

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito



Atena
Editora
Ano 2019

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito

**Atena Editora
2019**

2019 by Atena Editora
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Geraldo Alves
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Faria – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
N285	A natureza e o conceito do direito 1 [recurso eletrônico] / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2019. – (A Natureza e o Conceito do Direito; v. 1) Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader. Modo de acesso: World Wide Web. Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-676-8 DOI 10.22533/at.ed.768190810 1. Direito – Filosofia. 2. Direitos humanos. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. CDD 340
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

A natureza e o conceito do Direito – Vol. I, coletânea de vinte e oito capítulos de pesquisadores de diversas instituições, corresponde a obra que discute temáticas que circundam o universo jurídico.

Os textos aqui relacionados versam sobre inúmeras vertentes da ciência do direito. Inicialmente, contribuições sobre direitos humanos no cenário internacional, no plano interamericano, mas também no território nacional. Os princípios ligados aos direitos humanos, o respeito, a efetividade e a aplicabilidade são o foco de muitos dos capítulos, além de estudos que pautam as singularidades vivenciadas por grupos minoritários da sociedade como refugiados, mulheres, crianças e adolescentes.

Avançando, a educação é compreendida também como eixo motivador ao ponto que temos contribuições que pairam sobre a legislação específica para o ensino. Além da legislação em si, temos reflexões sobre o ensino jurídico na contemporaneidade nacional e os seus reflexos na formação do jurista. Finalizando esse volume, temos uma interação bem relevante para o desenvolvimento econômico e social, a relação entre direito e tecnologia.

Tenham ótimos diálogos!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A TUTELA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	
<i>Noedi Rodrigues da Silva</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908101	
CAPÍTULO 2	13
O CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA: A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	
<i>Bruno Augusto Pasian Catolino</i>	
<i>Julia Rocha Chaves de Queiroz e Silva</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908102	
CAPÍTULO 3	25
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS SITUAÇÕES DEGRADANTES DOS PRESOS: AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
<i>Alana Tiosso</i>	
<i>Izabella Affonso Costa</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908103	
CAPÍTULO 4	37
DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA AO ATIVISMO JUDICIAL: PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, TORNANDO-OS REALIDADE	
<i>Ruy Walter D`Almeida Junior</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908104	
CAPÍTULO 5	49
O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESAFIO DO JUIZ FRENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	
<i>Mozart Gomes Moraes</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908105	
CAPÍTULO 6	72
CLAMOR POPULAR POR PENA DE MORTE E PENAS DESUMANAS COMO UM OBSTÁCULO À PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
<i>Edilson de Souza da Silva Junior</i>	
<i>Luciano de Oliveira Souza Tourinho</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908106	
CAPÍTULO 7	79
A UNIVERSALIZAÇÃO DA INTERNET E OS DIREITOS HUMANOS	
<i>Mateus Catalani Pirani</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908107	

CAPÍTULO 8	94
SAÚDE E IMIGRAÇÃO: DA GARANTIA DE DIREITOS À COMPREENSÃO DO PROCESSO SAÚDE-DOENÇA	
<i>Ana Izabel Nascimento Souza</i> <i>Ana Bárbara de Jesus Chaves</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908108	
CAPÍTULO 9	98
OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO DO REFÚGIO	
<i>Thiago Raoni Marques Tieppo</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7681908109	
CAPÍTULO 10	112
O DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA PARA OS REFUGIADOS E OS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PARA SUA EFETIVAÇÃO	
<i>Brunela Vieira de Vincenzi</i> <i>Manuela Coutinho Costa</i> <i>Priscila Ferreira Menezes</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081010	
CAPÍTULO 11	124
REFÚGIO E DIREITOS HUMANOS: A INEFICIÊNCIA DA CONVENÇÃO DE DUBLIN III FRENTE À CRISE MIGRATÓRIA DA SÍRIA	
<i>Matheus de Lucas Theis Poerner</i> <i>Érika Louise Bastos Calazans</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081011	
CAPÍTULO 12	136
RECONHECIMENTO E FEMINISMOS: A LUTA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS MULHERES	
<i>Talitha Saez Cardoso</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081012	
CAPÍTULO 13	148
DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: AS ROUPAS FEMININAS COMO VETOR DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	
<i>Valcelene Amorim Pereira</i> <i>Tânia Rocha Andrade Cunha</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081013	
CAPÍTULO 14	156
O ATIVISMO JUDICIAL E A QUESTÃO DA INFERTILIDADE FEMININA	
<i>Francisco José da Silva Júnior</i> <i>Diego Sidrim Gomes de Melo</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081014	

CAPÍTULO 15	167
LIBERDADE OU EXPLORAÇÃO SEXUAL?: A PROSTITUIÇÃO ENQUANTO FENÔMENO JURÍDICO-SOCIAL A PARTIR DO LIBERALISMO E DO MARXISMO	
<i>Saada Zouhair Daou</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081015	
CAPÍTULO 16	183
VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE INTRAFAMILIAR E OS DANOS EMOCIONAIS E PSÍQUICOS: QUANDO A ESCUTA PEDE SOCORRO DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE	
<i>Maria Rita Rodrigues Constâncio Menezes</i>	
<i>Pedro Henrique Simões</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081016	
CAPÍTULO 17	198
A OCORRÊNCIA DO CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL E AS REFORMAS NECESSÁRIAS PARA RESPONSABILIZAÇÃO EFETIVA DA FAMÍLIA	
<i>Eduardo Marques da Fonseca</i>	
<i>Lillian Lettiere Bezerra Lemos Marques</i>	
<i>Luciana Carrilho de Moraes.</i>	
<i>Gerson Tavares Pessoa</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081017	
CAPÍTULO 18	212
O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E SEU DIREITO DE MANIFESTAÇÃO	
<i>Maria Dinair Acosta Gonçalves</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081018	
CAPÍTULO 19	220
A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE AO FORNECIMENTO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS PARA MENORES	
<i>Pablo Martins Bernardi Coelho</i>	
<i>Tamires Eduarda Santos</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081019	
CAPÍTULO 20	230
APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO AOS ADOLESCENTES E JOVENS AUTORES DE ATO INFRACIONAL NO MUNICÍPIO DE SERRA-ES	
<i>Maria José Coelho dos Santos</i>	
<i>Eliaidina Wagna Oliveira da Silva</i>	
<i>Dora Susane Fachetti Miotto</i>	
<i>Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva</i>	
<i>Marcelo Plotegher Campinhos</i>	
<i>César Albenes de Mendonça Cruz</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081020	

CAPÍTULO 21	240
A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO JOVEM INFRATOR	
<i>Valdir Florisbal Jung</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081021	
CAPÍTULO 22	250
DIREITO EDUCACIONAL - INTRODUÇÃO À ABORDAGEM EPISTEMOLÓGICA	
<i>Adelcio Machado dos Santos</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081022	
CAPÍTULO 23	261
AMBIENTE VIRTUAL DE APRENDIZAGEM (AVA) NO INSTITUTO FEDERAL DE RONDÔNIA – IFRO EM CONSONÂNCIA COM A POLÍTICA E A LEGISLAÇÃO EDUCACIONAL	
<i>Márcia Sousa de Oliveira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081023	
CAPÍTULO 24	273
UMA REFLEXÃO SOBRE A FORMAÇÃO DE UM OPERADOR DO DIREITO	
<i>Vitória Regina Maia Castelo Branco</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081024	
CAPÍTULO 25	283
QUALIDADE DE ENSINO NAS FACULDADES DE DIREITO DO BRASIL E O FUTURO ADVOGADO	
<i>Hélio da Fonseca Cardoso</i>	
<i>João Luís Lopes Cardoso</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081025	
CAPÍTULO 26	288
10ENVOLVER E JUVENTUDE: EMPODERAMENTO DO GRUPO UNIJOVENS, OUSADIA & ALEGRIA DE SANTA LUZIA, CRISÓLITA/MG	
<i>Valéria Cristina da Costa</i>	
<i>Luís Ricardo de Souza Corrêa</i>	
<i>Larissa Maria de Souza</i>	
<i>André Luiz Nascimento Dias</i>	
<i>Leonel de Oliveira Pinheiro</i>	
<i>Deliene Fracete Gutierrez</i>	
<i>Jamerson Pereira Duarte</i>	
<i>Daniela Luiz da Silva</i>	
<i>Thamyres Rafaelly Antunes</i>	
<i>Juliana Lemes da Cruz</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081026	
CAPÍTULO 27	300
DESVELANDO A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO RISCO PARA ADEQUADA GESTÃO DO NANOWASTE	
<i>Daniele Weber S. Leal</i>	
<i>Raquel Von Hohendorff</i>	
DOI 10.22533/at.ed.76819081027	

CAPÍTULO 28 313

A IMPROBABILIDADE DA COMUNICAÇÃO ENTRE O DIREITO E A CIÊNCIA
SOBRE RISCO REPRESENTA UM OBSTÁCULO PARA O DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL DAS NANOTECNOLOGIAS?

Raquel von Hohendorff

Daniele Weber da Silva Leal

DOI 10.22533/at.ed.76819081028

SOBRE O ORGANIZADOR..... 325

ÍNDICE REMISSIVO 326

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESAFIO DO JUIZ FRENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Mozart Gomes Morais

Mestre em direitos fundamentais pelo Centro Universitário FIEO, Advogado e professor Universitário

* Trata-se de uma versão em forma de artigo científico da dissertação de mestrado apresentada para a banca examinadora em 2017 no Centro Universitário FIEO

RESUMO: O presente trabalho pretende estabelecer uma correlação lógica entre o princípio da individualização da pena, a atividade jurisdicional e a proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, e como caminho necessário, iniciamos pelas questões relacionadas aos princípios e a sua normatividade, tudo à luz da Constituição Federal. Num segundo momento, objetiva-se a análise detalhada do princípio da individualização da pena e a sua aplicabilidade no ordenamento infraconstitucional, em especial o Código Penal, que indica nos art. 59 e seguintes as formas para individualização da pena. Chega-se, então, à atividade jurisdicional, especialmente ao juiz que aplica a pena e que se vale da linguagem como ferramenta indissociável de sua atividade interpretativa, destacando-se o paradigma kelseniano da moldura interpretativa e outras sempre com vistas à proteção dos direitos fundamentais, dando destaque às do indivíduo que integra o polo passivo da ação penal. Por fim, buscou-se um breve histórico da proteção

que os direitos humanos fundamentais nas constituições brasileiras e uma breve análise sobre o que tem decidido os tribunais sobre a temática aqui tratada com algumas críticas.

PALAVRAS-CHAVE: individualização da pena; direitos fundamentais; linguagem; Estado-juiz; interpretação; circunstâncias judiciais.

ABSTRACT: The present work intends to establish a logical correlation between the principle of individualization of the sentence, the jurisdictional activity and the protection of fundamental rights. To do so and as a necessary way, we begin by the questions related to the principles and their normativity, everything in the light of the Federal Constitution. In a second moment we pass on to the detailed analysis of the principle of the individualization of the sentence and its applicability in the infraconstitutional regulation, especially the Penal Code, which indicates in articles 59 and following the forms for individualization of the sentence. It is then possible to reach the jurisdictional activity, especially to the judge who applies the sentence and who uses language as an inseparable tool of his interpretive activity, highlighting the Kelsenian paradigm of the interpretive framework and others, always with a view to the protection of fundamental rights, especially for those individuals who integrate the passive pole of the criminal action. Finally,

was sought a brief history of the protection of fundamental human rights in Brazilian constitutions, and a brief analysis of what the courts have decided on the subject here dealt with some critics.

KEYWORDS: individualization of sentence; fundamental rights; language; legal State; interpretation; circumstance.

1 | INTRODUÇÃO

O princípio da individualização da pena trata-se de mandamento constitucional previsto no art. 5º, XLVI, *in verbis*: XLVI “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”, tendo por escopo evitar decisões injustas e automáticas, sejam para apenar sobre o mínimo ou pelo máximo da pena legalmente cominada, assim, algo que antes era genérico e abstrato, torna-se concreto e particularizado de acordo com o caso em análise.

Segundo Nucci (2007), há quatro modos de individualizar a pena, são eles:

a) pena determinada em lei que não dá margem de escolha ao juiz; b) pena totalmente indeterminada permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente no máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem com prevê o mínimo e o máximo de maneira flexíveis, que se adaptam ao condenado conforme sua atuação na execução da penal; d) pena estabelecida em lei dentro de margens mínima e máxima, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Esse último é, sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2007, p. 31)

No Brasil a individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas e igualmente importantes, conforme ensinamentos de Nucci (2007):

Primeiramente cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínimas e máximas suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa quando se der a prática da infração penal e sua apuração atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. (NUCCI, 2007, p. 32)

Sobre a individualização da pena, é bom frisar que esta deve ser sempre em relação ao fato imputado e tratado no processo. Agravar a pena em razão de um fato anterior estará o juiz dissociando a conduta, o ser, o indivíduo e passando a considerar o seu passado o que não coaduna com o princípio tratado. Nesse trilhar, Yarochevsky (2005), adverte:

Ao princípio da individualização da pena refere-se a individualização judicial, o que equivale dizer que ao aplicá-la deve o juiz considerar a pessoa o indivíduo concretamente. Individualizar é particularizar, distinguir, especificar, caracterizar, diferenciar. Agravando a pena, em razão de um fato (condenação anterior), não estará o juiz definitivamente comprometido com o ser, com a pessoa com o indivíduo ao qual se destina. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 122)

Ainda sob esta ótica, Yarochevsky (2005) faz uma ressalva importante sobre a vinculação do indivíduo ao fato praticado sob pena de incorrer no antidemocrático direito penal do autor, conforme segue:

É óbvio, no entanto, que quando se adverte que o juiz precisa considerar a pessoa, o indivíduo, e que a pena deve ser aplicada levando-o em consideração não pode deixar de associar tal indivíduo ao fato, pois caso contrário resta configurado estar diante do já criticado direito penal do autor. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 122)

O princípio da individualização parte do pressuposto de que a vagueza presente no art. 59 do código penal e das demais normas de aplicação da pena é atentatória ao princípio da legalidade uma vez que não há lei sem previsão legal e os termos ali contido, em especial no art. 59 onde é aplicada a pena base além de trazer resquícios de um direito penal do autor quando exige a análise da conduta social, antecedentes deixa um aparente arbítrio do juiz para que, possa aferir de maneira desproporcional e antidemocrática a pena base do acusado tolhendo, assim, direitos garantidos pelo próprio código penal.

De forma objetiva o princípio da individualização da pena é um instrumento que serve ao processo de aplicação do *ius puniendi* estatal, sendo que, a análise segundo os ditames da proteção dos direitos e garantias fundamentais seve tanto ao acusado como para a sociedade¹, sendo que a pena aplicada ao réu que após verificada a sua culpabilidade deve ser proporcional e adequada afim de atingir o principal objetivo da pena que é a ressocialização.

O instrumento utilizado no Brasil para realizar a individualização judiciária é o chamado sistema trifásico de aplicação da pena que consistente em aplicar a pena-base com vistas às circunstâncias judiciais. Assim feito, aplica-se as atenuantes e agravantes de pena que, de acordo com o entendimento sumulado do STJ², nesta fase, independentemente do número de atenuantes, a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal, assim sendo, serão aplicadas as causas de aumento e diminuição, tornando-se estas possíveis de conduzir a pena abaixo do patamar mínimo legal.

Assim, não há como associar a agravação de pena decorrente da reincidência com o princípio da individualização da pena, pois numa análise sobre as circunstâncias agravantes, percebe-se que a única que não tem qualquer relação com o fato é a

1 Os interesses inculpidos nos brocados *in dubio pro reo* e *pro societa* eis que no regime de proteção dos direitos e garantias que o constituinte adotou em nada interessa para a sociedade um processo que visa tão somente a punição a qualquer preço, ao contrário, é de suma importância para a sociedade um processo penal democrático e com as garantias devidas.

2 Súmula 231 STJ - "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

reincidência. Sendo, portanto conflitante com o princípio do fato agravar a pena em razão de fatos já decididos e protegidos com a imutabilidade da coisa julgada.

Das diversas circunstâncias agravantes, evidentemente por seus efeitos e pela agravação obrigatória da pena, bem como, pela sua prevalência diante das demais circunstâncias agravantes e atenuantes, por tal motivo será tratada de forma específica a reincidência.

Compreende-se que a fixação da pena-base se dá, em regra, pela análise das circunstâncias judiciais traçadas pelo art. 59 do Código Penal que determina ao juiz a apreciação da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como, do comportamento da vítima.

A delimitação da moldura de aplicação da sanção penal não pode seguir fórmulas matemáticas preexistentes e parte de processos intelectuais e emocionais inerentes à atividade jurisdicional³, e, como tal, deve seguir regulamentos que atendam aos preceitos constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais do réu, conforme vemos em Santos (2010):

A definição da pena-base, como produto de operacionalização das *circunstâncias judiciais* do art. 59, CP, começa com a fixação do *ponto de partida* do processo intelectual é definida por dois critérios: a) critério antigo fundado em lógica matemática propõe média entre o mínimo e o máximo da pena cominada; b) critério moderno, fundado em razões humanitárias, propõe a pena mínima. [...] Conclusão: o *ponto de partida* para fixação da pena-base deve ser o *mínimo legal* da pena cominada, conforme democrática prática judicial contemporânea. (SANTOS, 2010, p. 516)

Para evitar o arbítrio e as chamadas fórmulas, o legislador colocou à disposição do julgador alguns aspectos que deve ser levado em consideração ao definir a pena-base. No próximo item, será delineado os norteadores para atender ao preceito fundamental de individualização da pena.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o tema aqui tratado é amplamente discutido na doutrina brasileira sob a ótica dos elementos do conceito analítico do crime e, com tal, deve-se diferenciar esta da culpabilidade utilizada na aplicação da pena do art. 59 do Código Penal, em sentido lato, eis que no momento da aplicação da pena, pressupõe-se que a análise da culpabilidade e reprovação social da conduta já fora analisada, logo, esta não poderia reaparecer sob pena de incorrer na proibição do *bis in idem*, pois aqui exige o legislador a análise do caso concreto e o grau de reprovabilidade da conduta *in concreto*, para cumprir o mandamento constitucional de individualização da pena.

Tal análise deve ser adstrita ao fato cometido sem, de modo algum, alcançar a pessoa do réu, afinal a regra do Estado Democrático de Direito na qual vivemos desde a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil é

³ Os métodos e processos de escolha do julgador será tratado com mais aprofundamento no capítulo dedicado à atividade jurisdicional.

o direito penal do fato e não do autor. Ao adentrar a análise da culpabilidade em aspectos pessoais, dissociados do fato, incorrerá o julgador num preconceito que não se admite no atual estágio dos direitos fundamentais.

Assim, a análise da culpabilidade, no caso concreto, deve partir do fato cometido e dele não sair e adentrar na análise pessoal, sendo assim, seguindo a regra estabelecida pelo código penal e interpretação conforme os ditames constitucionais.

Apesar da transformação da culpabilidade como qualidade do fato punível, isto é, como forma de graduar a reprovação do autor pelo cometimento do tipo de injusto, em culpabilidade como quantidade de reprovação, pressupõe as determinantes conforme os seguintes parâmetros: a) o nível de consciência do injusto numa escala graduável entre os extremos: plena conhecimento do injusto (indicando a plena reprovação) e de erro de proibição inevitável (indicando ausência de reprovação) permeando pelos níveis intermediários das gradações de evitabilidade do erro de proibição; b) grau de exigibilidade de comportamento diverso do auto do fato típico variando numa escala de graduação entre o extremo de plena normalidade das circunstâncias como máximo poder pessoal de não fazer o que faz e o extremo de anormalidade das circunstâncias do tipo de injusto (plena dirigibilidade normativa), como inexistência do poder pessoal de não fazer o que faz, expressa nas situações de exculpação legais e supralegais.

Antecedentes, como o próprio nome pressupõe, são acontecimentos anteriores ao fato que é objeto da aplicação penal relevantes para indicar de forma positiva ou negativa e, eventualmente, aumentar a pena-base.

Existem duas posições notadamente e sensivelmente distintas, são elas: a posição tradicional que considera maus antecedentes a existência de inquéritos instaurados de processos criminais em curso, de absolvições por insuficiência probatória, de extinção do processo por prescrição abstrata retroativa ou intercorrente e de condenação criminal sem trânsito em julgado ou que não seja constitutivo de reincidência. Por outro lado, a posição crítica considera maus antecedentes somente condenações definitivas que não configuram reincidência excluindo todas as outras, em clara opção democrática ao princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência.

A mera existência de um processo contra o réu trata-se de uma garantia contra o arbítrio estatal punitivo e não poderia ser considerado em desfavor deste tal fato. O fato é que a postura da maioria dos juízes que atuam na área penal optam por filiar-se a posição tradicional e acabam por agravar a pena-base apoiados nesse “histórico” sem, contudo, racionalizar seus posicionamentos com vistas aos direitos e garantias fundamentais contribuindo com o encarceramento em massa que é um dos males do sistema penal brasileiro.

Não obstante, a conduta social e sua tradicional existência para apurar a culpabilidade representam importante circunstância na quantificação da pena-base, podendo demonstrar se o indivíduo tem uma conduta socialmente aceita ou não. No entanto, a sua utilização normalmente tem servido para os propósitos de intensificação

do rigor penal mediante juízos morais desprovidos da técnica jurídica. Sobre este assunto Almeida (2002) discorre:

Indica ainda como corriqueiro o uso como parâmetros de aferição de conta social, o “entretenimento predileto” do acusado, “se frequenta clubes sociais, ou se prefere a companhia de pessoas de comportamento suspeito”, o “grau de escolaridade” ou o “interesse pelo estudo” do agente ou ainda, “o prestígio e a respeitabilidade que goza perante as pessoas”. (ALMEIDA, 2002, p. 75)

As expressões linguísticas são símbolos que representam o pensamento de uma época e, por vezes, trazem consigo toda uma carga de valores que são descoladas da sociedade que pretendemos e que elegemos no nosso pacto democrático. O juiz deve, ao analisar tais aspectos, ater-se ao que a lei determina para punir o fato típico; os aspectos morais e os valores pessoais devem ser deslocados para fora da análise penal.

No mesmo sentido, verifica-se discriminatória criminalização do ambiente familiar ou social em que o réu se insere assim como o da má educação, da introversão, da rispidez. Eventual egocentrismo e egoísmo, corriqueiramente, também é considerado um desfavor ao agente pelo fato de ter vícios em substância legais ou ilegais.

Dois indivíduos munidos de arma de fogo resolvem roubar um bando em concurso de agentes. Ambos realizaram 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. 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 que trafique drogas. Não é difícil imaginar que o juiz fixará a pena do primeiro no mínimo legal e aumentará a do segundo em cerca de um ano. Ao proceder desta forma, o magistrado, na prática, estará condenando 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. (VIANNA, 2002, p. 64-66)

A precípua função da pena é a ressocialização, e para atingir tal objetivo não se pode, em sua fase inicial (aplicação da pena), dissociá-la desse aspecto, ou seja, alguns aspectos, como vícios, por exemplo, podem indicar uma vulnerabilidade social que será, sobremaneira, potencializada, negativamente, ao aumentar o rigor penal e a estigmatização própria da sanção penal, embora essa última não esteja previsto nos diplomas legais. Isso fará, somente, a pena se afaste daquilo que é o seu objetivo primário, a ressocialização.

Em linhas gerais, ainda predomina o entendimento de que as características formadores da personalidade são: a idade do réu, seu desenvolvimento físico e mental, a educação que recebeu, o meio em que foi criado e vivido, se foi ele um menor abandonado ou não, o grau de instrução ou de cultura, sua inteligência, sensibilidade, força de vontade, sensibilidade ou insensibilidade moral, o fato de sentir

ou não remorso, de mostrar ou não cinismo ou indiferença para com o julgamento moral do próximo a respeito do crime a ele imputado etc.

Em um Estado Democrático de Direito, todo e qualquer gravame penal sobre o indivíduo deve provir de um juízo de certeza irrealizável na espécie, vez que inexistem meios jurídicos para uma adequada avaliação da personalidade que seja capaz de justificar, de maneira lógica, a personalidade do agente competente de retirar eventuais arbítrios e juízos de valor que o julgador possa fazer baseado na história de vida que teve sem, contudo, ter conhecimentos técnicos para a análise. O auxílio de profissionais da psicologia é uma ferramenta que auxilia o juiz na medida dessa personalidade do agente.

É muito comum, na prática jurídica penal, deparar com expressões como “personalidade voltada para o crime”; “demonstrou falta de freio sociais”; “despreparo para com a vida honesta”; “o réu demonstrou ser frio e calculista ao negar a prática criminosa na frente de um Juiz”. Tais expressões são utilizadas para aferir negativamente a conduta social do réu e, por consequência, aumentar a pena-base.

Romper, decisivamente, com princípios basilares do direito penal dos quais ressaltamos a legalidade, individualização da pena é culpabilidade, é essencial para a moral do direito, ou seja, os julgamentos da personalidade do agente são estabelecidos de acordo com a “regra moral” íntima do julgador e não com os ditames constitucionais.

Alguns autores vanguardistas coadunam nessa ideia, como é o caso de Teles (2011):

Dispõe o art. 59 que o juiz analisará também a conduta 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 outra 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. (...) 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 da 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. (TELLES, 2011, p. 9-11)

Nunca é demais lembrar que o juiz, ao analisar a personalidade do agente, deve estar atento ao seu papel que é a proteção dos direitos e garantias fundamentais e nesse prisma, vemos em Boschi (2002):

a personalidade, todavia, é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo porque o trabalho exige conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina e psiquiatria e, de outro lado, aquele que se dispõe realizá-lo tendo a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que eleger, não raro como paradigma. Urge revisarmos, portanto, a idéia (sic) de que os problemas relacionados à personalidade são fontes de maior periculosidade, como delineada pelo legislador na redação original do nosso Código, nesse ponto coerente, aliás, com as disposições que ensejavam imposição cumulativa de pena e de medida de segurança. (BOSCHI, 2002, p. 203 e 209)

Quanto à personalidade do agente, conclui-se, pois, ser inaceitável como fatores determinantes para a fixação da pena-base, em virtude de sua discordância com princípios consagrados constitucionalmente e com os pilares do Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista que o Código Penal constitui uma lei infraconstitucional, suas normas devem estar em perfeito acordo com os preceitos da Carta Magna; caso isso não aconteça, deverão ser declaradas inconstitucionais e extirpadas do nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, propõe-se a exclusão desses critérios do âmbito jurídico, evitando a devastação dos benefícios do Estado Democrático de Direito e do modelo penal garantista, que lhe é correlativo.

2 | ATIVIDADE JURISDICIONAL

No processo de aplicação da pena, inegavelmente, o juiz é um agente importante no que tange, em especial, à proteção de direitos e garantias fundamentais. É o juiz que aplica a lei, que inicialmente era geral e abstrata, e a transforma em um caso concreto e individual no momento da prática do fato típico. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o judiciário passou a exercer um papel de vanguarda nesse processo, deixando de apenas fazer o que se chama de subsunção da norma ao fato, que nada mais é do que enquadrar o fato cometido pelo sujeito e a figura típica prevista na lei penal. Assim, a atividade jurisdicional deve ir além disso, deve garantir ao réu a ampla defesa, o contraditório, e as proteções que estão previstas em princípios, sejam eles explícitos ou implícitos.

Garantias como o devido processo legal, o dever de fundamentação, a observância irrestrita dos direitos e garantias individuais trazem para o centro da nossa discussão o papel do juiz, em especial a análise das circunstâncias judiciais, sendo aí que reside maior grau de subjetividade, cabendo a análise do judiciário as peculiaridades que cada caso exige.

Assim, deve o magistrado, ao individualizar a pena, ter a perspectiva da proteção aos direitos fundamentais, tendo ainda a irrestrita observância das garantias, dentre as quais podemos destacar o dever de fundamentação e as garantias constitucionais da individualização da pena, sendo que esta última, deve ser realizada com parâmetros relacionados com o fato praticado, sendo que, embora seja o destinatário, o indivíduo, não deve ser julgado por sua história ou conduta de vida, e sim, de acordo com o ato cometido que seja contrário à lei.

O constituinte de 1988, ao consagrar um modelo de garantias, fez uma escolha e delimitou qual o caminho a seguir e o juiz deve sempre se ater a esse mister que é a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Vemos que Becarria (2005) defendia a impossibilidade de interpretação das leis por parte do julgador, afirmando que:

o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro. (BECARRIA, 2005, p. 22-24)

e conclui que: “com as leis cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil pois esse conhecimento poderá fazer que se desvie do crime” (BECARRIA, 2005, p. 22-24).

Embora Beccaria represente um paradigma importante para a aplicação do direito, em especial o direito penal e na proporcionalidade da pena, não há como não criticar tal pensamento nos atuais contornos que a interpretação jurídica nos revelou, em especial, nos ensinamentos de Dworkin (2007), trazendo para a apreciação do juiz, balizas norteadoras para achar um ponto de intersecção entre a aplicação da lei, conforme cada caso, e a segurança jurídica.

O juiz não teria que procurar a única pena correta, mas eleger a pena correta dentre uma série de penas igualmente corretas. A um fato cometido por um agente não corresponderia uma determinada medida de pena, mas sim muitas medidas de pena igualmente corretas. Tudo depende de uma atuação do juiz. Se manter no marco da discricionariedade e aí se desenvolver corretamente [...]A chamada discricionariedade em grande parte não é livre. Não se renuncia, de fato, a pré-determinar vínculos normativos à atividade do juiz. [...] Não só não existe qualquer antinomia entre caráter criativo e caráter vinculativo da atividade penal judicial como, além do mais, a presença na determinação da medida da ajuda da pena de um como componente emocional e imponderável, consciente ou inconsciente, e a conseqüente impossibilidade de comprovar em termos matemáticos a opção do julgador, não impede vastos setores da doutrina de ali reconhecerem estruturalmente, aplicação do direito. (RODRIGUES, 2002, p. 82-85)

Neste capítulo passaremos a explorar a atividade jurisdicional e a individualização da pena em especial a análise do judiciário com relação as circunstâncias judiciais que o art. 59 do código penal trás para a aplicação da pena-base no sistema trifásico de aplicação da pena (explanado em capítulo próprio).

2.1 O paradigma kelseniano da moldura interpretativa

Conhecido por ser o precursor do que foi chamado de positivismo jurídico, o jurista Hans Kelsen, em sua célebre obra *Teoria pura do direito*, tentou separar a ciência jurídica de todo e qualquer interferência que não fosse jurídica, ou seja, o conteúdo moral, social, religioso, entre outros. Na citada obra, dedicou um capítulo (VIII) para a interpretação, que será explorado em seus aspectos teóricos e as suas implicações no princípio da individualização da pena.

Para Kelsen (2006), a interpretação é uma operação mental para que seja dada a um caso concreto, trazendo a norma de um patamar abstrato e geral, para análise de um caso específico, dando forma a um sentido completo:

Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei deve responder-se a questão de saber qual conteúdo que se há de dar a norma individual de uma sentença judicial ou de um resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. (KELSEN, 2006, p. 387)

Para Kelsen (2006) existe ainda uma diferenciação necessária que é a interpretação realizada pelo órgão estatal responsável e previsto no ordenamento jurídico e a interpretação que é feita pelo destinatário da norma para que atinja o resultado.

assim ele compreende a relação de autonomia entre a decisão judicial e a norma jurídica geral a aplicar: “No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. (KELSEN apud BAPTISTA, 2002)

Baptista (2002) ainda faz referência a Kelsen sobre a operação dúplice da norma:

Nesse aspecto, Kelsen reconhece que a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito, portanto, um ato de vontade do juiz, tal qual o ato do legislador ao instituir uma norma. Assim, a constatada descentralização e flexibilidade da função produtora do Direito no Estado contemporâneo seria de proporção inversa ao ideal de segurança jurídica. (KELSEN apud BAPTISTA, 2002)

Kelsen esclarece que o legislador pode optar por uma relativa indeterminação que pode ser voluntariamente ou involuntariamente, ou seja, à escolha do legislador, essa indeterminação pode ocorrer, porque no momento não era conveniente ou necessário ou ainda, como alguns doutrinadores chamam, de “silêncio eloquente”, ou seja, deliberadamente decidiu-se pela indeterminação com o claro objetivo de deixar

para o julgador do caso concreto uma moldura legislativa capaz de aplicar de maneira individualizada dentro das “balizas” legislativas.

O paradigma Kelseniano é a norma fundamental, logo, todo e qualquer instrumento interpretativo deve estar em conformidade e previsto nele, sendo assim, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o norteador para que aplicação da pena seja o princípio da individualização da pena, sendo assim, o grau de interpretação e de valoração se mostram amplo.

2.2 O uso da linguagem como interpretação

Durante o processo de evolução das espécies, um fator essencial diferenciou o ser humano de todas as outras: a comunicação por intermédio de palavras. Somente ele é capaz de utilizar a palavra como meio de expressão e comunicação. É por meio da manifestação do pensamento e do raciocínio que se torna possível a elaboração de uma forma socializada de designação dos objetos e das ideias expressas por intermédio dos signos (símbolos e significados).

O uso da palavra pelos seres humanos fez com que estes abandonassem a convivência instintiva assentada na ideia de sobrevivência e, impulsionou, a necessidade da perpetuidade da espécie para que, assim, fosse constituída uma sociedade humana organizada, de caráter nitidamente finalístico, visando à realização de projetos, objetivos e ideias comuns.

Parte essencial da atividade jurisdicional é o uso da linguagem como forma de deixar a individualização da norma, que no momento da sua criação era abstrata e geral, para um caso concreto e individualizado. A interpretação faz com que o caminho a ser percorrido seja claro, ao ponto que surta os seus efeitos desejados e, de forma, delimita os efeitos, garantindo ao seu destinatário imediato (o réu), a proteção dos direitos fundamentais.

A interpretação perpassa por alguns caminhos e, inegavelmente, começa tal processo pelo texto, neste sentido:

Toda interpretação do direito legislado principia com um texto, isto é, uma forma lingüística (sic) escrita. Se as linhas e pontos pretos que constituem o aspecto físico do texto da lei são capazes de influenciar o juiz, assim é porque possuem um significado que nada tem a ver com a substância física real. (ROSS, 2000, p. 139)

No entanto, o texto, considerado um aglomerado lógico de palavras, sendo que estas assumem sentidos diversos, a cada um que se debruça para analisar o seu conteúdo, Ross (2000), indica que o caminho a percorrer, no campo da interpretação, é longo e as referências que cada palavra possui podem nos levar às incertezas.

A maioria das palavras não têm um campo de referência único, mas sim dois ou mais, cada um deles construído sob a forma de um zona central à qual se acrescenta um círculo de incerteza. Tais palavras são chamadas de ambíguas. (ROSS, 2000, p. 143)

Na perspectiva dos símbolos linguísticos como representativos de determinadas figuras, a clareza deve ser um caminho para a proteção dos direitos fundamentais, em especial, os relacionados com a aplicação de sanção penal. O resultado final desta equação linguística carregada de simbologia é o cerceamento da liberdade individual, seja a aplicação de sanção corpórea (prisão), seja restringindo direitos, ou ainda, imposições de sanções de cunho econômico.

3 | PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção aos direitos humanos no Brasil está vinculada, diretamente, à história das Constituições brasileiras, marcada por muitas mudanças que, ao longo do tempo, foram consideradas avanços e retrocessos por diversas linhas e sistemas políticos, mas que contribuíram, de maneira efetiva, para a discussão, o desenvolvimento e implantação dos direitos e garantias fundamentais

A primeira Constituição do Brasil, a Constituição Imperial de 1824, proclamou os direitos fundamentais nos 35 incisos de seu art. 179. Embora outorgada, mostrou-se uma Constituição liberal, elencando direitos semelhantes aos encontrados nos textos constitucionais dos Estados Unidos e da França, pregando a inviolabilidade dos direitos civis e políticos. No entanto, a criação de um poder Moderador dava amplos e irrestritos poderes ao Imperador de forma a interferir nos demais poderes.

A Constituição Republicana de 1891 manteve, em seu art. 72, composto de 31 parágrafos, os direitos fundamentais especificados na Constituição de 1824. Além disso, no rol de direitos e garantias fundamentais, previu-se o instituto do *habeas corpus*, anteriormente garantido tão somente no que concerne a legislação ordinária, e com a rígida separação entre o Estado e a Igreja, consentindo a liberdade de culto para todas as pessoas.

Observa-se, também, que houve uma ampliação na titularidade dos direitos fundamentais, pois eles passaram a ser garantidos “a brasileiros e estrangeiros residentes no país” (art. 72, *caput*), enquanto a Constituição de 1824 os reconhecia somente aos “cidadãos brasileiros” (art. 179).

Uma lista de direitos fundamentais, semelhante àquela especificada na Constituição de 1891, pode ser encontrada na Constituição de 1934, tendo como importante inovação a ruptura da concepção liberal do Estado. Nos textos constitucionais foram positivados elementos sócio ideológicos, típicos da segunda dimensão. Foram estatuídas normas de proteção ao trabalhador, tais como a proibição de diferença de salário em razão de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil, proibição de trabalho para menores de 14 anos de idade, repouso semanal remunerado, limitação da jornada a 8 horas diárias, estipulação de um salário mínimo, entre outras, e também foram criados os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art. 113, incs. 33 e 38).

A Constituição de 1937, inspirada na Carta ditatorial polonesa de 1935, instaurando o Estado Novo, reduziu os direitos e garantias individuais, empreendendo a desconstitucionalização do mandado de segurança e da ação popular, os quais foram restaurados e ampliados com a Constituição de 1946, bem como os direitos sociais.

Em seguida, a Constituição de 1946 foi derrubada pela ditadura e a próxima Carta, a de 1967, trouxe inúmeros retrocessos, no que se refere aos direitos fundamentais, suprimindo a liberdade de publicação, tornando restrito o direito de reunião, estabelecendo foro militar para os civis, mantendo todas as punições e arbitrariedades decretadas pelos Atos Institucionais, entre outros..

No âmbito dos direitos sociais, o constituinte de 1967 continuou retrocedendo: reduziu a idade mínima de permissão para o trabalho para 12 anos, restringiu o direito de greve, acabou com a proibição de diferenciação de salários por motivos de idade e de nacionalidade, recompensando o trabalhador com ínfimas vantagens, como por exemplo, o salário-família.

A partir de 17 de outubro de 1969, a Constituição brasileira de 1967 sofreu significativa e substancial reforma, através de emendas aditivas, modificativas e supressivas. Contudo, doutrinadores sustentam que, a rigor, vigorou apenas até 13 de dezembro de 1968, quando foi baixado o Ato Institucional nº 5, o qual repetiu todos os poderes discricionários conferidos ao presidente pelo AI-2 e ainda ampliou a margem de arbítrio, dando ao governo a prerrogativa de confiscar bens e suspender a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

O AI-5, então, não se coaduna com a doutrina dos direitos humanos, tampouco a Emenda de 1969, que incorporou em seu texto as medidas autoritárias dos Atos Institucionais.

Os direitos fundamentais têm como fundamento a própria existência do ser humano em suas diversas concepções, são elas: a religiosa, segundo essa linha de pensamento o homem tem direitos por serem atribuídos por Deus; a filosófica que atribuem tais direitos por ter o homem racionalidade suficiente para tanto; a visão naturalística que ajuíza os direitos fundamentais como fruto da natureza do ser humano, ou seja, nasce junto com o ser humano.

O Brasil adotou a supremacia dos direitos fundamentais e num escalonamento os inseriu no maior patamar possível que são as normas constitucionais.

Dentro desse sistema escalonado em forma de pirâmide, a Constituição ocupa o patamar mais alto. Ela está no topo do ordenamento jurídico, de modo que qualquer norma para ser válida deve ser compatível com a Constituição. O mesmo se pode dizer dos direitos fundamentais, já que também possuem a natureza de norma constitucional. Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Eles são (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis

no jogo político. Daí por que essa concepção pressupõe um constitucionalismo rígido, no qual a Constituição goza de uma supremacia formal sobre as demais normas jurídicas e, por isso, os mecanismos de mudança do texto constitucional impõem um processo legislativo mais complicado em relação às demais leis. (MARMELSTEIN, 2016, p. 257):

Sendo uma condição de validade e eficácia, toda e qualquer norma deve passar pelo “crivo” constitucional, ou seja, toda e qualquer norma que pretende produzir seus efeitos deve se voltar para a Constituição para que seja verificada a sua compatibilidade.

Como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais recebem maior importância tanto no campo da legislação como nas relações entre os cidadãos, bem como na realização de políticas públicas.

Os direitos fundamentais podem ser expressos ou, ainda, implícitos, conforme se observa no parágrafo 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Neste, demonstra-se a importância que o constituinte originário dispensa para o tema.

Os direitos fundamentais, segundo a tradicional classificação de Norberto Bobbio, são divididos em 3 gerações, sendo estas, em síntese: de primeira geração, constituindo-se dos direitos negativos (não agir), na qual se destaca os direitos às liberdades, tais como religiosa, de ir e vir, de pensamento e direitos individuais; de segunda geração, na qual se impõem os direitos sociais, cuja observância necessita de uma ação efetiva estatal, tais como, direitos sociais, econômicos, culturais e direitos coletivos, basicamente; e, de terceira geração, em que os os direitos fundamentais atingem a coletividade, sendo que o caso mais expressivo é o meio ambiente.

Sarlet (2007) faz a seguinte observação sobre a Constituição de 1988:

A marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. Saliente-se, ainda no que diz com este aspecto, a circunstância de que o Constituinte – a exemplo do que ocorreu com a Constituição Portuguesa – não aderiu nem se restringiu a apenas uma teoria sobre direitos fundamentais, o que teve profundos reflexos na formação do catálogo constitucional destes. (SARLET, 2007, p. 77)

Esse pluralismo que o autor salienta é necessário para consolidar também o que a própria característica da sociedade brasileira:

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5º possui 78 incisos, sendo que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um

amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores. (...) Neste contexto, cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF) contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, o que também deflui do conteúdo das disposições integrantes do Título I (dos Princípios Fundamentais). (SARLET, 2007, p. 77)

Uma das normas mais importantes da Constituição de 1988, dentro da temática dos direitos fundamentais, é a que implantou o sistema das cláusulas pétreas, fixadas no art. 60, § 4º, da Lei Maior. Impõe-se uma restrição material ao Poder Constituinte Reformador, como uma manifestação, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, da chamada “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais, pois não se permitem alterações na Constituição que desvirtuem o conteúdo desses direitos.

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração. (SARLET, 2007, p. 417)

A constituição de um país não pode ser um documento morto para rememorar algum momento de nossa história, ao contrário, deve consonância com o anseio popular, como observa Sarlet (2007):

Com efeito, se a imutabilidade da Constituição acarreta o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em virtude do inevitável aprofundamento do descompasso em relação à realidade social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares. Os limites à reforma constitucional, de modo especial, os de cunho material, traçam, neste sentido, a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a ruptura da ordem constitucional por métodos ilegais (neste caso, inconstitucionais), não tendo, porém, o condão de impedir (mas evitar) a frustração da vontade da Constituição, nem o de proibir o recurso à revolução, podendo, em todo caso, retirar a esta máscara da legalidade. (SARLET, 2007, p. 417)

No atinente às garantias fundamentais, Bulos (2003) apresenta a seguinte classificação:

1ª) garantias fundamentais gerais: vêm convertidas naquelas normas constitucionais que proíbem os abusos de poder e todas as espécies de violação aos direitos que elas asseguram e procuram tornar efetivos. Consignam técnicas de limitação das arbitrariedades do Poder Público, contra toda e qualquer forma de discriminação à pessoa humana. Esboçam-se através de princípios insculpidos pelo constituinte, e.g., princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio da liberdade (art. 5º, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.), princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), princípio do juiz e do promotor natural (art. XXXVII e LIII), princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), princípio do contraditório (art. 5º, LV), princípio da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX e 93, IX) etc.

2ª) garantias fundamentais específicas – são as garantias propriamente ditas, porquanto são estas que instrumentalizam, verdadeiramente, os direitos, fazendo valer o conteúdo e a materialidade das garantias fundamentais gerais. Através das garantias fundamentais específicas os titulares dos direitos encontram a forma, o procedimento, a técnica, o meio de exigir a proteção, incondicional, de suas prerrogativas. Veja-se o exemplo do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do *habeas data*, da ação popular, da ação civil pública – lídimos instrumentos de tutela constitucional, concedidos pela constituição aos particulares e, em alguns casos, a uma pluralidade de indivíduos, a fim de terem, ao seu dispor, institutos de natureza processual. Estes, vertidos em normas constitucionais, encarregam-se de manter o respeito e a exigibilidade dos direitos fundamentais do homem. Numa palavra logram o caráter instrumental, propiciando a obtenção de vantagens e benefícios que defluem dos direitos que visam tutelar. (BULOS, 2003, p. 837)

Assim, se torna claro que o constituinte absorveu um sistema cuja rigidez material ou procedimental possibilitou que os direitos e garantias individuais se transformassem em um legado à sociedade que pensou a constituição federal em 1988, muito embora, tal característica não impeça que, eventualmente, se modifique, sem que, contudo, permita o retrocesso institucional, seja este no plano horizontal, seja no plano vertical⁴. Essa vedação de retrocesso se dá exatamente pela dinâmica social que a constituição de um povo deve refletir de maneira simples e objetiva, afinal não tem porque a existência de um documento apenas para olhar para o passado e ter orgulho.

Por fim, entende-se, como sistema de proteção dos direitos fundamentais, todo o aglomerado de codificações que protegem e dão vazão ao conteúdo da Constituição Federal. No Brasil, no campo legislativo, há enormes dispositivos que garantem a eficácia e protegem, de tal maneira, os direitos fundamentais, que se faz necessário buscar políticas públicas que garantam sua efetiva proteção.

4 | CONCLUSÃO

O princípio da individualização da pena é desenvolvido em três estágios: *individualização legislativa*, estágio que o legislador determina diante de parâmetros constitucionais o patamar mínimo e máximo de pena para condutas abstratas e gerais atendendo ao mandamento constitucional da anterioridade da lei; *individualização judicial cognitiva* que ao fato que outrora era geral e abstrato, passa pelo crivo de um devido processo legal e torna-se concreto e pessoal; *individualização judicial e executória* no qual o cumprimento da pena se exige e se mostra, com maior vigor, a individualização evitando, entre outras, o desnecessário encarceramento em massa.

No Brasil, o sistema de individualização judicial cognitiva é dividida em determinação qualitativa (espécie de pena) e determinação quantitativa (quantidade de pena) e a determinação da intensidade da pena (regime inicial de cumprimento da

4 A eficácia horizontal refere-se aos direitos fundamentais na relação entre os sujeitos, ao passo que a eficácia vertical refere-se às relações dos indivíduos com o Estado.

reprimenda corporal).

O presente trabalho ocupou-se da individualização judicial cognitiva, em especial, a determinação do desafio do julgador na proteção dos direitos fundamentais frente às circunstâncias judiciais; momento em que a liberdade do julgador se mostra bastante presente, ou seja, momento em que a atividade jurisdicional encontra maior amplitude de discricionariedade. No entanto, com o desenvolvimento da pesquisa notou-se que tal carga de discricionariedade é mitigada com alguns fatores.

Do art. 59 do código penal, extrai-se os seguintes critérios: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como, o comportamento da vítima. Isso se dá em uma tentativa do legislador de evitar o arbítrio e deixar a cargo do julgador, e sua discricionariedade, tal fase que se mostra importante dentro de um processo que por si é estigmatizante, por tal motivo é considerado a *ultima ratio*.

No entanto, verificou-se que tais critérios devem ocorrer a todo momento da individualização (legislativa, judicial cognitiva e judicial executória), com ênfase na determinação das circunstâncias judiciais que são confrontada com os ditames constitucionais, em especial, os princípios de índole constitucional, dentre os quais destacamos os princípio da humanidade das penas, princípio da individualização da pena, princípio do fato, princípio da legalidade.

Sendo assim, os determinantes estatuídos no art. 59 do código penal remete-se à pessoa, e não ao fato, devendo assim, ser desconsiderados sob pena de um retrocesso que a Constituição Federal não admite (princípio da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais). Ainda, se não atender ao princípio da legalidade deve ser desconsiderado, caso em que o julgador, ao sopesar critérios de escolha de vida, acaba por penalizar a conduta que o legislador não prevê, ferindo frontalmente o princípio em comento (legalidade).

O princípio da humanidade deve estar sempre presente visando ser aplicado apenas em caso de necessidade, bem como, a determinação qualitativa (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou ainda de multa), quantitativa (*quantum* de pena) e a intensidade (no caso de pena privativa de liberdade a determinação do regime inicial de cumprimento). Os antecedentes demonstram um critério que confronta diametralmente em descompasso com os princípios do fato. A vedação do *bis in idem* faz com que os fatos que já tiveram sua resposta penal sejam novamente considerados para aumentar a pena-base, ou ainda, determinar regime de cumprimento mais severo.

A caracterização da tipicidade aberta das circunstâncias objetivas (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) e subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) expostas no art. 59, caput, Código Penal, é em decorrência de não estarem previamente conceituadas legislativamente e, sobretudo, pelo fato de, diferentemente das circunstâncias previstas na segunda e terceira fase, não estarem previamente definidas em Lei

como critérios de aumento ou de diminuição da pena. Fica, pois, ao critério do juiz, se aquela circunstância objetiva ou subjetiva, no caso concreto, será utilizada para variar a sanção para o mínimo, termo médio ou máximo. Por este motivo são chamadas circunstâncias judiciais.

Em consonância ao princípio da personalidade da pena (art. 5.º, XLVI, da CF/1988), o princípio da individualização da pena, refere-se, portanto, ao direito que tem o condenado de cumpri-la de acordo com as suas possibilidades e características pessoais, respeitando-se a sua personalidade e o seu desenvolvimento, sempre com relação ao fato praticado, e jamais, ao seu estilo de vida ou seu passado, sob pena de retroceder ao direito penal do autor.

É necessário a intensa conscientização, principalmente por parte dos juristas, de que o Brasil optou pelo Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CF/ 1988) e tem como fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana. A evolução humanista da sociedade impede que a pena não tenha uma função social, ou seja, que tenha o intuito de reabilitar o indivíduo que transgrediu a norma penal, através da progressividade do cumprimento da pena.

Assim, para chegar a esse mister, o julgador usa da moldura legislativa e a linguagem para que a interpretação seja conforme o mandamento constitucional da motivação (art. 93, IX CF) e os símbolos linguísticos exprimam, não apenas a mera significação, e sim, uma carga de valores a ser considerado para aumentar ou diminuir a determinação da pena-base (fator preponderante para as circunstâncias judiciais). Tal exercício se mostra capaz de trazer ao cidadão, integrante do polo passivo de uma ação penal, o verdadeiro significado de quê, aplicando assim, a função social do direito de pacificação.

Com este panorama, chega-se ao ponto crucial da pesquisa que é a proteção dos direitos fundamentais, em especial, o direito fundamental de individualização da pena, entendendo que esta é resultado das intersecções entre os parâmetros da caracterização da tipicidade aberta das circunstâncias objetivas (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) e subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos), expostas no art. 59, caput, Código Penal, e o primado da ressocialização e os limitadores dos princípios penais relativos à aplicação da pena (humanidade das penas, proibição do *bis in idem*, princípio da legalidade), sendo que o resultado será uma pena que garanta ao cidadão total proteção aos seus direitos e garantias individuais.

O fato de majorar penas, quando da prática de um crime, em razão da análise da conduta social e da personalidade do agente, apresenta uma incompatibilidade com fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como um avanço numa matéria na qual o juiz não apresenta tal competência que é a análise da personalidade do agente. Quando persistir nessa análise, o juiz deveria apoiar-se em pareceres técnico de profissionais habilitados para tal missão: o psiquiatra ou psicólogo.

Aumentar a pena tendo por base a conduta social do acusado pressupõe a

análise de condutas que não foram previamente tipificadas pela lei, ofendendo claramente, entre outros, o princípio constitucional da legalidade, na qual preceitua que nenhuma pessoa será obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja prevista em lei. Assim, qualquer majoração de pena, tendo esse critério como embasamento, equipara-se a uma imposição de pena sem anterior cominação legal, correspondendo, ainda, a uma condenação sumária e inquisitorial por fatos muitas vezes atípicos.

O que ocorre comumente, todavia, é a majoração da pena baseada em condutas vistas pelo juiz como antissociais, embora sejam atípicas para o nosso ordenamento jurídico, configurando evidente ultraje a diversos princípios inseridos em nossa Carta Magna. Também se mostra possível, a majoração da pena por meio do exame da personalidade do agente, o que implica uma apreciação e uma valoração não de sua conduta criminosa, mas sim de sua individualidade. Isto representa uma eventual periculosidade social, lançando uma pena mais grave àquela pessoa que possui uma personalidade reprovada pela coletividade, mesmo que não venha a lesar bem jurídico alheio, mas que afronte apenas a moral socialmente imposta.

Desse modo, percebemos que há critérios usados pelo julgador, quando da fixação da pena-base, que excedem os limites da reprovação da ação em si mesma, criminalizando condutas e aspectos pessoais do réu, em virtude de não se coadunarem com o que as classes sociais dominantes ditaram como corretas. Esta ação, apesar de não lesarem bem jurídico alheio, podendo somente ser objeto de apreciação moral, denota uma cristalina ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, da culpabilidade, da presunção de inocência, da lesividade e da amoralidade, derivando em injuriar o direito penal do ato e em fragilizar a tão cobiçada segurança jurídica.

Ademais, uma subjetivação ética e voluntarista do sistema penal, tendo em vista que a maldade subjetiva do acusado somente é percebível através de uma percepção particular do magistrado, evidenciando uma grave afronta às garantias individuais do cidadão, as quais prescrevem que ninguém será penalizado pelo que é, mas pelos atos que comete. Contudo, segundo os preceitos do direito penal vigente, o Estado deve se mostrar respeitoso quanto à autonomia do cidadão, não o constrangendo a seguir condutas e pensamentos socialmente cominados como aceitáveis. Em outras palavras, deve-se conservar a liberdade individual de pensamento, crença, expressão, opinião e de modo de vida, desde que estes não lesem bens alheios juridicamente protegidos.

Visualizamos nitidamente, apesar de termos abraçado o direito penal do fato (aquele que inflige a pena em virtude da conduta praticada), os resquícios da influência do direito penal do autor em nosso Código Penal. Entretanto, as exigências de certeza e segurança jurídicas, próprias de um Estado Democrático de Direito, são inconciliáveis com o direito penal do autor, peculiar a um Estado totalitário e antigarantista.

Imperioso se mostra reconhecer a incompatibilidade das circunstâncias judiciais

de personalidade do agente e sua conduta social para fixação da pena-base, já que afronta diretamente princípios consagrados na Constituição Cidadã, além de nos reportar ao direito penal do autor e ao positivismo, em uma clara ofensa aos pilares norteadores do direito penal e essenciais a um Estado Democrático de Direito.

A importância do tema e da propositura inicial desta pesquisa, a proteção dos direitos fundamentais, é um desafio diário para os juízes, em especial, aqueles que primeiro têm contato com a causa, pois são os que estão de frente com o réu e possuem a possibilidade de trazer ao processo um viés humanista que é uma exigência do nosso ordenamento jurídico. Essa análise se mostra, um verdadeiro desafio, ao romper com os predicados de um código penal que não comporta mais espaço em nosso cotidiano, e garantir todo um sistema de proteção, com relação à aplicação da pena-base, que a Constituição elencou como prevalência dos direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal: doutrina jurisprudência e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ÁQUINO, Felipe Reinaldo Queiróz. **Para entender a inquisição**. 1.ed. Lorena: Cléofas, 2009.
- BANDEIRA, Celso de Mello. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BANDEIRA DE MELO, Lydio Machado. **Manual de direito penal**. Belo Horizonte: Lemi, 1954.
- BAPTISTA, Fernando Pavan. **O juiz-legislador**. São Paulo: Prisma Jurídico, 2002, v. 1, pp. 27-52.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare Bonesana - Marcesini di. **Dos delitos e das penas**. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Giudici e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. Parte Geral. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. Parte Geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Falência da pena de prisão causas e alternativas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito natural: sentido natural versus cultural. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 152, p. 183-189, out./dez. 2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/731>. Acesso em 15 nov. 2016.

_____. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2.ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm, acesso em 05 de agosto de 2017.

BRASIL. Decreto Lei n.2848 de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Brasília, DF: disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, acesso em 05 de agosto de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Sistema de penas dogmática jurídico-pena e política criminal**. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **O princípio da segurança jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Revista de Direito Tributário, 1992, v. 61.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **Individualización judicial de la pena**. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal. Madrid: Colex, 1997.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva. 2006.

DELMANTO, Celso. et al. **Código penal comentado**. 7.ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Renovar, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. ed. REVISTA DOS TRIBUNAIS. 2.ed São Paulo, 1999.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho**. Revista InDret, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. Disponível em: www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf. Acesso em: 15.11.2016.

FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio – Século XXI - 2ª impressão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1639.

FOUCAULT, Michael. **História da loucura na época clássica**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **O nascimento da biopolítica**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. Parte Geral. v. 1. 21.ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7.ed.: São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte Geral. Arts. 1º a 120 do CP, vol. 1, 6.ed.. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. Introdução e Parte Geral. v. 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

_____. **Código penal comentado**. Versão Compacta. São Paulo: RT, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal brasileiro: Volume I – Parte Geral**. 15.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22.ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROCHA, Synésio. **Da reincidência**: Saraiva, 1938. (Tese apresentada à congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, em concurso para a cátedra de Direito Penal).

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 4 ed. rev., apl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, JesusMaria. **La teoría de la determinación de la pena como sistema** (dogmático): un primer esbozo. Barcelona: InDret, v. 2, abr. 2007. Disponível em: <www.indret.com/pdf/426_es.pdf>. Acesso em: 15.11.2016.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

TELES, Ney Moura. **Direito penal I**. Parte geral. Arts. 1º ao 120. Disponível em: <https://itunes.apple.com/br/book/c%C3%B3digo-penal/id918600291?mt=11&ign-mpt=uo%3D4>. Acesso em: 28 Set 2017.

VIANNA, Túlio Lima. **Roteiro didático de fixação de penas**. Brasília: Justilex, n. 11, a l., nov. 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.

SOBRE O ORGANIZADOR

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Abandono 96, 157, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 214, 232, 233, 244

Adolescente 184, 185, 186, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 199, 200, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 247, 248

Ativismo judicial 37, 39, 42, 43, 45, 156, 157, 158, 161, 162, 164, 165, 166

C

Criança 163, 184, 185, 186, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 248, 294

D

Desenvolvimento 1, 2, 5, 6, 26, 27, 28, 37, 39, 40, 41, 42, 54, 60, 63, 65, 66, 74, 80, 82, 83, 88, 90, 91, 96, 98, 106, 107, 129, 138, 139, 141, 144, 158, 190, 191, 193, 200, 201, 206, 212, 214, 219, 221, 223, 229, 232, 233, 237, 238, 239, 241, 247, 250, 251, 253, 259, 267, 277, 278, 281, 288, 289, 290, 291, 299, 301, 302, 303, 304, 305, 308, 309, 313, 314, 315, 316, 322, 323, 325

Dignidade 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 57, 61, 62, 66, 69, 72, 74, 75, 79, 80, 85, 104, 105, 110, 116, 129, 137, 140, 141, 156, 157, 158, 159, 162, 163, 165, 178, 183, 185, 190, 196, 200, 213, 218, 219, 221, 233, 241

Direito 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 98, 99, 100, 101, 104, 105, 106, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 140, 144, 146, 148, 153, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 172, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 187, 193, 195, 196, 198, 200, 201, 206, 207, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 224, 229, 237, 240, 241, 244, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 263, 273, 274, 276, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 300, 301, 302, 304, 306, 307, 308, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 325

Direitos fundamentais 2, 26, 28, 32, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 49, 52, 53, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 93, 105, 123, 132, 153, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 166, 186, 198, 233, 278

Direitos humanos 1, 3, 5, 6, 9, 11, 12, 19, 20, 21, 28, 29, 34, 35, 36, 49, 60, 61, 68, 69, 72, 74, 75, 78, 79, 80, 83, 87, 90, 91, 92, 96, 97, 101, 102, 103, 104, 108, 109, 110,

114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 136, 137, 138, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 153, 195, 212, 214, 216, 217, 218, 219, 237, 292, 325

E

Educação 6, 7, 10, 11, 54, 74, 77, 78, 83, 85, 88, 146, 153, 170, 195, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 210, 211, 213, 221, 227, 229, 232, 233, 238, 240, 241, 244, 245, 246, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 281, 325

Efetivação 41, 47, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 121, 145, 164, 165, 185, 200, 207, 233, 274

Ensino 156, 166, 183, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 227, 228, 247, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 260, 261, 264, 265, 266, 269, 270, 273, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 324, 325

Estatuto 28, 99, 100, 113, 125, 126, 129, 184, 186, 191, 192, 195, 196, 199, 200, 201, 204, 207, 208, 211, 219, 220, 221, 225, 227, 230, 231, 233, 234, 235, 239, 240, 241, 242, 248, 259

Exploração 158, 167, 168, 169, 172, 179, 180, 186, 191, 200, 209, 210, 213, 221, 241

F

Família 6, 54, 61, 163, 172, 180, 185, 186, 194, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 206, 207, 208, 210, 213, 215, 217, 218, 221, 222, 226, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 241, 248, 277, 283

Feminino 136, 137, 138, 139, 151, 152, 153, 154, 156, 170, 175, 186, 187, 188, 224

Feminismo 136, 137, 139, 141, 143, 146, 167, 169, 170, 173, 174, 175, 176, 178, 180

Formação 17, 62, 75, 90, 119, 126, 201, 213, 223, 224, 242, 245, 248, 250, 253, 254, 262, 267, 268, 269, 273, 274, 278, 279, 280, 281, 283, 292, 325

J

Jurisprudência 13, 15, 18, 20, 21, 23, 24, 30, 38, 44, 46, 68, 70, 185, 190, 228, 253, 258, 259, 280, 281

L

Legislação 7, 19, 29, 34, 35, 45, 46, 60, 62, 89, 114, 124, 130, 193, 198, 199, 210, 217, 220, 225, 226, 227, 232, 239, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 261, 278, 284, 307

Liberdade 8, 21, 26, 28, 29, 32, 50, 55, 57, 60, 61, 62, 63, 65, 67, 70, 74, 76, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 102, 104, 126, 130, 148, 151, 152, 153, 158, 160, 167, 169, 170, 181, 200, 201, 213, 215, 216, 218, 221, 226, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 241, 242, 244, 245, 248, 253, 256, 264, 292, 293, 297

M

Medida socioeducativa 234, 235, 236, 237, 238, 245, 246, 247

Mulher 137, 138, 139, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 154, 156, 163, 164, 165, 167, 170, 172, 175, 177, 178, 181, 182, 186, 187, 224, 294, 298

P

Pessoa humana 4, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 34, 57, 62, 63, 66, 69, 72, 74, 85, 90, 104, 105, 110, 156, 157, 158, 159, 162, 165, 213, 218

Princípios 28, 32, 38, 43, 49, 55, 56, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 74, 78, 85, 89, 96, 103, 104, 105, 110, 158, 165, 183, 184, 191, 195, 201, 225, 226, 227, 231, 233, 234, 237, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 258, 259, 273, 275, 305, 321

R

Refugiados 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135

Refúgio 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 124, 125, 129, 132

Responsabilidade 9, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 77, 89, 93, 106, 120, 124, 125, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 202, 203, 204, 211, 216, 218, 227, 233, 234, 235

Ressocialização 34, 51, 54, 66, 77, 229, 240, 244, 248

S

Sistema Interamericano 1, 4, 5, 6, 11, 12, 19

Sociedade 27, 34, 36, 51, 54, 59, 62, 64, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 90, 91, 93, 96, 97, 114, 116, 119, 120, 126, 139, 140, 141, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 164, 170, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 182, 185, 186, 198, 200, 201, 203, 206, 208, 209, 210, 213, 214, 216, 217, 218, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 232, 233, 234, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 248, 250, 262, 264, 267, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 282, 292, 298, 304, 305, 306, 309, 310, 311, 314, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324

T

Tecnologia 73, 80, 81, 84, 90, 91, 161, 260, 261, 263, 264, 268, 272, 274, 301, 302, 303, 306, 307, 310, 315, 316, 320

V

Violência 8, 34, 73, 76, 102, 104, 112, 113, 120, 133, 137, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 152, 153, 154, 155, 175, 177, 178, 180, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 200, 209, 210, 212, 213, 221, 224, 232, 241, 242, 244, 246, 292, 293, 294

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-676-8

