

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

EDVALDO VÍCTOR DUARTE DE OLIVEIRA

**O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL E A DISCUSSÃO GNOSEOLÓGICA INTERNA DO DIREITO: uma análise das circunstâncias judiciais, o *iter* procedimental de fixação da pena base a luz da Teoria geral do direito e sua formação histórica.**

Recife  
2021

EDVALDO VÍCTOR DUARTE DE OLIVEIRA

**O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL E A DISCUSSÃO GNOSEOLÓGICA INTERNA DO DIREITO: uma análise acerca das circunstâncias judiciais e o *iter* procedimental de fixação da pena base a luz da Teoria Geral do direito e sua formação histórica.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Simone de Sá Rosa Figueiredo

Recife  
2021

Catálogo na fonte  
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

- Oliveira, Edvaldo Víctor Duarte de.
- O48a O artigo 59 do Código Penal e a discursão gnoseológica interna do direito: uma análise das circunstâncias judiciais, o iter procedimental de fixação da pena base a luz da Teoria Geral do Direito e sua formação histórica / Edvaldo Víctor Duarte de Oliveira. - Recife, 2021.  
38 f.
- Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Simone de Sá Rosa Figueiredo.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2021.  
Inclui bibliografia.
1. Circunstância judicial subjetiva. 2. Jusnaturalismo. 3. Discussão gnosiológica Parametrização. I. Figueiredo, Simone de Sá Rosa. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.
- 340 CDU (22. ed.) FADIC (2021.2-054)

**CURSO DE DIREITO**  
**AVALIAÇÃO DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC**

<b>ALUNO (A)</b>	<b>EDVALDO VICTOR DUARTE OLIVEIRA</b>	
<b>TEMA</b>	<b>O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL E A DISCUSSÃO GNOSEOLÓGICA INTERNA DO DIREITO: uma análise das circunstâncias judiciais, o <i>iter</i> procedimental de fixação da pena base a luz da Teoria geral do direito e sua formação histórica.</b>	
<b>DATA</b>	17/12/2021	
<b>AVALIAÇÃO</b>		
<b>CRITÉRIOS</b>	<b>PONTUAÇÃO</b>	<b>ATRIBUIÇÃO</b>
A introdução e conclusão apresentam coerência metodológica?	1,0	1,0
A monografia foi construída coerentemente a partir da metodologia proposta na introdução?	1,0	1,0
Nível de aprofundamento científico da monografia e qualidade das referências	3,0	3,0
Nível de conhecimento científico demonstrado pelo discente na apresentação e arguição oral	2,0	2,0
Nível da monografia quanto às regras básicas de redação	2,0	2,0
Os critérios formais básicos (ABNT) foram seguidos?	1,0	1,0
<b>NOTA</b>	10,0 (máximo)	10,00
<b>PRESIDENTE</b>	<b>Simone de Sá Rosa Figueiredo</b>	
<b>EXAMINADOR(A)</b>	<b>LEONARDO SIQUEIRA</b>	
<b>MENÇÃO</b>	<b>APROVADO</b>	

## **RESUMO**

A presente pesquisa retrata basicamente o fenômeno no artigo 59 do código penal, de forma a detalhar de que modo este artigo se apresenta como possibilidade de julgamento por parte do juiz de forma subjetiva, importante ponto pois para todo e qualquer crime se analisará a referida prescrição normativa, quanto ao método pesquisa possui o caminho indutivo e para isso esta pesquisa considerou a evolução histórica do direito tanto jusnaturalista como juspositivista no entanto a evolução histórica conduz a discussão científica para as bases do direito positivo moderno e suas vertentes, o legalismo, normativismo e realismo que explicam as razões da aplicação subjetiva das circunstâncias judiciais subjetivas, quanto obtenção de informações, a pesquisa é realizada por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Circunstância judicial subjetiva, Jusnaturalismo, Discussão gnosiológica.

## **ABSTRACT**

The present research basically portrays the phenomenon in article 59 of the criminal code, in order to see how this article presents itself as a possibility of judgment by the judge in a classification manner, an important point because for each and every crime the normative prescription will be analyzed, as for the method, the research has the inductive way and for that this research considers the historical evolution of the law both jusnaturalist and juspositivist, however the historical evolution leads the scientific discussion for the bases of the modern positive law and its slopes, the legalism, normativism and realism that explain the reasons of the application of specifications of the subjective judicial circumstances, as for information, the research is carried through bibliographical research.

keywords: subjective judicial circumstance, jusnaturalism, gnosiological discussion

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	3
2	CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO PARA APLICAÇÃO DE PENA .....	6
2.1	Pena conceito e função .....	7
2.2	Função social da pena .....	7
2.3	Os fundamentos e teorias sobre a pena .....	7
2.4	Função de reprovação do crime constante no artigo 59 do código penal .....	9
2.5	Função de prevenção do crime constante no artigo 59 do código penal .....	9
2.6	Classificação das penas .....	10
2.7	Penas de Detenção e Reclusão .....	12
2.8	Culpabilidade .....	12
2.9	Antecedentes .....	14
2.10	Motivos do crime .....	14
2.11	Das circunstâncias do crime .....	15
2.12	Das consequências do crime .....	15
2.13	Comportamento da Vítima .....	16
2.14	Personalidade do agente .....	17
2.15	Conduta social .....	18
3	NORMA JURÍDICA E TEXTOS .....	22
4	DISCUSSÃO GNSEOLÓGICA INTERNA DO DIREITO POSITIVO MODERNO ....	26
4.1	Evolução Indiferenciada do jusnaturalismo .....	26
4.2	Direito Natural Cósmico .....	27
4.3	Direito Natural Irracionalista .....	28
4.4	Direito Natural Teológico .....	28
4.5	Direito Natural Antropológico .....	29
4.6	Direito Natural Democrático e de conteúdo variável .....	30
4.7	Evolução do Direito Positivo .....	31
4.8	Legalismo .....	32
4.9	Normativismo .....	33
4.10	Realismo .....	33
5	CONCLUSÃO .....	35
	REFERÊNCIAS .....	37

## 1 INTRODUÇÃO

Pode-se observar que, no código de direito penal há a parte que disciplina sobre a aplicação da pena. Tal menção diz respeito à fixação de pena, neste caso, inicialmente a fixação da pena base, isto é, o início da atividade jurisdicional realizada pelo juiz de direito no tocante a pena, que irá passar por critérios para a qualificação do apenado (a) e quantificação da pena.

É possível perceber que neste campo de estudo sobre a dogmática jurídica e dogmática jurídica penal, o início dá-se já na fixação e posterior aplicação da pena.

O dispositivo penal do art. 59 serve de parâmetro para que a atividade judicial exerça a função que lhe é imposta, ou seja, a lei criminal determina um comando normativo estabelecendo critérios a serem observados e caminhos a serem seguidos pelo juiz, para aplicação da pena, com primeira finalidade de reprovação ao crime cometido, e por isso se impõe a pena, e, a sua segunda finalidade prevenindo o cometimento de novos crimes.

As orientações do referido dispositivo, as chamadas circunstâncias judiciais, serão examinadas pelo julgador e ele formará sua interpretação em relação às tais circunstâncias e fará comparação com a vida do apenado(a) para verificar sua culpabilidade. Então irá observar o(a) magistrado(a) os antecedentes, a conduta social, a personalidade da pessoa, os motivos do cometimento do crime que está se merecendo reprimenda, as circunstâncias e consequências que o crime causou, e por fim, o comportamento da vítima para o cometimento do apenado.

A aplicação do art. 59 do código penal é extremamente relevante, visto que, toda e qualquer pena será calculada e aferida através dele, este dispositivo normativo se apresenta como regra sem a qual nenhuma fixação de pena seria válida. Em outro prisma, é também uma norma jurídica que objetiva a equidade e justiça na definição de quantum de pena, tendo circunstâncias que para o apenado podem ser também favoráveis.

Ocorre que, nesses critérios é perceptível a incidência por um lado de critérios objetivos e noutro lado critérios subjetivos, quais sejam, conduta social e personalidade do agente.

As regras e parâmetros descritos no dispositivo normativo seriam individuais, isto é, critérios internos relativos ao julgador, que é próprio de cada pessoa. Como garantir então que tais parâmetros subjetivos do artigo 59 do código penal não interfiram na aplicação da pena?

Fatores subjetivos e individuais de cada pessoa como: crença, convicção política, raça, idade, identificação sexual, identidade de gênero, são brechas para que o juiz possa agir com excesso de rigorosidade, bem como maleabilidade por parte do julgador, nesta hipótese



nos casos de fatores subjetivos que sejam próximos ao juiz. O fato é que a abertura que o artigo 59 do código penal é clara, e esta pesquisa de fincará nesta hipótese.

O problema definitivo desta pesquisa encontra-se justamente na ideia fictícia de que a lei seria objetiva ao ponto de emoldurar cada conduta do magistrado, mas claramente deixa ao alvedrio do julgador a valoração de vida social boa ou ruim e personalidade do agente, e até o comportamento da vítima, já que até esta circunstância abre espaço para juízo de valor, sendo autônomo e independente o julgador para decidir, ocorrendo a hipótese do realismo jurídico, corrente e fenômeno normalmente pesquisado e estudado em teoria geral do direito, em que o julgador(a) nesta corrente, decide conforme suas convicções e somente fundamenta tecnicamente e juridicamente, dentro das hipóteses da moldura, aquilo que já está decidido internamente fruto de suas convicções morais, pessoais e ideológicas.

Na realidade o que se propõe nesta pesquisa é que não exista mais a presença de circunstâncias judiciais subjetivas, pois apresentam em si um risco inestimável para sociedade, com a legitimação de penas mais severas a parcelas seletivas da sociedade, e por outra ótica a aplicação de penas brandas à outra parcela mais favorecida.

O trabalho tem por objetivo precípuo analisar as circunstâncias judiciais subjetivas, especificamente busca-se: a) Verificar que as circunstâncias judiciais subjetivas do art. 59 do código penal não encontram limites à atuação judicial. b) Analisar a textura aberta das normas jurídicas. c) Demonstrar que a Gnoseologia jurídica interna do direito positivo explica a atividade livre do juiz no dispositivo normativo 59 do código penal.

Esta pesquisa possui natureza de resumo de assuntos, uma vez que, a pretensão é a prática metodológica através de trabalhos já publicados por outros autores, mas também se apresenta em parte como trabalho científico original pois traz novos conhecimentos para a comunidade científica jurídica. Quanto à obtenção de informações, o trabalho é realizado por meio de pesquisa bibliográfica, com o objetivo de explicar o problema através de referenciais escritos, tais como, livros, artigos e revistas científicas. Em relação aos objetivos, esta pesquisa se caracteriza por ser descritiva, uma vez que procura interpretar a relação entre variáveis que se apresentam no momento da análise das circunstâncias judiciais da aplicação da pena base.

Em relação a abordagem, é qualitativa pois não se emprega partes estatísticas na pesquisa, bem como se estabelece relação entre causa e efeito, partindo de parâmetros que podem ser aferidos. A técnica de coleta de dados utilizados será feita por meio da observação, através de estudo individual e observação do fenômeno que ocorre na aplicação da pena. Por fim a legislação nacional sobre o tema.

Em relação ao método, pesquisa possui o caminho indutivo, pois através de observações particulares, chega-se à afirmação de um princípio geral, ou seja, uma série de raciocínios emanados da análise particular para a geral. Sendo uma forma de raciocínio que partindo da análise particular e verificando que este evento sempre ocorre, emana-se uma conclusão ou lei universal que no futuro da mesma forma sempre ocorrerá.

O primeiro capítulo versa sobre a definição e conceituação da teoria geral da pena, sua fixação e aplicação, o sistema trifásico da aplicação da pena, o caráter retributivo e preventivo das penas, juntamente com entendimentos doutrinários e legislação penal e constitucional brasileira, ocasião em que se estabelecerá as razões pelas quais as circunstâncias judiciais, mais especificamente as subjetivas e não objetivas do art. 59 do código penal não impõem balizas à atuação judicial.

O segundo capítulo desenvolve a definição da norma jurídica e sua função social de previsibilidade, da mesma forma serão analisadas as normas jurídicas enquanto textura aberta, porosa e, portanto, suscetíveis a interpretações e distorções, sobretudo as normas jurídicas que contém grau de subjetividade como é o caso das circunstâncias judiciais subjetivas e seu risco dada a importância da aplicação do sistema trifásico.

O terceiro capítulo aborda como a evolução do direito positivo e a discussão gnosiológica interna do direito positivo moderno, explica a aplicação do direito decidido internamente e posterior fundamentação jurídica, passando por um apanhado histórico e pelas correntes do direito positivo, o legalismo, normativos e realismo.

## **2 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO PARA APLICAÇÃO DE PENA**

Para adentrarmos na seara das circunstâncias judiciais de fixação da pena, do art.59 do código penal, se faz necessária a definição de seu papel e função diante das normas jurídicas penais. Ao mesmo tempo em que será necessária e primordial a definição das penas, e de suas espécies, bem como, quando são necessárias diante dos casos juridicamente relevantes. O procedimento do artigo 59 é trazido por outro artigo do código como uma etapa ou caminho para que se inicie o sistema trifásico da pena.

O art. 68 caput do código penal, indica a análise de três fases distintas, que fazem parte do sistema trifásico de dosimetria da pena. Sendo a fase do Art. 68, o qual diz que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 do Código penal e em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, sendo por último, as causas de diminuição e de aumento

A primeira fase do processo de dosimetria da pena, aparece justamente na necessidade que tem o juiz de analisar as circunstâncias judiciais elencadas no artigo.59 do código penal como se observa da norma.

Então após a análise individual e síncrona de todas estas circunstâncias judiciais será fixada a pena-base. A análise das circunstâncias judiciais, determinadas pelo código penal serve, para que a atividade jurisdicional tome conhecimento de todos os detalhes acerca do cometimento do crime, para que tenha robustez de detalhes sobre conduta social, personalidade do agente, os motivos e circunstâncias e consequências do crime e até o comportamento da vítima para averiguar o grau de reprovação do agente merecedor de reprimenda, e possa estimar o suficiente para a prevenção do crime.

Percebe-se no artigo 59 do código penal que, a pena tem finalidade de reprovação e prevenção, antes de adentrarmos na análise individualizada de cada circunstância presente no rol do artigo 59 do código penal, é necessária a definição do que seria pena enquanto sanção penal, e perpassar por todo um apanhado de: conceito, função social da pena, seus princípios, fundamentos, sua classificação para que se possa entender o sistema trifásico de aplicação de pena no Brasil.

## 2.1 Pena conceito e função

É de se constatar que a pena é uma resposta a um fato juridicamente relevante. Tal resposta é exercida pelo direito penal, através do poder de punir do estado, após seu processo. A pena então é imposta a quem pratica um crime, ou ainda contravenção penal, esta última não relevante para esta pesquisa. Portanto a pena faz parte de uma sanção na esfera penal.

No Brasil as penas podem ser, de multa, restritivas de direito, restritiva de liberdade e pena privativa de liberdade, sendo todas definidas ao longo da pesquisa.

## 2.2 Função social da pena

A pena exerce sua função perante a sociedade, tais funções são: a proteção da sociedade, e a promoção do equilíbrio social após a prática do crime. A pena então tem como função a aplicação de medidas para que a sociedade se sinta segura e aceite a imposição das regras do estado de direito. Restando assim a confiança da sociedade no poder do direito penal de punição aqueles que cometerem atos ilícitos e lesivos a outrem.

A pena também possui fundamentos e finalidades, e o artigo 59 do código penal menciona que sua finalidade é de reprovação e prevenção. Passaremos então a verificar seus fundamentos e finalidades bem com sua definição e ideias.

## 2.3 Os fundamentos e teorias sobre a pena

Os fundamentos da pena são os objetivos pelos quais as sanções penais, buscam alcançar com sua aplicação. Não é sinônimo de finalidade da pena, os fundamentos têm como escopo o atingimento de certos objetivos, que seriam alcançáveis por intermédio da aplicação da pena. Então como fundamentos, pode-se citar a reparação, denúncia, incapacitação, reabilitação, dissuasão e retribuição.

A reparação visa dar à vítima acometida de ilícito praticado por alguém uma compensação. Está então diretamente ligada a reparação, é o se chama de vitimologia, e após

uma assistência à vítima bem como a busca pela reparação do dano, a pena é aplicada ao infrator da lei como forma de retribuir, recompensar a vítima o mal social causado pelo crime sofrido.

A denúncia diz respeito à reprovação social a prática do crime, a necessidade de aplicação da pena na realidade serve justamente para exercer a prevenção geral, como uma forma de coação ou intimidação da coletividade, não se preocupa muito com os danos e falta de equilíbrio causado pelo ilícito.

Na incapacitação, a ideia é de privar o indivíduo condenado de sua liberdade retirando o agente do convívio social, a fim de proteger a sociedade. Então retira-se o condenado do meio coletivo em virtude de seu comportamento ter acarretado a incompatibilidade com o comportamento com os demais.

A reabilitação faz parte da prevenção especial positiva, pois sua ideia é de recuperação da pessoa condenada. Então basicamente seu objetivo é de reinserção social, fazendo com que o indivíduo a reintegre.

A dissuasão busca uma espécie de convencimento da sociedade e, também, da pessoa condenada, aduzindo à ideia de que o crime é algo agressivo, e por tanto desvantajoso para quem o pratica. Então a pena justifica-se para que o agente infrator não ofereça mais risco à sociedade, bem como outros indivíduos também não o pratiquem.

Por fim a retribuição, nas pertinentes lições de Cezar Roberto Bitencourt

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. Por isso também são conhecidas como retributivas (BITENCOURT, 2018, p. 143).

Percebe-se que a retribuição é diretamente ligada com o princípio da proporcionalidade como fundamento de pena, tanto é que se propõe que seja punido o a gente de forma equiparada ao dano social causado.

Lembra ainda Cezar Roberto Bitencourt que:

Entende-se melhor uma ideia de pena em sentido absoluto quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais significativas do estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre Estado e religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era lhe concedido diretamente por Deus (BITENCOURT, 2018, p. 143).

## 2.4 Função de reprovação do crime constante no artigo 59 do código penal

Quando o código menciona a ideia de reprovação, quando se fala na aplicação da pena para sua reprovação do crime, remete-se a ideia retributiva da pena, pois há uma retribuição do direito penal, representado pelo estado, punindo o agente através da pena pelo crime cometido, então comete-se um crime e o Estado retribui com a aplicação da sanção penal, então aduz a ideia de que haverá uma retribuição do Estado legítima e lícita à um mal ilícito e injusto praticado pelo agente condenado.

Como leciona Cezar Roberto Bitencourt acerca da ideia concernente à reprovação do crime:

“a pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo, fato esse que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica”. Percebe-se então tanto o caráter de retribuição como também a ideia de normalização da ordem social, reprovando a conduta.

A teoria adotada também pelo código penal é a teoria absoluta a qual é chamada de absoluta porque esgota-se em si mesma, ou seja, a pena independe de qualquer finalidade prática, não se vincula a nenhum fim, pois não se preocupa com a readaptação social do agente que cometeu o crime, demonstrando de forma clara o teor da ideia de reprovação.

## 2.5 Função de prevenção do crime constante no artigo 59 do código penal

No tocante a prevenção do crime, há na realidade várias ideias coexistentes, que podemos subdividir-se em prevenção geral, ou especial. A prevenção geral pode se subdividir em prevenção geral positiva e prevenção geral negativa. A prevenção especial por sua vez pode ser positiva e negativa. Passaremos então a estudar suas ideias perante o sistema penal.

A prevenção geral se preocupa com o controle dos atos ilícitos e violência ao passo que busca a diminuição e a erradicação de sua ocorrência. Já a prevenção geral negativa tenta criar uma ideia que fomente o não desejo de praticar crimes, isto é retirar o incentivo de praticar crimes, como fomentar a ideia de que a vida pregressa não compensa, assim como não compensou o agente praticante que cometeu e se encontra preso, servindo de exemplo.

A Prevenção geral positiva tem pretensão de demonstrar a força da lei, da norma jurídica penal, enquanto vigente e válida. É uma ideia portanto que remete a confiabilidade da sociedade na coercibilidade da lei penal.

Já a prevenção especial, volta-se especificamente a pessoa do condenado. Por tanto especial negativa é a ideia de que, o indivíduo condenado que passou por uma pena privativa de liberdade não torne a querer cometer novamente o crime e por tanto ser punido novamente, então trata-se de uma preocupação para que não haja a reincidência.

A prevenção especial positiva por sua vez pretende que o indivíduo volte ao convívio social, submetendo-se e respeitando as regras e, por fim, ressocializando. Então há alternativas para que por um lado a pena não seja sempre de reclusão bem como sua por outro prisma a sua reinserção seja feita sempre, podendo ser aos poucos, como o livramento condicional.

## 2.6 Classificação das penas

As penas podem se classificar tomando como critérios os bens jurídicos maculados pelo agente, isto é, de acordo com o bem jurídico lesionado, tem-se também o critério constitucional e restando o critério do código penal brasileiro. A finalidade de sua classificação é justamente, prescrever a pena adequada ao fato penal juridicamente relevante, a fim de alcançar os objetivos e finalidades da pena, como veremos no decorrer deste capítulo.

Quanto ao bem jurídico atingido, a pena pode se dividir em: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direito, pena de multa, pena restritiva de liberdade e a pena corporal, esta última não admitida e não autorizada pela constituição federal.

A pena privativa de liberdade é aquela que retira do sentenciado o direito locomoção em virtude de uma pena, destaca-se que essa pena não será perpétua, por expressa previsão constitucional quando diz que não haverá pena de caráter perpétuo. Então a pena privativa de liberdade terá tempo determinado, não sendo superior a 40 (quarenta) anos para os crimes conforme o código penal em seu Art. 75.

E no caso da pena que ultrapasse o limite máximo determinado pela constituição federal e o código penal, as penas serão convertidas em uma única para que se inicie seu cumprimento, de forma que não ultrapassará o limite constitucional, ao menos é o que diz o código penal.

O código penal vai além, além prevendo a hipótese de surgimento de nova condenação penal final, para sanar a dúvida sobre como se daria o cumprimento da pena. O

código então determina em seu Art. 75 §2º que sobrevivendo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Então sobrevivendo nova condenação penal final, o que acontecerá é unificação novamente da pena, com a desconsideração do tempo entre o atingimento primeiro do limite de 40 (quarenta) anos e a nova pena final, descartando então o tempo já cumprido para fins de novo início de contagem de cumprimento de pena privativa de liberdade.

A pena privativa de liberdade possui três espécies, que são: reclusão, detenção e prisão simples. Conforme o Art. 33 do código penal. Como observou-se, possuem como regime de cumprimento de pena o regime fechado, o regime semiaberto e o regime aberto.

Regime Fechado é a pena privativa de liberdade em que o condenado cumprirá a pena em um estabelecimento prisional de segurança máxima, ou média. No regime semiaberto a pena privativa de liberdade será cumprida mediante colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar a estes. Já o regime aberto, a pena privativa de liberdade será executada em casas de albergado ou estabelecimento adequado. A fixação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade é definida pelo artigo 33, §3, do código penal.

De forma que o juiz irá definir o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade considerando a reincidência, quantidade de pena e circunstâncias judiciais.

Nem todo ilícito cometido é crime, podendo existir também a contravenção penal. Contravenção penal é uma infração penal, de menor gravidade, podendo ser punida com pena de prisão simples ou multa, possuindo como limite máximo, 5 (cinco) anos. A pena de prisão simples sempre será cabível para as contravenções penais, que será cumprida sem tanto rigor aplicado as penitenciárias, tanto é que podem ser executadas em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto. A pessoa condenada á prisão simples sempre irá ficar separada de condenados á pena de reclusão ou detenção.

A pena restritiva de direitos, como sua etimologia já diz, restringe, limita direitos da pessoa condenada. É uma pena em substituição da pena privativa de liberdade. A previsão legal da pena restritiva de direitos se encontra no artigo 43 do código penal. Observa-se a existência de variados tipos de penas restritivas de direitos, e o seu grau de agressividade bem menor em relação á pena privativa de liberdade.

A pena de multa, é aquela pena que irá incidir sobre o patrimônio da pessoa condenada, e tem expressa previsão na constituição federal. A fixação da pena de multa pode ocorrer como sanção principal, alternativa ou cumulativa com a pena de prisão, podendo, também aplicada em substituição à pena de prisão.



A pena restritiva da liberdade, é uma forma de restrição de direito, em face do cometimento do crime, isto é, a pena restritiva de liberdade limita a locomoção, há uma certa mitigação ao direito de liberdade em face do crime cometido. A previsão legal da pena privativa de liberdade foi possível através da previsão constitucional. Como exemplo pode-se citar a pessoa condenada por crime sexual de se aproximar da vítima bem como de sua moradia.

Por fim a pena corporal, a pena corporal não é admitida pela constituição federal por ferir diretamente a integridade física do condenado. Lesões, tortura, mutilações entre outras são vedadas pela carta Magna. Destaca-se que de forma excepcionalíssima, é admitida a pena de morte no Brasil, que é justamente em caso de guerra declarada contra agressão estrangeira.

## 2.7 Penas de Detenção e Reclusão

A partir do código penal podemos estabelecer diferenças entre as penas de reclusão e detenção. Primeiramente a pena de reclusão é aplicada a condenações mais duras e mais rigorosas, já a detenção é aplicada para condenações mais brandas.

A pena de reclusão pode ser cumprida e executada no regime fechado, semiaberto ou aberto. O que não ocorre na detenção que somente se aplicará em casos de regime semiaberto e aberto. A reclusão se aplicada juntamente com a pena de detenção, será aplicada primeiro a reclusão e quando finda posteriormente será aplicada a da detenção. Outro fato interessante sobre a pena de reclusão é que ela possui um efeito de sua condenação, tal efeito trata-se da incapacidade da pessoa condenada de para o exercício do poder familiar e até mesmo para exercer a tutela e curatela, em crimes dolosos contra alguém igualmente titular do poder familiar. Já a peculiaridade da reclusão é que ela é capaz de provocar a internação nas hipóteses de medida de segurança, já na detenção o magistrado poderá aplicar o tratamento de forma ambulatorial.

De acordo com tudo que foi visto e após todo o exposto acerca da pena e suas teorias bem como finalidades e função social, adentraremos agora na análise individualizada de cada circunstância judicial elencada no artigo 59 do código penal, expondo a ideia de valoração de cada uma delas.

## 2.8 Culpabilidade

A culpabilidade surge no sistema penal brasileiro de forma a limitar a responsabilidade penal do indivíduo, então somente será punido e censurado o agente que

cometer um injusto penal, sendo este indivíduo imputável. A culpabilidade então do artigo 59 diz respeito à reprovabilidade, portanto um juízo de reprovabilidade de sua conduta. Então a culpabilidade não é aqui condição de elemento do crime, e sim o grau de censurabilidade que o agente sofrerá, partindo das características disponíveis apreciadas no caso concreto.

A culpabilidade assume então caráter valorativo, o que motivará a fundamentação e decisão do julgador, que deverá realizar a verificação se houve a prática ilícita pelo agente que esteja em condenação e após isso, irá verificar como circunstância judicial prevista no artigo 59 do código penal, destacando e identificando o grau de reprovabilidade da conduta dentro das circunstâncias, do contexto em que foi cometido o crime merecedor de reprimenda diante do caso em concreto. Essa é justamente a diferença entre a culpabilidade que analisa a consciência de ilicitude, a exigibilidade de conduta diversa, pois a do artigo 59 surge como a necessidade premente de demonstrar o quão será necessário para a reprovação e censura de sua conduta. A fim de dirimir as seguintes dúvidas em relação a culpabilidade se fazem necessárias as definições de Ricardo Augusto Schmitt.

Nas palavras de Schmitt (2020, p. 137):

eis a razão pela qual a culpabilidade, para fins do artigo 59 do código penal, deverá ser compreendida como um juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do acusado. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não do delito, mas do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos da infração penal.

Portanto a culpabilidade como circunstância judicial se relaciona com a censurabilidade de conduta, medindo o grau de reprovação, e sua classificação dita como negativa precederá de comprovação probatória concernente ao caso.

A valoração das circunstâncias atinentes a culpabilidade possui classificação doutrinária, e preceitua Ricardo Augusto Schmitt sobre a classificação que, quanto á valoração poderá se classificar da seguinte maneira:

normal ou adequada ao tipo: quando o fato não ostentar maiores particularidades quanto ao grau de consciência da ilicitude e possibilidade de agir de outro modo, a exemplo da execução de um plano de pensado e arquitetado por outro partícipe, a mitigada ou mínima é quando o agente ostentar baixo grau de consciência da ilicitude, como é o caso do acusado que entende o caráter ilícito do crime de sonegação cometido, mas dado baixo grau de escolaridade, não tem compreensão exata da importância social do dever de pagar tributos; ou exacerbada ou censurável: pelo nível de consciência da ilicitude pelo alto grau de escolaridade ou condição social do agente, ou quando o acusado, por suas condições pessoais, tem alto domínio sobre as

implicações decorrentes do crime, por exemplo, um profissional da área de saúde, advogado ou ex-policia! envolvido com delido de drogas (STF, HC 81425/PE); advogado que comete estelionato contra previdência social (STF, HC 84120/SP); líder da operação criminosa do tráfico de drogas, até mesmo por efeito do artigo 29 do código penal etc (SCHMITT, 2020, p. 132).

De forma a especificar ainda mais as hipóteses e atitudes por parte do juiz na aferição e aplicação da culpabilidade. A seguir passaremos a definir e verificar as hipóteses de análise da circunstância judicial relativa á antecedentes.

## 2.9 Antecedentes

Na verificação da circunstância judicial atinente aos antecedentes do agente, dizem respeito á valoração de envolvimento judiciais anteriores relativas à vida do agente.

A incidência dos antecedentes serve, portanto, para que se agrave a medida em questão da pena. Desta forma a valoração de forma negativa dos antecedentes é possível quando a condenação é por fatos anteriores ao crime apurado, então é legítima a valoração de forma negativa em desfavor do agente em virtude de existência de condenação definitiva.

A valoração como negativa significa afirmar que a condenação proferida anteriormente não cumpriu seu papel de prevenção especial positiva relativa ao agente o que significa dizer que que é necessária a sua valoração negativamente agravando a pena.

Então se faz necessária a presença de prevenção especial negativa, isto é, por se encontrar falha a prevenção especial positiva, que é justamente de ressocialização e reintegração do indivíduo em meio social. Quando se verificar a existência de antecedentes, por sua vez, conclui-se que o indivíduo cumprirá nova pena, apesar de sua primeira pena, por não ter se mostrado eficaz. Em caso de não haver envolvimento em outros processos com o trânsito em julgado da sentença penal, o juiz, irá valorar de forma positiva, em virtude de ausência de antecedentes, jamais sendo em desfavor do réu.

## 2.10 Motivos do crime

Em relação aos motivos do crime, caberá ao juiz, de acordo com o que há faticamente nos autos do processo, analisar os motivos pelos quais o agente cometeu o ilícito, assim como verificar o seu contexto, bem como analisar por qual razão o agente cometeu o crime, isto significar dizer, apanhar as razões subjetivas que impulsionou o crime, bem como analisar o contexto social e ver o quanto seria aceito os seus motivos pela sociedade, hipótese

em que irá auxiliar para aferição do grau de reprovabilidade da conduta. Então tem-se o motivo como fator íntimo que provocou a ação criminosa (inveja, torpeza, gratidão, moral, honra etc).

### 2.11 Das circunstâncias do crime

Entende-se como circunstância da infração penal relacionada no artigo 59 do código penal, todos os elementos que estão no fato criminoso, acidentais ou não.

As circunstâncias são portanto, as características do próprio fato que ao juiz do processo caberá apreciar e ponderar, conforme julgado: “as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza incidental que envolvem o fato delituoso” ( STJ, HC 301754/SP), são então elementos que apesar de não compor a infração penal influenciam diretamente em sua gravidade, como o ânimo do agente, o local da ação, o tempo que se levou para o acontecimento da ação criminosa, as condições e modo de agir, os objetos utilizados, e as atitudes e decisões tomadas pelo autor no decorrer da ação, bem como o relacionamento entre autor e vítima.

Vejamos a título de exemplo o julgado HC 206085:

(...) O magistrado sentencialmente também considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime, pois praticado em local ermo, sem sinal de telefonia, tarde da noite, utilizando-se a ré de éter para poder dominar a vítima. Descreveu, assim as particularidades do delito e as atitudes assumidas pela condenada no decorrer do fato criminoso, as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, bem como os instrumentos utilizados na prática delituosa e a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, fundamentando suficientemente o aumento operado (STJ, HC 206085/ES).

### 2.12 Das consequências do crime

Nas consequências do crime se analisa a ação ou omissão do agente e o seu efeito decorrente do ato praticado ou que foi deixado de praticar quando se tinha obrigação legal de se praticar.

As consequências causadas pela infração são os danos causados a vítima, que podem ser morais ou materiais. O material é quando o dano faz causar uma diminuição

patrimonial na vítima, sendo necessária a avaliação econômica, já o dano moral é quando há tanto sofrimento da vítima de forma física como moral.

Nas lições de Ricardo Augusto Schmitt:

A consequência do crime se revela pelo resultado da própria ação ou omissão do agente. São os efeitos da sua conduta. Deverá ser aferido o maior ou menor dano causado pelo modo de agir do condenado. No exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, aos seus familiares ou à sociedade (coletividade)

Em relação às consequências do crime, portanto serão três as esferas de proteção passíveis de valoração, as quais correspondem aos efeitos da conduta do agente (ação ou omissão) com relação à vítima (1), aos seus familiares (2) ou a própria sociedade (3), e a avaliação negativa de tal circunstância judicial se mostrará escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal incriminador.

(...) nessa circunstância judicial o que devemos analisar é o alarme social do fato, sua maior ou menor repercussão e seus efeitos. Porém, normalmente os tipos penais já possuem uma consequência implícita, isto é, que lhe é inerente, razão pela qual deverão ser sopesados apenas as consequências que se projetarem para além do fato típico, sob pena de incorrerem em dupla valoração (bis in idem) Ricardo Augusto Schmitt (2020, p. 167)

### 2.13 Comportamento da Vítima

A circunstância judicial comportamento da vítima preocupa-se com ações e condutas envolvendo a pessoa que foi alvo do crime, e se houve provocação, ou algum tipo de descuido.

É o que corriqueiramente se chama de vitimologia, isto é, o estudo sobre a pessoa da vítima, e averiguação de possível provocação ou influência da vítima na prática do crime. Nesta circunstância judicial é necessário analisar em que grau ou medida a vítima, através de possíveis condutas contribuiu para a prática criminosa. É como se o código estabelecesse que na generalidade dos crimes, é dizer, em crimes genéricos, sem tantas características fáticas os tipos penais já a descrevem, no entanto, cada crime possui, circunstâncias que o rodeiam, e estes crimes possuem detalhes e contextos variados, e um deles é o comportamento da vítima, se com suas atitudes, condutas e ações de alguma forma concorreu em menor ou maior grau para a ação do autor.

Não é incomum que a vítima possa agir de forma descuidada ou através de comportamento temerário, ao ponto que facilite ou estimule a ação do criminoso.

A análise judicial não serve de modo algum para justificar o crime, ou até mesmo para responsabilizar a figura da vítima, mas para valoração em casos que houver a vítima com seu comportamento contribuído, provocado ou facilitado a ação ilícita por parte do autor.

## 2.14 Personalidade do agente

Esta circunstância judicial presente no artigo 59 do código penal chama bastante atenção, pois se refere a personalidade de alguém, ora, convida então o texto a uma reflexão em torno da personalidade do sujeito que delinuiu, isto é, uma análise de um conjunto de qualidades e especificidades que definem a individualidade de uma pessoa.

O direito tem mesmo a pretensão de conseguir responder, isto é, o direito é um conjunto de normas, leis que são coercitivas e visam o bom convívio ou satisfatório convívio social. Em caso do convívio social não lograr o êxito pretendido, a satisfatoriedade o direito então surgirá com normas, leis como dito anteriormente, mas percebe-se que o direito é posterior ao fato criminoso, primeiro há a desvio de conduta que não é aceito socialmente a ponto de se tornar conduta proibida, para depois chegar o conjunto de normas e leis denominado direito afim de responder á um fato, casuístico e empírico que seja juridicamente relevante, ou seja á um fato que importa para o direito.

Então o direito tem a pretensão de sempre responder a um fato juridicamente relevante. E com a pretensão de responder a fatos relevantes há também, certos exageros, desnecessidades ou até mesmo atribuições que não encontram aptidões, autoridade ou legitimidade, é o caso desta circunstância judicial denominada personalidade do agente.

Não à toa esta circunstância judicial foi deixada depois das outras circunstâncias judiciais pois aquelas são circunstâncias objetivas e estas restantes que se analisará a partir de agora são as circunstâncias judiciais subjetivas, não á toa foi deixada por último juntamente com a circunstância judicial denominada convívio social, pois estas duas circunstâncias segundo esta pesquisa encontram irregularidades que serão demonstradas a seguir.

Esta circunstância determina que o juiz deverá analisar índole do agente e o seu temperamento, incluído aí tudo que pode caracterizar alguém.

Na excelente exposição de Ricardo Augusto Schmitt:

O conceito de personalidade possui uma multiplicidade de definições, o que torna difícil dar-lhe uma só conceituação. É algo que já recebeu tantas respostas que se pode considerar sem resposta. A formação da personalidade é uma construção pessoal que acontece ao longo de nossa vida, é a elaboração da nossa história, reflete a forma com que sentimos e interiorizávamos as nossas experiências, acompanha e revela e revela a maturação psicológica do indivíduo. Sem dúvida, é um processo ativo que intervém em vários fatores.

A formação da personalidade é processo gradual, complexo e único para cada ser humano. Trata-se de circunstância judicial afeta muito mais os ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que da ciência do direito, uma vez que devemos

mergulhar no interior do agente em busca de avaliar a sua maneira de ser, de agir, de viver, de se apresentar ao mundo exterior em que habita. Encontrar elementos suficientes para definir a personalidade de alguém não é uma tarefa simples, pois sabemos que personalidade é algo surpreendente, em que, em certo momento, a pessoa pode revelar características marcantes aceitas pelo senso comum, mas pode ocultar ou, em seguida, exteriorizar uma conduta bem diversa daquela apresentada inicialmente. (...) O exame da personalidade se revela numa tarefa complexa para o julgador. Na prática, como regra geral, o juiz possui apenas um contato pessoal próximo com o acusado, que ocorre no interrogatório. Torna-se evidente, então, a difícil missão do magistrado, pessoa inabilitada para tal *mister*, tendo que avaliar a personalidade do agente em poucos instantes (SCHMITT, 2020, p. 157).

Não restam dúvidas de que a atividade jurisdicional exercida nesta circunstância judicial apresenta em si um risco para o direito penal, pois além da ausência de aptidão e técnica psíquica do magistrado pois sua formação é jurídica e não da psicologia, há também a possibilidade de valoração negativa em virtude da ausência de limites para sua classificação como negativa, explicada pela discussão geológica interna do direito positivo moderno no quarto capítulo.

## 2.15 Conduta social

A conduta social é convívio social, isto é, a relação do agente com o nicho social, relação com o seu ambiente familiar, se fala com seus familiares habitualmente, a relação no ambiente de trabalho e na convivência com seus colegas, é então a vida social do réu, que poderá ser tida como adequada ou inadequada perante a sociedade, o círculo social de amigos e inclusive o tipo de relacionamento em vizinhança. É claro que nem sempre o juiz, terá todos os detalhes que circulam a vida do agente, no entanto, todos esses detalhes fazem parte de um conjunto que podem auxiliar na aferição de tal circunstância judicial.

A conduta social será valorada a partir de fatos que influenciarão na sua conduta social e esses fatos precisam necessariamente ter ocorrido antes da data do crime.

É entendimento pacificado no superior tribunal de justiça no sentido de que na dosimetria da pena, os fatos posteriores ao crime em julgamento não podem nem devem ser utilizados como fundamento para valorar como negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu, e tais circunstâncias não podem ser utilizadas com os antecedentes criminais uma vez que possuem circunstância próprias e caso fossem valoradas recairia em bis in idem. Ocorre que a valoração como vida social boa ou ruim se apresenta como circunstância judicial subjetiva, isto implica dizer que sua análise não é a partir de parâmetros pré-definidos e sim de acordo com a ideia de bom ou ruim de cada julgador. Percebe-se então que a lei, no

seu artigo 59 do código penal determinou um comando normativo que não se aplicará de forma igual, ele irá variar de juiz para juiz que terá suas convicções específicas acerca do que é um convívio social bom ou ruim, a exemplo do convívio familiar, para um juiz que valorize a relação esta característica será relevante, bem como para um agente que frequente cultos religiosos, no entanto para aquele que não frequenta ou frequenta um distinto do seu, sobretudo as religiões de minorias como a de matrizes africanas, serão tratadas de forma diferente por tanto desiguais, que implicam numa disparidade de valorações.

A circunstância judicial vida social, pode ser instrumento de valorações negativas de agentes que não possuam atributos que o magistrado concorde ou ache válido, é justamente por isso que tal circunstância judicial subjetiva não deveria mais prosperar, pois o magistrado no momento da dosimetria da pena utiliza-se fontes normativas diversas e de jurisprudências, que possam corroborar com a sua intenção de valorar negativamente, é justamente a procura dentro da moldura jurídica, dentro das possibilidades e de fontes, para basear sua decisão afim de emplacar aquela vontade íntima do magistrado. Sabe-se que existe o princípio da motivação das decisões judiciais e por essa razão o juiz tem que justificar aquilo que decide fazer, no entanto a motivação das decisões consegue facilmente ser superada através da procura voluntária do magistrado no âmbito da moldura, formas de decidir conforme suas convicções internas, morais e até ideológicas.

O STF firmou entendimento que o “comportamento do condenado no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com os outros indivíduos. Ou seja, os antecedentes sociais do réu não mais se confundem com seus antecedentes criminais”.

Inquéritos policiais e ações penais em curso não são aptos para agravar a pena-base. Este é o entendimento dos Tribunais superiores, que mantiveram tal decisão em virtude da ausência de provas acerca da materialidade dos crimes praticados até então para o direito penal e para a suprema corte, o direito penal vem tentando se cada vez mais garantista e educativo no sentido de não mais tolerar condutas lesivas a direitos garantidos pela constituição federal, a constituição cidadã. Enquanto os antecedentes se restringem aos envolvimento criminais do agente, a conduta social tem um alcance mais amplo, referindo-se às suas atividades relativas ao trabalho, seu relacionamento familiar e social e qualquer outra forma de comportamento dentro da sociedade.

Inclusive em relação ao fato de que tais circunstâncias judiciais não são respeitadas, pode-se afirmar que, trata-se de um desrespeito a um direito de cunho fundamental, nas questões atinentes as garantias processuais. Por tanto quando o juiz faz uso das circunstâncias judiciais



de forma a aplicar aquilo que está no seu interior, além de utilizar de forma irregular o dispositivo fere o direito fundamental e até mesmo humano do agente.

Cláudio Brandão quando analisa a perspectiva das garantias processuais como direitos humanos destaca que:

O conteúdo dos direitos humanos, como dito, vincula-se à condição humana. Por conseguinte, são direitos humanos as exigências cuja satisfação é condição de possibilidade para que um ser seja reconhecido como homem pelo direito. É por isso que integram a sua condição. Tais exigências não dependem do espaço físico ou do tempo, pois se pretendem universais e se traduzem em predicados presentes em todos os seres com patrimônio genético compatível com o humano, independentemente de condição social, traços raciais, religiosos, culturais ou de qualquer outra ordem. Assim, a vida, a liberdade, a possibilidade de aquisição de propriedade são direitos que se vinculam ao fato de o indivíduo ser reconhecido enquanto homem e, como tal, ser dotado de vontade, de consciência, percepção e de outras características que o tornam parte do gênero humano. (BRANDÃO, 2014, p.04)

Portanto, primeiramente infere-se que não é exagerado afirmar que há um desrespeito ao direito constitucional fundamental individual do indivíduo, muito menos exagerado é afirmar sobre o desrespeito aos direitos humanos, tem em vista que as garantias processuais são direitos humanos e devem ser reconhecidos a todos os indivíduos que façam parte do gênero humano como explica com bastantes pertinência Cláudio Brandão:

A partir dessa visão interdisciplinar, que perpassa o homem do mundo moderno e agrega um múltiplo feixe conceitual próprio da cultura dinâmica dos mundos da filosofia moral, da política e do direito, foi permanentemente reconstruído um núcleo conceitual dos direitos humanos. Porém esse núcleo não foi produto de uma criação abstrata, mas sim concreta, por ter sido vinculada às necessidades dos homens desde a Idade Moderna. Tais direitos foram consagrados em instrumentos internacionais, como o fundamento que torna o homem o centro e o destinatário de todo o direito, e se exprimem em (1) direitos da personalidade, pois o integram o direito à vida, à integridade corporal, à liberdade – que é tomada em sentido amplo, abrangendo tanto a liberdade de consciência, quanto as liberdades de pensamento, opinião e opção religiosa; (2) direitos de participação política, pois os homens devem concorrer para a formação dos poderes do Estado, neste sentido é indispensável para a legitimidade do poder a sua separação; (3) garantias processuais, as quais traduzem que o direito não pode deixar de reconhecer a dignidade de qualquer ser que pertença ao gênero humano, vez que ele tem uma série de mecanismos que possibilitam sua atuação frente à jurisdição estatal. Tais mecanismos são as garantias processuais, que embora tenham ganhado um destaque inicial na seara penal, foram reconstruídas para possibilitar e regulamentar a manifestação do homem nos processos jurídicos de qualquer natureza; (4) o direito de adquirir propriedade, que traduz a aptidão do homem para ser um sujeito ante o mecanismo de produção, circulação e distribuição de riquezas, de modo a ser irrenunciável a possibilidade de pertença a esse dito mecanismo. (BRANDÃO, 2014, p.05)

Além disso não há demais divergências, ou distinções entre os direitos fundamentais e humanos, além da sua forma, pois seu conteúdo é o mesmo.

Nas valiosas e certeiras lições de Cláudio Brandão sobre a conexão entre direitos humanos e direitos fundamentais esclarece que:

Há uma conexão entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pois eles têm a mesma substância. A diferença entre eles, portanto, é de forma, não de conteúdo. Enquanto os direitos humanos são institutos jurídicos do direito internacional, os direitos fundamentais são institutos jurídicos do direito interno, integrantes do sistema constitucional de norma fundante do ordenamento jurídico interno. No gérmen do constitucionalismo do século XVIII, os revolucionários que firmaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão traduziram um ideal de Constituição: no décimo sexto artigo afirmava-se que a sociedade que não tivesse a separação de poderes e a garantia de direitos não tinha uma Constituição. Nesse panorama, essa garantia de direitos, bem como a separação de poderes, positiva no âmbito do direito interno o conteúdo dos direitos humanos, formalizando-os no âmbito do Estado e, pela forma, transformando-os em direitos fundamentais. Os direitos humanos propriamente ditos, por sua vez, em face de seu caráter internacional, são traduzidos concretamente – embora não se resumam a isso – em obrigações internacionais impostas aos Estados.

### 3 NORMA JURÍDICA E TEXTOS

As normas jurídicas serão tratadas neste capítulo como ponto de partida para aplicação, na verdade as normas possuem peculiaridades próprias de um texto, que é justamente a questão de poder ser interpretada de outra forma, possuindo, portanto, outro significado, como é o caso de relevante peculiaridade das normas como a vagueza, porosidade e ambiguidade das normas jurídicas como definia João Maurício Adeodato (2009).

O artigo 59 do código penal ao tratar de suas circunstâncias, especialmente as subjetivas, não possuem uma característica que é própria da lei, que é justamente a abstração e generalidade, sabe-se que existem técnicas normativas de propositalmente dar a lei um texto específico que possua margem subjetiva para sua aplicação, e sem dúvidas o referido artigo foi idealizado desta maneira, no entanto, não obstante a tão intenção do legislador, ocorre que a lei não poderia determinar comandos normativos que se quer são discricionários, uma vez que a discricionariedade é agir até de certa forma a possuir certa liberdade no entanto havendo limite, ocorre que não há previsão de limite, ou melhor não há baliza para aquilo que está no campo subjetivo, e não o campo subjetivo do caso concreto mas sim do magistrado, aliás, dos magistrados em geral, como um todo. O que se identifica aqui é a ausência da função social da norma jurídica como propunha Tércio Sampaio Ferraz (1980).

Não há como padronizar a decisão judicial de todos os fatos que ocorrem, sobretudo com a provisão das circunstâncias do artigo 59 do código penal.

A norma será, portanto, vista sob a ótica das características inerentes à ela. A norma jurídica não como conjunto, mas sim como decisão final a um fato juridicamente relevante e fruto de uma decisão judicial. É comum no mundo jurídico a crença de que o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, esta é uma comum e corriqueira confusão no mundo jurídico, confundir textos como os artigos, códigos e leis com normas, isto é confundir normas com textos.

Como afirma o jusfilósofo João Maurício Adeodato, o ordenamento é um dado empírico, e normas jurídicas não são dados empíricos. (2010) Na realidade o ordenamento compõe-se de fontes do direito, até mantendo a ideia romana já consagrada, ou seja, posta previamente e não de normas. As fontes do direito são significantes e as normas jurídicas são significados, cujo alcance e sentido só podem determinar diante do caso concreto. As fontes são textos não obstante os textos as fontes podem ser também, gestos ou palavras oralmente pronunciadas, que procuram expressar, significar, simbolizar normas jurídicas.

Então o ordenamento jurídico se apresenta justamente como conjunto dessas fontes, como estabelece a diferença e leciona João Maurício Adeodato:

“apenas em um sentido metafórico, metonímico e impreciso pode-se dizer que se compõe de normas. Para entender a diferença entre significante e significado invoque-se a relação entre algarismo e número. O mesmo significado número “dois” (que é uma ideia) pode ser expresso por diversos significantes, gestuais, orais e textuais, tais como 2, zwei, II, two, dos.”

É a mesma diferença existente entre as fontes do direito, tais quais como as leis, portarias, instrumentos contratuais, costumes jurídicos e as normas jurídicas que estas mesmas fontes do direito objetivam expressar.

Novamente nos lembra com muita pertinência João Maurício que:

O texto expressa-se pelas fontes, pelos artigos e parágrafos da lei, quando o jurista se depara com um problema, isto é, um conflito juridicamente relevante, será necessário se municiar dessas fontes, pinçar do ordenamento jurídico as fontes pertinentes ao problema e aos argumentos que pretende desenvolver. Todos os participantes do discurso jurídico precisam fazer o mesmo, este é o dogma da dogmática, a razão de ser dessa denominação: um argumento só vale se, e na medida em que, se reporta a fontes do direito pertinentes (ao conflito), válidas e vigentes. Por isso Tercio Ferraz fala que a primeira característica da dogmática é a inegabilidade dos pontos de partida. A norma jurídica permanece como uma ideia, um significado que se tenta comunicar por meio das fontes, até que se concretize na decisão do caso, a rigor após o trânsito em julgado. Só então os textos normativos adquirem significado definido, ganham sentido e alcance diante do caso concreto. Daí a teoria estruturante de Müller afirmar que o legislador só faz o texto, um dado de entrada para a construção.

Desta forma, como explicitado esta é a razão de existir uma dogmática jurídica e não somente dogma, como citado este é o dogma da dogmática, as normas jurídicas seriam apenas uma espécie de texto de norma, para os filiados ao realismo e não sinônimo de texto, a norma então permanece como uma ideia, que pretende se comunicar por meio das fontes, até que se concretizem com trânsito em julgado, para então e somente então os textos normativos adquirem significado definido, ganhando seu sentido e alcance no caso concreto.

Então a norma apesar de posta e positivada com o poder político a norma ainda não tem qualquer significado sendo somente válida. Inclusive a visão de que a norma é uma espécie de texto de norma é justamente oriunda do pensamento do realismo jurídico que será tratada no próximo capítulo, não obstante ao realismo outras teorias cercam a norma jurídica como é o caso do legalismo que enxerga a lei como norma jurídica, ou seja, não há distinção entre direito e lei.

Já o normativismo entende que a lei é uma espécie de norma jurídica, tendo a lei como moldura dentro das hipóteses que podem responder aos fatos juridicamente relevantes, são justamente métodos de interpretação que irão definir o fato enquadrando a norma.

O legalismo então tem a teoria de uma única resposta correta a um fato juridicamente relevante, há, portanto, uma verdade absoluta enquanto no normativismo há mais de uma resposta possível aos fatos juridicamente relevante e o realismo procura explicar a realidade, razão pela qual consegue definir os problemas das circunstâncias judiciais subjetivas do artigo 59 do código penal.

As normas não são textos estáticos, não estão na lei ou no código, que os textos querem dizer, como efetivamente cooperam para o tratamento dos conflitos, vai depender de como os profissionais do direito, isto é, seus aplicadores entendem esses mesmos textos diante do caso concreto e o aplicará.

As normas jurídicas então segundo as visões legalista, normativista e realista, ganham formas distintas inclusive de interpretação, inclusive de validade no sistema jurídico uma vez que nestas correntes também é possível a validação de algo que não está na lei, como é o caso do normativismo, desde que tal regra não vá de encontro a uma norma já positivada e vigente, há também a aceitação de norma ainda que contrarie o ordenamento jurídico, é bem verdade que esta hipótese é mais difícil de aceitar, mas é a ideia do realismo, e diferente destas duas correntes, o legalismo só aceita aquilo que o direito produziu, através do seu rito de elaboração e sob o comando da autoridade competente.

Tais correntes serão tratadas de forma mais aprofundada no próximo capítulo, abordando o contexto histórico, abordando o jusnaturalismo até a sua evolução para a ideia de um direito, cuja necessidade era sua positivação em um documento formal, que é justamente o juspositivismo e em seguida a ideia do direito positivo e sua discussão interna, a discussão desdobra-se justamente quanto ao conhecimento e definição.

Com a definição dos institutos penais vistas no primeiro capítulo e ulterior classificação e caracterização das normas e seus textos neste capítulo, será possível agora, entender a partir da evolução do direito, e o surgimento de correntes internas filiadas ao direito positivo, que possuem pensamentos distintos sobre o conhecimento do direito, isto é, há uma discussão sobre o conhecimento do direito, sobre o que é o direito a partir das correntes chamadas, legalistas, normativista e realistas, daí porque se fala em discussão gnoseológica interna do direito positivo moderno. Veremos como estas correntes podem explicar de que forma e por quais razões o fenômeno objetivo principal desta pesquisa que ocorre no artigo 59

do código penal é possível, e como a previsão normativa deixa aberta a possibilidade de uma aplicação de uma sentença com clara motivação de fatores externos a dogmática jurídica

## 4 DISCUSSÃO GENEOLÓGICA INTERNA DO DIREITO POSITIVO MODERNO

### 4.1 Evolução Indiferenciada do jusnaturalismo

A evolução indiferenciada, tem este nome pois existe uma complexidade quanto a ausência de separação de determinados aspetos, como, religião, direito, moral, política, economia e até regras de etiqueta, se dá da seguinte forma, um ilícito jurídico pode ser confundido com uma regra moral que por sua vez pode ser confundido com uma regra religiosa, ou seja, diversos subsistemas sociais interferem uns sobre os outros.

Então podemos falar na fase da indiferenciação pois nela, não há uma consciência de uma separação entre direito que acontece na comunidade e o direito criado pela natureza ou divindade.

Pode-se definir o Jusnaturalismo a partir de duas vias, há uma ordem jurídica além da empírica e passível de observação que é habitualmente e metaforicamente chamada de natural, natural aqui como algo vindo da natureza, isto é, aquilo que não foi produzido pelo homem. (ADEODATO, 2002).

Este direito natural possuía como outra via, a ideia de que, na hipótese de um conflito com a ordem positiva, deve prevalecer esta ordem natural. Os jusnaturalismo entre eles, possuem uma característica em comum que é a pretensão de retirar normas de fatos, possibilidades estas negadas pelos adeptos do direito positivo, isto é, os juspositivistas.

Como bem lembra João Maurício:

(...) observe a insistência de Kelsen na interpretação de que faz a teoria kantiana sobre a intransponibilidade entre ser (sein) e dever ser (sollen). É impossível deduzir de algo que é, de dados descritivos como o patrimônio de uma pessoa, suas características raciais, ou sua ascendência familiar, um dever ser tão evidente quanto o fato que se baseia. Passar de uma para outra esfera é gnose logicamente impossível, ainda que ser e dever ser se encontrem na inserção dos valores na realidade. Daí a necessária presença da vontade e do poder de criar normas. E aqui está o problema, é justamente esta a função pragmática das normas jurídicas dotadas de generalidade sobre a qual tanto se insiste aqui: fornecer critérios para decisões de conflitos que ainda estão para ocorrer. (ADEODATO, 2002, p.188)

Então será possível a distinção entre direito natural cósmico, irracionalista, teológico, antropológico e democrático e de conteúdo variável.

## 4.2 Direito Natural Cósmico

O direito natural cósmico ou jusnaturalismo cósmico, continua a ideia de um direito da natureza, cuja produção e existência independe dos seres humanos.

Este direito natural também tinha consigo a característica de estar acima do direito positivo, está por tanto acima de todo e qualquer poder e nem mesmo os principais detentores de poder poderia suprimi-lo ou alterá-lo.

Como ensina João Maurício Adeodato:

O direito continua imutável, contudo, já que para sempre fixado na natureza humana, conforme expressa a famosa síntese de Grotius: 'o direito natural é tão imutável que nem Deus o pode modificar. Porque embora seja imenso o poder de Deus, pode-se, contudo, assinalar algumas coisas as quais não alcança...Assim pois, como nem mesmo Deus pode fazer com que dois e dois não sejam quatro, tampouco pode fazer com que o que é intrinsecamente mau não seja...Por isso até o próprio Deus se sujeita a ser julgado segundo esta norma... Para Grotius, o direito tem por base o instinto mas sim a razão, *dictamen rectae rationis*, cujo princípio máximo estaria na *pacta sunt servanda*.( ADEODATO, 2002, p.190)

É o clássico exemplo de Antígona, de Sófocles, onde para Antígona está clara a diferença entre o direito que ela almejava, que era de enterrar seu irmão Polinices, e o do tirano.

O do tirano, refere-se a si mesmo, autorreferente enquanto vontade do chefe e detentor de poder, e o dela, tem como base um direito emanado de uma força maior que qualquer vontade, uma força dos próprios deuses, percebe-se no jusnaturalismo cósmico a imutabilidade do direito.

Nas lições de João Maurício Adeodato:

Nos primórdios do Cristianismo, outro exemplo está na célere passagem a Jesus Cristo: a César o que é de César, a Deus o que é de Deus. Busca-se aí uma esfera não submetida á ética do Estado Romano onipresente, um espaço que não é deste mundo e por isso precisa de autonomia. .(ADEODATO, 2002, p.190)

Demonstrando a ideia ainda do jusnaturalismo cósmico possuindo como característica a desvinculação de seu direito com o poder do Estado.



#### 4.3 Direito Natural Irracionalista

O direito natural irracionalista ou jusnaturalismo irracional teve fortes ideias no período da Idade Média, que fizeram os outros direitos naturais se modularem até o triunfo do direito positivo.

Teve forte influência de Santo Agostinho, e aqui o direito natural assume perspectiva na qual o papel das instituições católicas não estava tão definido na interpretação do direito e da definição do direito divino para sua transformação para o direito positivo.

Por essa razão que se chama direito natural irracional, pois não é dado aos seres humanos a percepção dos desígnios superiores divinos. Para Agostinho por exemplo, todos os seres humanos estão já condenados ao inferno, em virtude do pecado original, mas Deus, em sua infinita misericórdia escolhe alguns e os salva, no entanto não é passível de compreensões tais escolhas. (ADEODATO, 2002).

Agostinho contribuiu justamente na ideia de que o Estado não deve interferir nos assuntos religiosos, separando a cidade dos “homens” da “cidade de deus”.

#### 4.4 Direito Natural Teológico

O direito natural teológico, ou jusnaturalismo teológico, como notável etimologia, agora diferentemente do irracionalista de Santo agostinho, possui uma lógica, lógica essa divina.

A lógica divina explicada por São Tomás de Aquino, trazia a ideia representada principalmente pela escolástica aduzindo a ideia de um direito natural imutável, determinado e idealizado por Deus. A igreja seria, portanto, o elo entre o direito divino natural e o direito do estado. A igreja seria então fonte de todo direito, explicada apenas pela comunidade cristão, o clero. Então explicada por Aquino surgem as leis: divina, natural e humana.

Conforme profícuas lições sobre o tema de João Maurício Adeodato:

Na prática, a hierarquia eclesiástica determinava a interpretação genuína da vontade de Deus, fonte de todo direito. Na síntese de Tomás de Aquino, o direito divino por essência, a *lex aeterna*, permanece intangível para o mundo. Mas o direito divino por participação, a *lex naturalis*, é a fonte inspiradora do que hoje chamar-se-ia direito positivo, a *lex humana*, através dos eflúvios que este capta daquele. Só que tal inspiração não é percebida á toa, mas precisa da revelação que só a santa madre igreja pode facultar. (ADEODATO, 2002, p.191)

É extremamente relevante a forma do direito natural teológico e sua lógica agora divina, como o procedimento trazido por Tomas de Aquino esclarece ao menos que em partes a ideia de um direito cuja criação e idealização é divina. E sua ulterior transformação em direito positivo fruto de uma classe escolhida por Deus, que seria justamente o Clero.

É clarividente que posteriormente a igreja teve a queda do seu poder, enfraquecida justamente pela reforma como lembra João Maurício Adeodato:

É aí que, apoiando a ascensão do Estado como instancia jurídico-política máxima e a correspondente queda do poder secular da igreja, enfraquecida pela reforma, surge o que se pode chamar de um Jesus Cristo às avessas. Com efeito, a intenção de Samuel Pufendorf, assim como de Christian Thomasius, no século XVII, é separar, na ética, as esferas da religião e moral, a cargo da igreja, das esferas jurídicas e política, a cargo do Estado. Daí seu famoso critério interioridade-exterioridade, posteriormente adotado por diversos pensadores, dentre os quais Kant. Pufendorf parte da separação entre os campos da ética (entia *moralia*) e da física (entia *physica*), e, na linha aberta por Hugo Grotius, afirma a independência entre o direito natural e divino. (ADEODATO, 2002, p.191)

Por tanto as necessidades de uma separação entre o direito natural e o direito informado por Deus através de uma classe determinada passou a sofrer contestações principalmente após a reforma culminando agora no direito natural antropológico.

#### 4.5 Direito Natural Antropológico

O direito natural antropológico ou jusnaturalismo antropológico, como etimologicamente clara nomenclatura, a logicidade do direito agora, é na verdade de um direito natural cuja lógica se origina do homem, isto é, agora a ideia não mais era de um direito natural advindo dos céus e transmitida ao clero, mas sim de um direito oriundo, nascente dos seres humanos, apesar de que doutrinariamente se reconhece que primeiramente o jusnaturalismo antropológico não ter separado o mundo jurídico do direito do religioso.

Conforme lições do jusfilósofo João Maurício Adeodato:

Essa passagem do direito natural teológico para chamado racional, secular antropológico, não separa ontologicamente o jurídico do religioso, posto que não nega a fonte divina para o direito. Trata-se de uma mesma ideia advogada por Lutero e o protestantismo: Deus fala diretamente ao coração de todos e de cada um dos homens, sem que seja necessário um porta-voz oficial. Tal democratização é um dos fatores pelos quais as igrejas protestantes jamais tiveram o poder temporal ou espiritual que desfrutou a igreja católica. (ADEODATO, 2002, p.192)

Clarissa Marques quando analisa a quebra do pensamento de uma divindade, isto é, a mudança de paradigma de um direito cujo nascimento antes era mítico passa agora a ser produto de uma racionalidade, e destaca que:

Assim, o desafio de conceituar os direitos fundamentais será aqui enfrentado partindo do pressuposto que quando as sociedades amadurecem, as pautas até então teológicas passam a ser pautas racionais, ou seja, no que diz respeito aos direitos fundamentais, as garantias, que até então provinham de uma visão mítica, passam a ser produto da racionalidade. (MARQUES, 2014, p.500)

#### 4.6 Direito Natural Democrático e de conteúdo variável

O direito natural democrático surgiu logo em seguida do antropológico e na sequência o jusnaturalismo de conteúdo variável. O direito natural democrático ganhou nuances e ideias com participação na construção do direito por parte das pessoas, mas sob a premente maioria, ou vontade da maioria.

Como preceitua o professor João Maurício Adeodato:

Na prática o triunfo é do jusnaturalismo democrático, que já configura o positivismo, pois a maioria é um dado empírico, enquanto a “vontade geral”, não. Esse jusnaturalismo democrático representa uma passagem para o positivismo porque não tem, a rigor, conteúdo, o que a maioria decide é legítimo, pois a legitimidade é a igualdade de capacidade política dos cidadãos. E o jusnaturalismo de conteúdo variável pretende ser empiricamente observável, mudando no tempo e no espaço, permanecendo problemáticos os critérios dessa mudança e como detectar o justo. A democracia e o princípio da maioria, que é seu corolário, podem prestar-se tanto ao jusnaturalismo quanto ao juspositivismo haja vista que são autodeterminados (auto-referentes, autônomos) : se a “voz do povo é a voz de Deus”, o seu conteúdo material é dado pelas circunstâncias do momento. (ADEODATO, 2002, p.193)

Então a ideia era de uma sociedade por meio da qual todos eram iguais, e por essa razão deveriam a maioria, a maioria aqui como legitimidade de direito e deve decidir sobre os conflitos.

Nas premissas do professor João Maurício Adeodato:

Finalmente o jusnaturalismo de conteúdo variável defende a tese de que há uma ordem jurídica justa, que não se confunde com o direito aplicado pelo poder efetivamente obedecido, a qual brotaria espontaneamente – naturalmente – das características da

comunidade, por isso mesmo variando no tempo e no espaço. Ele não se confunde com o positivismo, pois o direito posto em força forma pode desviar-se do caminho justo e legítimo da comunidade em questão. Também não se confunde com o jusnaturalismo aqui dito democrático, vez que a maioria pode não se comportar de acordo com os preceitos naturais. O próprio Rousseau, defensor dos mais radicais do princípio democrático, faz diferença entre vontade geral (que seria o fruto social do direito natural) e a vontade da maioria, esta meramente quantitativa. (ADEODATO, 2002, p.190)

Por isso parece mesmo que para os adeptos do direito natural, cada vez mais surge a necessidade de um estabelecimento de regras e valores que culminaram para o surgimento da ideia do direito positivo.

George Browne quando analisa o direito natural de conteúdo variável destaca que:

A ideia de Direito, segundo Stammler, adquire, desse modo, um sentido análogo àquele do dever-ser kantiano; portanto, ele existe, à margem de comprometimentos ideológicos ou hipoteticamente valorativos, mercê da liberdade e autonomia inerentes ao ser humano. Cada indivíduo, apesar das forças condicionantes do meio em que se encontra imerso, é um fim em si mesmo, intangível no que concerne à sua dignidade enquanto pessoa. Ao preservar a liberdade e a autonomia do indivíduo, o direito, apesar de ser historicamente positivo, se manifesta, por natureza, justo. Stammler procura assim encontrar um denominador comum entre a dimensão lógica do direito, gnoseologicamente atribuível a todos os indivíduos e as suas diversas manifestações no tempo e no espaço, configuradas na variabilidade intrínseca aos direitos positivos. A expressão que definiu a proposta filosófico-jurídica idealizada por Stammler passou então a ser conhecida como: Direito Natural de Conteúdo Variável. As conclusões a que chega Stammler, *modus in rebus*, assemelham-se àquelas já anteriormente mencionadas ao longo deste trabalho, particularmente no que concerne a importância do ideal de justiça como terapia às armadilhas de um direito subjetivista e denotativo que não tenha como instrumento de mensuração o bem comum. (Browne, 2014, p.500)

#### 4.7 Evolução do Direito Positivo

A partir de agora, os conjuntos de regras será previamente escrito em um papel formal, isto é, o direito positivo agora começa a ganhar força e com isso possuindo determinadas especificidades. As regras agora seriam como ditas anteriormente, necessariamente escritas. Então agora, debruçaremos a pesquisa em torno do fenômeno da lei, e sua ascensão em detrimento de outras fontes, as do direito natural. Agora nasce por parte do estado a pretensão de monopólio, na produção das normas jurídicas, fixando e modificando as regras de convivência social por meio de decisões legalmente fundamentadas. O estado então iria criar o direito e ainda decidiria sobre o que aceita ou não e ainda decide, em últimas instancias, o que considera juridicamente relevante, então agora o estado moderno se caracteriza pelo fenômeno da positivação. Tal concepção do direito se originou com a primeira escola legalista do direito, a escola da exegese, que será vista no próximo tópico sob o olhar da discussão sobre o

conhecimento do direito, isto é, como as correntes do direito positivo moderno enxergam o direito enquanto o que ele é, e o que precisa para ser válido, vigente e eficaz.

#### 4.8 Legalismo

A primeira escola legalista a escola da exegese que fez parte da construção do direito enquanto lei, desta forma foi a pioneira da concepção de direito escrito, isto é positivado e faria parte então da discussão gnoseológica interna do direito positivo moderno conforme disciplina João Maurício Adeodato:

“Filosoficamente, pode-se dizer que o positivismo jurídico caracteriza-se por aceitar que o direito resulta de um ato de poder competente, podendo assumir qualquer conteúdo. Ele é auto-referente, é procedimental, é de certo modo irracional quanto ao conteúdo, á medida que recusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma matéria ética necessária... quanto ao debate interno, o positivismo jurídico começa ingênuo, com o legalismo da Escola da Exegese francesa, e sofisticada-se nas diversas formas de normativismo, estatualistas ou de tendência sociológica, para desembocar no que se pode chamar de realismo positivista, cada tendência envolvendo diversas escolas que só muito grosseiramente cabem ser reunidas sob a mesma denominação, já o positivismo cético e o pragmatismo, aqui chamados positivistas apenas por oposição ao jusnaturalismo, rejeitam a distinção epistemológica entre argumentos analíticos e substanciais, pois estes não são susceptíveis de argumentação. (ADEODATO, 2002, p.196)

O pensamento legalista possuía o pensamento de que lei era norma jurídica, melhor dizendo, para os legalistas as normas jurídicas e lei seriam a mesmas coisas segundo esta escola. O legalismo também acreditava que o direito positivo só necessitava apenas de validade jurídica como requisito. Para o legalismo então a norma teria apenas que nascer, ser gerada pelo direito dogmaticamente organizado, é dizer, o direito define aquilo que é norma e sua simples previsão é o que se precisa para as normas jurídicas ou leis. (ADEODATO, 2002). O legalismo também não aceitava o costume como fonte nas normas jurídicas, por óbvio pois determinava apenas como regra aceitava o direito posto.

Esta corrente do direito positivo moderno também havia silogismos, como era o caso do silogismo apodítico, que seria quase que um axioma, no entanto vai além, o silogismo apodítico preceitua que há uma resposta com a qual não se pode negar, ou imiscuir, é como se para um fato juridicamente relevante a norma ou lei teria uma resposta a este fato juridicamente relevante, no entanto esta resposta seria exata e verdadeira. Por exemplo se alguém mata outra pessoa, pouco importam as circunstâncias pois no ordenamento jurídico legalista, há somente

uma previsão normativa que proíbe esta conduta, determinando ainda o legalismo a duração da pena, constando anos, meses e até dias e até mesmo minutos, pois para o legalismo havia apenas uma resposta correta para os fatos ditos como juridicamente relevantes. (ADEODATO, 2002).

#### 4.9 Normativismo

O normativismo diferentemente do legalismo aceitava o costume na aplicação do direito, no entanto não poderia este costume ser contrário ao ordenamento jurídico. O normativismo como corrente do direito positivo moderno diferentemente do legalismo, acreditava que a lei era a mesma coisa que norma jurídica. determinava como requisito que o direito positivo teria que ser válido e vigente, não é somente ser válido, isto é, criado pelo ordenamento jurídico, mas teria também que possuir a qualidade de vigência, é dizer, teria que ser válido e apto a ser aplicado, trazendo a possibilidade de vigência da lei. (ADEODATO, 2002). Então no normativismo o direito não possuiria apenas uma resposta correta para os fatos juridicamente relevantes, seria justamente a ideia do silogismo entimemático, na qual previa a hipótese de possibilidades aos fatos juridicamente relevantes, é justamente a teoria da moldura presente no normativismo. Atualmente os instrumentos normativos a exemplo do código penal estabelece várias hipóteses como respostas aos fatos juridicamente relevantes e não somente uma resposta como era o caso do legalismo. (ADEODATO, 2002).

#### 4.10 Realismo

O realismo jurídico enquanto corrente do direito positivo moderno, possuía uma postura bastante crítica, pautada no ceticismo em relação as atividades judiciais. O realismo assim como no normativismo aceitava o costume nas soluções jurídicas, inclusive o costume contra a lei, isto é, o costume *contra- legem*, isso porque para o realismo o direito deveria ser válido, vigente e possuir eficácia para valer. Então desta forma se o direito positivo que não possuísse eficácia, e essa eficácia seria a eficácia social, não seria direito, por essa razão o realismo dava muita importância para a eficácia das normas, e a eficácia social seria a normas ser respeitada socialmente, isto é, aceita enquanto prescrição normativa e aplicada pelo direito. .

(ADEODATO, 2002).v Então a eficácia social possui duas ideias, a primeira em relação a sociedade e a segunda em relação ao próprio direito que deveria ser aplicado pela dogmática jurídica. Esta corrente também possuía como silogismo, o silogismo erístico, no qual resultava justamente na postura cética e crítica das atividades judiciais, sempre pondo em dúvida e revelando seu caráter especulativo em face das decisões judiciais. O realismo trazia a possibilidade da irracionalidade das decisões judiciais, reforçando a ideia de irracionalismo nas decisões, isto é, as decisões sofreriam interferências externas ao direito propriamente dito, como as convicções pessoais, morais e até ideológicas, inclusive até na formação das leis. Por fim o realismo não aceitava a hipótese de a norma jurídica ser lei, como era o caso do legalismo, ou ainda da lei ser norma jurídica, o realismo afirmava que as leis eram espécies de texto de norma jurídica, e que norma jurídica seria as decisões finais aplicadas aos casos juridicamente relevantes. (ADEODATO, 2002).

Por essa razão que esta corrente foi escolhida nesta pesquisa, pois a corrente realista pertencente a discussão sobre o conhecimento e definição do direito, prevê e explica a hipótese de aplicação das circunstâncias judiciais do art.59 do código penal na aplicação de pena sabe, baseada em argumentação e retórica jurídica afim de somente materializar aquilo que está intimamente ligada as pretensões individuais do decisionista.

## 5 CONCLUSÃO

Primeiramente como ponto de partida se chegou-se à conclusão de que o artigo 59 do código penal, mais precisamente as suas circunstâncias judiciais subjetivas há mesmo uma abertura no texto de norma no momento da aplicação da pena base, possibilitando desta forma a aplicação de maneira distinta no ordenamento jurídico, se mostrando que tal fenômeno não deve(ria) ser tolerado face a tamanha abertura da norma, abertura esta que se perfaz como anomalia jurídica visto que as normas precisam ter previsibilidade e decisões uniformes, uniformidade aqui não no sentido de que todas as decisões deveriam ser dadas de forma igual, mas sim que deveriam obedecer á um padrão de linearidade, não podendo tal padrão sofrer interferências externas ao direito, como valoração da moral, das convicções pessoais, e até da vida íntima e social do apenado. É certo de que o Direito tem sua pretensão do monopólio das normas jurídicas e é natural que suas prescrições emanem tardiamente, e também de forma equivocada, como é o caso do artigo 59 através das circunstâncias judiciais subjetivas. Equivocada porque pretendendo-se o direito penal de dar uma forma distinta e subjetiva a cada pessoa sujeita a pena, acaba que dá vigência a um capítulo autônomo de norma que prevê em outras palavras o julgamento moral, pessoal, que será feito pelo magistrado na aplicação da pena. É bem verdade que ao prever as normas a ideia é de dar tratamento distinto e único a qualquer pessoa, respeitando-se os Direitos Fundamentais garantidos na carta magna e até mesmo os Direitos Humanos. Isso partindo-se do pressuposto que tal magistrado irá fundamentar as decisões respeitando o processo trifásico da pena sem justificar suas ações por meio de agravantes genéricas, o que já é um problema da prática forense, no entanto além de um problema de ordem prática tal problema se apresenta como um problema de ordem técnica e argumentativa, já que utilizando-se da argumentação jurídica alguns fatores externos passam despercebidos, como é o caso da utilização das jurisprudências, dentro da teoria da moldura o que reflete a vertente normativista do direito, aquela infinidade de normas aplicáveis vistas aqui como fontes do direito, sendo utilizadas na fundamentação o que nos remete a discussão gnoseológica interna do direito positivo moderno, ou seja, a discussão sobre a definição, conceito e conhecimento do direito positivo na idade moderna.

A teoria geral do direito com a evolução jusnaturalista e mais especificamente a discussão interna sobre seu conhecimento explica e identifica, mais além, ela elucida e desvenda de que maneira a dogmática jurídica se faz frágil com as elementares, ou melhor, circunstâncias judiciais subjetivas de condição social e personalidade do agente constantes no referido artigo. Tais elementares possuirão diferenças de acordo com o tipo ou perfil do magistrado gerando



insegurança jurídica e demonstrando-se mais uma vez a incompatibilidade de uma norma jurídica possuir vigência atualmente. Com as correntes do Legalismo, Normativismo e Realismo. Que não se cancelam entre-si, mas se completam de forma que a corrente realista identifica o fenômeno ocorrido no art. 59 do código penal através dos próprios ideias normativistas do nosso sistema dogmático penal.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Aidil Jesus da Silva. LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos da Metodologia Científica**: um guia para iniciação científica. São Paulo: MAKRON booksd, 2000.

Rodrigues, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**/ Auro Jesus Rodrigues; coautoras Hortência de Abreu Gonçalves, Maria Balbina de Carvalho Menezes, Maria de Fátima Nascimento. 4. Ed. rev., ampl. – Aracaju: Unit, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio. 2021.

BRASIL. [contravenção (1940)] **Lei das Contravenções Penais**. Brasília, DF: Presidência da república, , [1941]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm). Acesso em: 31 maio.2021.

BRASIL. [Código penal (1940)] **Código penal**. Brasília, DF: Presidência da república, , [1941]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio.2021.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. 25.ed. Saraiva. São Paulo. 2020

SCHMITT. Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: Teoria e prática**. 14.ed. Juspodivm. 2020

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao estudo dos direitos humanos**. Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva. Cláudio Brandão, coordenador. São Paulo: Atlas, 2014.

ADEODATO, João. **A construção retórica do ordenamento jurídico- Três confusões sobre ética e direito**. Pensar, Fortaleza. v. 15, n. 1, p. 102-112, jan./jun. 2010

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ JR., Tercio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARQUES, Clarissa. **O conceito de direitos fundamentais**. Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva. Cláudio Brandão, coordenador. São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 151-168.

REGO, George Browne. **Direitos humanos: notas de uma concepção interdisciplinar**. Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva. Cláudio Brandão, coordenador. São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 496-506.