver. Mas não há. [...] Lamentavelmente, a comunidade jurídica se contenta com meras narrativas, na maior parte de segunda mão, impedindo-se, com isso, que se possa cobrar rigor discursivo. Ninguém é filho de chocadeira. Não há grau zero. [...]

Portanto, a ideia central, nos dizeres de Kinsella (2014), é que “uma pessoa não pode contestar consistentemente sua punição se ela mesma deu início ao uso da força”. Ela se encontra, pois, impedida de negar validamente (*estopped*) a legitimidade do uso de força para puni-la, em virtude do seu próprio comportamento agressivo e injustificado.

Naturalmente, como o próprio autor reconhece, o princípio do *estoppel* só entra em cena quando (1) a vítima deseja a punição do criminoso e (2) o agressor se oponha à sua aplicação. Fora dessas duas hipóteses, sequer surgiria a necessidade de se justificar a imposição de uma pena.

A compreensão dessa tese fica facilitada quando apresentada na forma de um caso prático: veja-se que, se “A” inicia, de forma intencional e injustificada, o uso da força contra “B”, subtraindo um objeto de sua propriedade ou ceifando-lhe a vida, terá cometido um crime. Se, para contestar a pena que lhe desejam aplicar, “A” alegar que *toda* agressão é injustificável, ficará, com isso, impedido logicamente de iniciar ou revidar qualquer ato violento (o que inclui a punição que querem lhe impingir pelo crime contra “B”).

Caso “A” sustente que *algumas* ações violentas são justificáveis e outras não, incorrerá no ônus de demonstrar que sua afirmativa é universalizável, pois, em um debate normativo, a proposição de “a agressão praticada por mim é adequada” não passa no teste, enquanto a afirmativa de que “agredir é [ou não é] adequado” é perfeitamente universalizável, em consonância com a “Regra de Ouro” da Ética ou o imperativo categórico kantiano (KINSELLA, 2014). Além disso, refere Kinsella (2014):

O argumentador não pode escapar da aplicação do *estoppel* especificando arbitrariamente suas opiniões, de outra forma inconsistentes, borrifando alegremente alguns “só para mim”. [...] mesmo que A negue a validade do princípio de universalização e sustente que ele pode particularizar suas normas, ele não pode contestar se C fizer o mesmo. Se ele admitir que as normas podem ser particularizadas, C poderia simplesmente agir segundo a norma particular “É permitido punir A.”

Consequentemente, se “A” desejar sustentar que o uso da força *nesse caso* é errado, argumentando que tem um “direito” a não ser punido por esse fato em específico, deverá ele

provar que sua ação foi justificada (como na hipótese da legítima defesa). Do contrário, ficará (dia)logicamente impedido de objetar a sua pena, pois essa alegação será completamente inconsistente com a sua ação prévia, quando se valeu *injustificadamente* da força para roubar ou matar “B”. Em outras palavras, essa e quaisquer outras objeções que o criminoso possa fazer encontram-se “preclusas” (KINSELLA, 1999, p. 84), conforme explicado acima.

Dando continuidade ao pensamento de Murray Rothbard, Stephan Kinsella enxerga uma finalidade punitiva e reparatória na pena. É digna de registro a sua observação de que a punição (por mais severo que seja o castigo imposto ao agressor) e a reparação (não importando o quão alta seja a quantia monetária extraída) serão sempre remédios imperfeitos para o dano causado, razão pela qual qualquer ato *iniciativo* de força é inadmissível. De qualquer forma, cabe à vítima, querendo, demandar a imposição de uma pena àquele que lhe agrediu, buscando a sua punição e/ou a reparação (KINSELLA, 2014).

Vale destacar, por fim, que há uma distinção entre as funções da pena e os seus possíveis efeitos. A pena pode servir a diversos propósitos, como impedir que o criminoso volte a cometer delitos, desencorajar outras pessoas de praticarem crimes, ressocializar o apenado etc. A pena pode servir até mesmo satisfazer a vontade subjetiva de “vingança” dos familiares e amigos de uma pessoa assassinada, por exemplo. Esses efeitos, todavia, não se confundem com as funções da pena, que são, na linha do exposto acima, a punição e a reparação (restituição) do dano causado pelo crime (KINSELLA, 1999, p. 85).

Assim, justificada a imposição de pena, e esclarecida as suas reais funções de acordo com a teoria de Rothbard-Kinsella, passa-se ao exame das circunstâncias que efetivamente devem ser levadas em consideração pelo julgador no momento da dosimetria penal.

4.2 CRÍTICA À REPRESSÃO DA “MÁ” CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE “DELINQUENTE” OU “VIOLENTA”

A decisão de um juiz deve sempre ser voltada aos interesses das partes, e nunca para os interesses de pessoas totalmente alheias à questão, sem conexão com o fato em julgamento ou com as partes efetivamente envolvidas (LEONI, 2010), ainda que os efeitos da decisão possam vir a ser supostamente “benéficos” ou “maléficos” para terceiros.

O Direito Penal entra em ação, de acordo com o recorte deste artigo, quando uma pessoa, de maneira intencional e injustificada, viola a propriedade material ou a integridade física de outrem. Assim, a expressão “partes envolvidas” refere-se unicamente ao criminoso e à vítima do caso concreto (ou seus sucessores, caso tenha vindo a óbito).

Como já dito, a punição e a reparação são sempre “remédios imperfeitos” para o dano causado pelo crime. Mas por que não deixar a vítima escolher o que ela deseja (dentro dos limites ditados pelo princípio da proporcionalidade)? Afinal de contas, a vítima não pediu para ser uma vítima. O crime sofrido diz respeito tão somente a ela (KINSELLA, 1999, p. 85-86).

Portanto, constituiu um equívoco pensar o Direito Penal de forma utilitária, enxergando-o como uma ferramenta de “prevenção geral”. Embora isso possa vir a ser um dos seus *efeitos*, a pena não tem como *finalidade* impingir terror à sociedade ou reforçar a obediência das pessoas às normas. A pena também não deve buscar “reformatar” (regenerar) ou “neutralizar” o criminoso, isto é, não deve ser tida como um instrumento da serviço da “prevenção especial”.

A pena é, frise-se, tão somente um castigo aplicado ao infrator em razão da ação violenta e injustificada por ele praticada, além de um meio de reparação do dano eventualmente causado à vítima do crime. O agressor, como já dito, está argumentativamente impossibilitado de objetar a pena calcada no delito que ele objetivamente cometeu. Assim, somente é legítimo avaliar as circunstâncias do crime e suas consequências (LOPES JR.; ROSA, 2015).

Contudo, o agressor conseguirá objetar a sua pena caso se pretenda considerar a sua “personalidade voltada à criminalidade” e/ou a sua “má conduta social”, pois ele somente pode ser julgado por aquilo que objetivamente fez, e não por quem ele é. Uma pena que não se atenha somente às circunstâncias e consequências do crime, envolvendo outros fatores na sua dosimetria, violará a necessária proporcionalidade (da punição) de que tanto falava Murray Rothbard.

Veja-se que, retomando-se o exemplo de Murray Rothbard, se “A” subtraiu R\$ 15.000,00 de “B”, aquele poderá ser condenado ao pagamento de R\$ 30.000,00 a este, sendo R\$ 15.000,00 a título de punição (castigo pelo martírio impingido) e R\$ 15.000,00 como forma de se retornar as coisas ao estado em que se encontravam antes do cometimento do crime, isto é, um retorno ao *status quo* anterior (ROTHBARD, 2010, p. 149).

Porém, se a quantia da punição for elevada para, digamos, R\$ 20.000,00, sob o fundamento de que o criminoso ostenta uma “personalidade excepcionalmente violenta” ou uma “reprovável conduta social”, o fato concretamente praticado será (ainda que parcialmente) retirado do foco da análise, corrompendo-a com a repudiável intromissão de circunstâncias pessoais daquele que praticou o delito.

É certo que deve haver uma individualização das penas a serem aplicadas pelos julgadores criminais. Todavia, essa individualização deve ser ditada pelas circunstâncias objetivas do delito. Em outras palavras, a pena deve variar de acordo com as circunstâncias e consequências do crime. Logo, aquele que, para subtrair coisa móvel alheia, emprega uma arma de fogo e acaba por lesionar a vítima, poderá ter um apenamento distinto daquele que, por exemplo, aterroriza a vítima com a mão enfiada no bolso do casaco, mas subtrai seus bens sem machucá-la. Ambos responderão por roubo e evidentemente deverão receber penas distintas, mas nunca por um ser uma “boa pessoa”, um “bom vizinho” etc. e o outro não.

Frisa-se, assim, que o dano a ser impingido a título de pena pelo crime praticado deve guardar relação *direta* com o dano sofrido pela vítima, sob pena de se falhar na observância da proporcionalidade, ou, em outros termos, sob pena de se violar a devida reciprocidade (KINSELLA, 2014). Aliás, o dano, para que a pena devida possa ser aferida, deve ser passível de demonstração pela vítima, e, conseqüentemente, passível de refutação pelo réu, na eventual defesa que vier a ser oferecida.

Tratando especificamente da circunstância da *conduta social* do acusado, é importante destacar que essa avaliação do que é um comportamento “bom” ou “mau” é subjetiva, isto é, depende da perspectiva interna do julgador. O que é um modelo de “bom pai”, “bom vizinho” ou “bom marido” para uma pessoa pode ser visto como inadequado por outra. Na sociedade moderna, múltiplos estilos de vida coexistem, e ninguém tem legitimidade para impor aos outros um modo de vida em particular como o único possível.

Esses juízos valorativos sobre a interioridade do acusado (no sentido dele ser uma “boa” ou uma “má” pessoa em seu convívio social) criam mecanismos retóricos incontroláveis, que, via de regra, operam de maneira desfavorável ao sujeito. A admissão desses elementos essencialmente morais, que são desprovidos de averiguabilidade probatória, elimina a possibilidade da sua refutação empírica pela defesa do réu (CARVALHO, A.; CARVALHO, S., 2008, p. 31-32).

Mesmo que fossem traçados parâmetros objetivos daquilo que é um comportamento “bom” e “adequado” em sociedade, o julgador não teria legitimidade para impor uma conduta social diferente. Há uma distinção entre o direito de um indivíduo e a (i)moralidade no modo como se exercita esse direito. O homem tem direito a não sofrer interferências violentas enquanto não for responsável por um ato iniciativo e injustificado de força. Se as formas de exercer esse direito são entendidas como imorais pelas demais pessoas, isso é uma questão de ética pessoal, mas certamente não compete ao Direito Penal (ROTHBARD, 2010, p. 79).

Cabe esclarecer: não é que o indivíduo propriamente tenha um “direito” a ser um “mau pai”, “mau marido”, “mau colega” etc., o que ele tem é um direito de não sofrer coerção de maneira injustificada – e a maneira justificada de se usar a força contra alguém é quando esta comete um crime, mas isso se limita exclusivamente a punir objetivamente pelo fato cometido, não por outros atos e eventos pretéritos.

A propósito, a possibilidade de alguém cometer crimes no futuro (o que os juízes criminais costumam “aferir” a partir da vida pregressa do réu, especialmente seus antecedentes e sua personalidade) também não serve para legitimar a aplicação de uma pena no presente, sob pena de concretizarmos a distopia prevista na obra “Minority Report”, de Philip K. Dick.

Aliás, agora tratando da circunstância da *personalidade* do acusado, Salo de Carvalho observa que há enorme controvérsia acadêmica interdisciplinar sobre o conceito de personalidade, tratando-se de a definição que varia de autor para autor (CARVALHO, A.; CARVALHO, S., 2008, p. 56). Assim, tendo-se em vista o dever de se fundamentar a decisão, com a explicitação dos critérios e conceitos utilizados, não poderia o juiz criminal recorrer a uma linguagem vaga (ROTHBARD, 2010, p. 171-172), utilizando-se, no caso, do conceito impreciso de “personalidade”.

Logo, é desprezível a valoração da circunstância da personalidade, assim como da conduta social, pois elas dependerão completamente da subjetividade do julgador, que reprovará aquilo que entende, no seu interior, como conduta “imoral”. Pertinente destacar a certa observação de Murray Rothbard a esse respeito: “nenhuma ação que não tenha sido escolhida livremente possa ser considerada ‘moral’.”.

Não faz nenhum sentido, quando se possui toda uma principiologia orientada para o Direito Penal do Fato, pretender exacerbar a pena de alguém com fundamento na sua personalidade “desajustada”, “violenta” ou “voltada à prática criminosas”, como reiteradamente se lê em decisões judiciais (SOUZA, 2011, p. 12).

Ante o exposto, revela-se acertada a teoria da pena de Rothbard-Kinsella quando propõe que, para a aferição da pena, deve ser levado em consideração somente elementos objetivos, como as circunstâncias do delito e as suas consequências.

5 CONCLUSÃO

O Direito Penal, entendido como um conjunto de normas que versam sobre o crime e sobre a aplicação da respectiva pena, é algo indispensável em nosso mundo. De alguma for-

ma, a necessidade da imposição de uma pena, não importando a localidade, a cultura, o meio social etc. em que estejam inseridos os agentes, será sempre sentida pelas pessoas, em virtude da escassez e da própria natureza humana.

Procurou-se demonstrar que a pena serve somente para punir o delinquente e para reparar o dano eventualmente sofrido. Com Murray Rothbard, em particular, apontou-se que o princípio da proporcionalidade serve como baliza máxima para a pena. Com Stephan Kinsella, mostrou-se que não é possível que o indivíduo objete, de maneira logicamente consistente, a imposição de uma pena se ele mesmo deu início, de forma injustificada, ao uso da força contra outrem. Assim, somando os dois autores referidos, apresentou-se uma teoria retributiva da pena que é racional e logicamente defensável.

Em outras palavras: o criminoso não consegue objetar, de maneira consistente, uma pena proporcional, que é aquela que se atém às circunstâncias objetivas do delito. Do contrário, se entrarem em cena elementos moralizantes como a “conduta social” e a “personalidade”, com o fito de se exasperar a pena a ser aplicada, restará violado o princípio da proporcionalidade, e com isso o agressor poderá logicamente objetar a pena que eventualmente pretendam impor-lhe.

O intento deste trabalho foi contribuir para a discussão das Ciências Penais ao (1) apresentar uma teoria da pena argumentativamente consistente e, a partir disso, (2) evidenciar a legitimidade do “Direito Penal do Fato” e, conseqüentemente, mostrar o equívoco em que o legislador brasileiro ocorreu ao recepcionar, ao menos em algumas partes da nossa legislação, aquilo que é tido como “Direito Penal do Autor”.

A proposta, assim, é que a pena passe a ser enxergada apenas com as finalidades de punir e reparar o dano do crime, e, por consequência, que as circunstâncias da “personalidade” e da “conduta social” sejam expurgadas do artigo 59 do nosso Código Penal, tendo em vista que ferem o “Direito Penal do Fato”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena** – 5. ed. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

AVILA, Keymer. Aproximación al estudio de la pena desde una perspectiva crítica. **Capítulo criminológico**: Revista de las disciplinas del control social, Maracaibo, v. 35, n. 1, p. 5-44., jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp>

?codigo_sophia=93428>. Acesso em: 21 maio 2018.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Cultura, 1943.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. 1 – 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: **Lex**, 2014.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. A pena e suas teorias. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 90-113, jul./set. 1992. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=52188>. Acesso em: 12 abr. 2018.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Trad. José Luiz Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 1.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CHRISTIE, Nils; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalis-

ta. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 13-22, jan./mar. 1998. p. 19. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18409>. Acesso em: 28 mar. 2018.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. **Revista de derecho penal y criminología**: Espanha, Madrid, 2ª época, n. 14, p. 87-115., jul. 2004. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=72272>. Acesso em: 16 maio 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120) – 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. Lei do Desarmamento estabeleceu terrível distinção entre brasileiros. **Conjur**: São Paulo, 17 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-17/interesse-publico-lei-desarmamento-fixou-terrivel-distincao-entre-brasileiros>>. Acesso em: 21 maio 2018.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. – 9 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

DICKSTEIN, Marcelo. As funções da boa-fé objetiva e a proibição de comportamento contraditório. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 87, p. 83-111, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=89452>. Acesso em: 24 abr. 2018.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 184-207, jul./set. 1995. p. 19. Disponível em:

<http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=2588>. Acesso em: 19 abr. 2018

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. Coord. Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Prefácio do Prof. Beleza dos Santos; tradução de Paolo Capitanio. - 2. ed. - Campinas: Bookseller, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. Criminalização e direito penal mínimo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 21, p. 07, set. 1994. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13590>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Crime ambiental e responsabilidade penal de pessoa jurídica de direito público. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 7-9, abr./maio 2008. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=68815>. Acesso em: 21 mar. 2018.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal** – 4. ed. – Niterói: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. Tradução de Bruno Garschagen. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. - São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. - 6. ed. atual. e ampl., 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

KANT, Immanuel. O direito penal e o direito de indulto. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 25, n. 99, p. 193-197, jul./set. 2004. p. 01. Disponível em:

<http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=49238>. Acesso em: 12 abr. 2018.

KARAM, Maria Lúcia. **"Guerra às drogas" e criminalização da pobreza**. In: Estudos críticos sobre o sistema penal. Orgs. ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fábio da Silva. Curitiba: LedZe, 2012. p. 679 et seq. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100577>. Acesso em: 21 mar. 2018.

KINSELLA, N. Stephan. **Agressão, pena e proporcionalidade - como estabelecer os limites?** São Paulo, 23 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1846>>. Acesso em: 31 maio. 2018.

_____. Inalienability and punishment: a reply to George Smith. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, v. 14, p. 79-93, 1999.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena**. Curitiba: Juruá, 1995.

LEONI, Bruno. **Liberdade e a lei** – 2. ed. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<http://rothbardbrasil.com/liberdade-e-a-lei-4/>>. Acesso em: 17 maio 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; ROSA, Alexandre Moraes da. O passado condena? Quando não se julga pela razão, mas pelos antecedentes. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 8 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015mai08/Limitepenalquandonaoljulgarazaopelosantecedentes>>. Acesso em: 31 maio 2018.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado** – 4. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MENEZES, Bruno Seligman. **Fixação da pena-base à luz do garantismo penal** – Campinas: Editora Minelli, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

_____. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

MORSELLI, Elio. A função da pena à luz da moderna criminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 39-46, jul./set. 1997. p. 43. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18280>. Acesso em: 26 abr. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. A análise da personalidade do réu na aplicação da pena. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, 13 de agosto de 2005.

PACCELI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

PAINÉ, Thomas. **The writings of Thomas Paine**, vol. 2. Project Gutenberg, 2010. Disponível em:

<http://www.gutenberg.org/files/3742/3742-h/3742-h.htm#link2H_4_0011>. Acesso em: 31 mar. 2018.

PALADINO, Carolina Freitas. Política criminal: direito penal mínimo x direito penal máximo. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 61-82, dez. 2010. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=84990>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica**. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, 65/Ed. Esp. p. 2-3, abr. 1998. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=15955>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral – 11. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROTHBARD, Murray N. **A ética da liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 145.

SOUZA, Marcel Soares de. Lombroso entre nós: a persistência da personalidade como critério de aumento de pena no direito brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 19, p. 12, dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal? **Conjur**: São Paulo, 07 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal>>. Acesso em: 16 jun 2018.

WELZEL, Hans. La naturaleza de la pena. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 102-108, dez./jan. 2007. Disponível em:

<http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63423>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Defesa social e direito penal do autor. **Revista IOB de**

Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 89-90, jun./jul. 2007. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=67008>. Acesso em: 16 maio 2018.

THE MISLEADING IN THE VALUATION OF PERSONALITY AND SOCIAL CONDUCT OF THE DEFENDANT IN THE SENTENCE

Roberto Giordani Brunelli

How to cite this article: BRUNELLI, Roberto Giordani. O equívoco da valoração da personalidade e conduta social do réu na fixação da pena. **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte: v. 4, n. 2, e12653. ISSN: 2525-8036.

Abstract: The purpose of this article is, after justifying the punishment, sustain the necessity of eliminating the analysis of “personality” and the “social conduct” of the defendant in the sentence. Firstly, the doctrinal perspectives on the ontology of the crime and justifications for a punishment will be exposed. In the sequence, Rothbard-Kinsella theory will be presented, which adequately justifies the punishment, and argues that the restitution and castigation are the only legitimate purpose of punishment. Finally, having this theory as our base, and with the support of famous authors of the national doctrine, a critique of article 59 of Brazilian Criminal Code will be held.

Key-words: Criminal Law; Objective Criminal Law; Subjective Criminal Law; Theory of Punishment; Retribution.