

Klelia Canabrava Aleixo
Arthur Ferreira Gil
Francisco de Aguiar Menezes

O DESATINO DO USO DA
PERSONALIDADE
NA FIXAÇÃO DA PENA



Sendo o posicionamento dos corpos celestes insuficiente para a verificação da personalidade e não havendo consenso científico sobre o tema, quais fundamentos permitiriam qualificar com segurança e legitimidade a personalidade do agente para fins de fixação da pena? Este livro reúne três estudos críticos acerca da personalidade como circunstância judicial na dosimetria da pena que demonstram a inexistência de tais fundamentos, também, no âmbito do direito penal, ensejando a burla de limites no exercício do poder de punir estatal.

Profa. Dra. Klelia Canabrava Aleixo

ISBN 978-65-01-55636-9



9 786501 556369 >


EXPERT
EDITORA DIGITAL

O DESATINO DO USO DA
PERSONALIDADE
NA FIXAÇÃO DA PENA



Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Aleixo, Klelia Canabrava

A366d O desatino do uso da personalidade na fixação da pena / Klelia Canabrava

Aleixo, Arthur Ferreira Gil, Francisco de Aguiar Menezes. Belo Horizonte, MG: PUC Minas, 2025.

E-book (199 p. : il.)

ISBN: 978-65-01-55636-9

1. Personalidade (Direito) - Brasil. 2. Comportamento criminal - Brasil. 3. Princípio da individualização da pena - Brasil. 4. Legislação penal - Jurisprudência - Brasil. 5. Motivação da sentença - Brasil. 6. Vítima - Brasil. 7.

Culpabilidade - Brasil. I. Gil, Arthur Ferreira. II. Menezes, Francisco de Aguiar.

III. Título.

CDU: 343.121

**Ficha catalográfica elaborada por Roziane do Amparo
Araújo Michelini - Bibliotecária CRB-6/2563**

Pedidos dessa obra:

**experteditora.com.br
contato@experteditora.com.br**





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola.
Superior de Desporto de Rio Maior, Escola.
Superior de Comunicação Social (Portugal),
The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad
Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG,
e PUC - Minas

Prof. Dr. Gladston Mamede
Advogado e escritor

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São
Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad
Tecnológica de México (UNITEC), Universidad
Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade
Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo,
Universidad Sagrado Corazón (UNIFE),
Universidad Cesar Vallejo, Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes
e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de
Minas Gerais - UEMG

AUTORES

Arthur Ferreira Gil

Francisco de Aguilar Menezes

Klelia Canabrava Aleixo

APRESENTAÇÃO

Este livro reúne três trabalhos de pesquisa acerca da personalidade como circunstância judicial na dosimetria da pena.

O primeiro deles consiste no premiado “Trabalho de Conclusão de Curso” de Arthur Ferreira Gil, então bacharelando em Direito pela PUC Minas. Trata-se de uma detalhada investigação que apresenta o panorama da jurisprudência brasileira acerca da temática e evidencia o uso retórico da “personalidade” plasmado a toda sorte de juízos axiológicos afastados dos fatos típicos apurados, ensejando a burla de limites ao poder punitivo estatal.

A partir deste inspirador trabalho, o Prof. Me. Francisco de Aguiar Menezes, que atualmente se dedica ao estudo da aplicação da pena no curso de doutorado, empreende análise que indica outras fragilidades intrínsecas à valoração da personalidade como circunstância judicial. Esta análise demonstra que a indefinição e a ambiguidade semântica do conceito “personalidade”, aliadas à subjetividade da avaliação judicial resultam na violação a princípios constitucionais penais.

Por fim, o trabalho de minha autoria busca destacar a necessidade da consideração da pessoa humana e seus direitos humanos como limites intransponíveis e critérios de discernimento da lei e das instituições. *Contrario sensu*, o dispositivo legal previsto no art. 59 do Código Penal brasileiro, ao determinar que o juiz considere a personalidade do agente na fixação da pena, assim não os considera, ensejando o arbítrio estatal no manejo do poder de punir, conforme detalhado no último capítulo.

Profa. Dra. Klelia Canabrava Aleixo

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

A incontornável arbitrariedade da circunstância judicial da personalidade: uma análise jurisprudencial dos elementos desabonadores da personalidade na primeira fase dosimétrica.....	13
1 Introdução.....	14
2 Panorama institucional e categorias de análise.....	22
2.1 Supremo Tribunal Federal	25
2.2 Superior Tribunal de Justiça.....	25
2.3 Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	27
3 Por que avaliar a personalidade?	28
3.1 Individualização da pena.....	28
3.2 Teleologia do exame da personalidade	32
3.2.1 Breve esboço histórico - gênese legal.....	35
4 O que considerar na avaliação da personalidade?.....	49
4.1 Conceituação de personalidade e seus aspectos integrantes.....	49
4.2 Elementos concretos delatores da personalidade na jurisprudência analisada	54
4.2.1 Anotações criminais e prática de delitos durante o cumprimento de pena.....	55
4.2.1.1 Linha de evolução do entendimento jurisprudencial	56
4.2.1.2 Prática de delitos durante o cumprimento de pena.....	61
4.2.2 Circunstâncias do crime	66
4.2.3 Motivação.....	70
4.2.4 Relatos de terceiros e falas e mensagens do réu	72
4.2.5 Conduta pós-fato delitivo.....	84
4.2.6 Conclusões genéricas	89
4.3 Segurança jurídica e as inconsistências observadas	93
4.3.1 Inquéritos policiais e ações em curso	95
4.3.2 Prática de crimes em cumprimento de pena por delito anterior.....	96
4.3.3 Mentir em juízo	98
4.3.4 Marco temporal da análise da personalidade.....	99

5 Como aferir a personalidade?.....	101
5.1 Parâmetro científico de personalidade.....	102
5.2 Necessidade ou desnecessidade de prova técnica.....	106
6 O dever de fundamentação das decisões judiciais e a imprecisão nata à vetorial da personalidade.....	115
7 Considerações finais.....	130
Referências.....	135
Anexo a - universo de acórdãos analisados.....	161

CAPÍTULO II

Análise do manuseio jurisprudencial da personalidade enquanto circunstância judicial à luz dos princípios constitucionais penais....	173
1 Introdução.....	173
2 Personalidade e legalidade.....	176
3 Personalidade e secularização.....	181
4 Personalidade e culpabilidade.....	184
5 Personalidade e contraditório.....	185
6 Personalidade e <i>ne bis in idem</i>	188
7 É necessário valorar a personalidade para individualizar a pena? (Uma perspectiva agnóstica-redutora da atividade dosimétrica).....	190
8 Considerações finais.....	193
Referências.....	196

CAPÍTULO III

O discernimento acerca da lei e a circunstância judicial da personalidade.....	203
1 Introdução.....	203
2 Por outra epistemologia para o direito penal.....	204
3 O limite da lei, a pessoa e os direitos humanos.....	206
4 Bases para uma epistemologia do direito penal para a vida.....	213
5 Considerações finais.....	215
Referências.....	217

CAPÍTULO I

**A INCONTORNÁVEL ARBITRARIEDADE DA
CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE:
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS ELEMENTOS
DESABONADORES DA PERSONALIDADE NA
PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA**

A INCONTORNÁVEL ARBITRARIEDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS ELEMENTOS DESABONADORES DA PERSONALIDADE NA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA

Arthur Ferreira Gil¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Panorama institucional e categorias de análise. 2.1 Supremo Tribunal Federal. 2.2 Superior Tribunal de Justiça. 2.3 Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 3 Por que avaliar a personalidade? 3.1 Individualização da pena. 3.2 Teleologia do exame da personalidade. 3.2.1 Breve esboço histórico - gênese legal. 4 O que considerar na avaliação da personalidade? 4.1 Conceituação de personalidade e seus aspectos integrantes. 4.2 Elementos concretos delatores da personalidade na jurisprudência analisada. 4.2.1 Anotações criminais e prática de delitos durante o cumprimento de pena. 4.2.1.1 Linha de evolução do entendimento jurisprudencial. 4.2.1.2 Prática de delitos durante o cumprimento de pena. 4.2.2 Circunstâncias do crime. 4.2.3 Motivação. 4.2.4 Relatos de terceiros e falas e mensagens do réu. 4.2.5 Conduta pós-fato delitivo. 4.2.6 Conclusões genéricas. 4.3 Segurança jurídica e as inconsistências observadas. 4.3.1 Inquéritos policiais e ações em curso. 4.3.2 Prática de crimes em cumprimento de pena por delito anterior. 4.3.3 Mentir em juízo. 4.3.4 Marco temporal da análise da personalidade. 5 Como aferir a personalidade? 5.1 Parâmetro científico de personalidade. 5.2 Necessidade ou desnecessidade de prova técnica. 6 O dever de fundamentação das decisões judiciais e a imprecisão nata à vetorial da personalidade. 7 Considerações finais. Referências. Anexo A - Universo de acórdãos analisados.

¹ * Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e advogado.

1 INTRODUÇÃO

Eu tenho fé, e o amor e a fé
No século XXI
Onde as conquistas científicas, espaciais, medicinais
E a confraternização dos povos
E a humildade de um Rei
Serão as armas da vitória
Para a paz universal².

Em seu pior aspecto de personalidade, o indivíduo do signo de áries é “[e]goísta, sempre se colocando em primeiro lugar, sem sutileza, impulsivo, belicoso, satírico, irascível, impaciente, querendo tudo agora [...]”³. Não muito melhor, a faceta negativa do leonino revela ser ele “[d]ogmático, brigão, pomposo, esnobe, intolerante, opiniões fixas, condescendente, dissimulado [...]”⁴. São essas as características indesejáveis de dois signos do zodíaco, conforme levantamento feito em estudo que atestou a incompatibilidade das descrições astrológicas da personalidade com a aferição feita por parâmetros científicos de investigação.

Os estudos da astrologia, tomados como meio de conhecimento de tendências íntimas do ser humano, não encontram respaldo no método científico de verificação racional - o que não lhes impugna os possíveis méritos, mas assenta seu lugar à margem do que se entende por ciência modernamente. Não obstante, isso não impediu que suas concepções tomassem o imaginário coletivo e se incorporassem no senso comum como deladoras de traços de personalidade; ao passo que o campo científico próprio desse atributo, a psicologia, sequer se aquieta sobre os aspectos primordiais do conceito, dividindo seus

2 ABENÇÃO Mamãe, Abenção Papai. Compositor: Jorge Ben Jor. In: LETRA. [São Paulo]: RCA Victor, 1970. 1 disco vinil.

3 MIGUEL, Fabiano Koich; CARVALHO, Lucas de Francisco. Relações entre traços de personalidade mensurados por testes psicológicos e signos astrológicos. **Psico-USF**, Bragança Paulista, v. 19, n. 3, p. 533-545, set./dez. 2014, p. 535.

4 *Ibidem*.

teóricos em posições diversas e antagônicas⁵. Assim, o retrato cultural que envolve a matéria demonstra sua suscetibilidade a definições imprecisas e pouco científicas.

Sendo o posicionamento dos corpos celestes insuficiente como fonte racional de leitura da personalidade e não havendo consenso científico sobre o tema, quais fundamentos então permitiriam qualificar com segurança e legitimidade a personalidade de um indivíduo? O Código Penal (CP)⁶ pátrio não apresenta uma resposta a esse questionamento, muito embora imponha ao magistrado o dever de realizar tal avaliação no momento de fixação da pena nas condenações criminais.

O procedimento de quantificação da pena imposta àquele que comete um injusto penal é regido pelo denominado sistema trifásico. O art. 68 do CP sintetiza assim as três etapas que levarão à sanção final: “[a] pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”⁷. Entre as oito circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do CP⁸, está elencada a personalidade, que se destaca por seu cunho subjetivista, mais afeto à pessoa do réu que ao fato típico apurado.

Em virtude disso, embora não haja concepção segura do que seja personalidade e o direito não seja apto a suprir essa carência, estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2021, com a participação de 1.732 magistrados, apurou que 50,3% dos respondentes avaliavam a personalidade do acusado na primeira fase da dosimetria

5 PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. **Personalidade: teoria e pesquisa**. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 39.

6 BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

7 *Ibidem*.

8 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

da pena⁹. Considerando a imprecisão que ronda o significado do termo; seu uso pródigo pelo senso comum; e a suspeita quanto à possibilidade de sua plena caracterização no curso de uma ação penal, ressaí a relevância de se indagar o modo como aferi-la, o que avaliar e por que fazê-lo, no âmbito criminal, pois trata-se de discutir as balizas da discricionariedade judicial no manejo do poder punitivo estatal.

Essa preocupação não escapou à nossa produção jurídico-penal. Desde há muito se avolumam trabalhos convergentes em apontar:

[...] a impertinência da circunstância judicial ‘personalidade do agente’ como critério para a fixação da pena¹⁰;

[...] que a valoração da ‘personalidade do agente’ na fixação da pena consagra [...] um inadmissível Direito Penal do Autor, e, portanto, deve ser desconsiderada [...]¹¹;

[...] que as circunstâncias da ‘personalidade’ e da ‘conduta social’ [devem ser] expurgadas do art. 59 do nosso Código Penal, tendo em vista que ferem o ‘Direito Penal do Fato’¹².

Nessa linha, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho afirmam que “[...] mesmo se fosse o magistrado apto a realizar tal tarefa [análise da personalidade], o juízo sobre a personalidade do sujeito

9 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório GT: dosimetria da pena**. Brasília: CNJ, 2022.

10 MACHADO, Vinícius. O insustentável quadro de apreciação da personalidade do agente na prática penal brasileira. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n. 7, p. 89-114, 2008, p. 92.

11 FAYET, Fábio Agne; BAYS, Ingrid; BAYS, Isadora. A personalidade do agente e o dever de motivação das decisões: manifestação do direito penal do inimigo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 13, p. 95-107, 20 dez. 2015, p. 107.

12 BRUNELLI, Roberto Giordani. O equívoco da valoração da personalidade e conduta social do réu na fixação da pena. **Revista de Ciências do Estado**, v. 4, n. 2, p. 1-22, 12 nov. 2019, p. 18.

seria ilegítimo, visto estar assentado em valoração estritamente moral sobre o ‘ser’ do acusado”¹³ ¹⁴.

Sob o influxo dessas proposições, o Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012¹⁵, que propõe uma reforma do Código Penal brasileiro, retira as circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade dos aspectos a serem considerados pelo magistrado no momento de dosagem da pena¹⁶.

Não é novo, portanto, o posicionamento crítico à vetorial em questão e muitos argumentos já foram lançados na impugnação de sua validade. Diante desse quadro, seria inócua uma nova incursão no cabedal teórico já repisado para, ao final, concluir o que já se proclama desde há muito no tema. Diversamente, porém, uma oportunidade que se abre para uma investigação de renovado interesse consiste em averiguar como nossos tribunais têm tratado a circunstância judicial

13 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 58.

14 “É certo, por exemplo, que quando nosso Código prevê que o juiz deva valorar a personalidade do agente e a sua conduta social, opta por critérios dissociados do fato e próximos de um direito penal do autor. Compreendo que tais determinações são inconstitucionais. A individualização da pena deve ter por base o fato e não a pessoa do acusado.” BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 3, p. 75-90; Túlio Lima Vianna e Geovana Mattos (2008), observam que “[...] que a valoração da ‘personalidade do agente’ na fixação da pena fere os princípios constitucionais da laicidade, da amoralidade e da lesividade, pois consagram um inadmissível direito penal de autor em nosso ordenamento jurídico.” VIANNA, Túlio Lima; MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. In: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2008, p. 309.

15 SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

16 Em seu equivalente ao atual art. 59 do CP, assim disciplina: “Art. 75. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:[...]”. BRASIL. **Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

da personalidade hodiernamente, buscando-se um registro do atual estado de coisas no acervo jurisprudencial.

Dessa forma, o presente trabalho tem o objetivo de investigar os elementos concretos que têm sido utilizados para adjetivar a personalidade do réu e indagar como o judiciário absorve as inquietações doutrinárias acerca do assunto. Tendo por fim o exame das fundamentações judiciais pertinentes à primeira fase da dosimetria penal, optou-se pelo emprego de uma pesquisa de cunho qualitativo na análise de julgados. Como explica Oliveira, essa modalidade de investigação realiza um estudo detalhado de um fenômeno visando “[...] buscar informações fidedignas para se explicar em profundidade o significado e as características de cada contexto em que encontra o objeto de pesquisa”¹⁷.

A análise das informações hauridas da realidade judicial será feita pela mediação do marco teórico que estrutura a formulação da investigação. Em grande parte das manifestações doutrinárias e acadêmicas que se tem a respeito do tema em comento, a crítica tecida à vetorial da personalidade descobre em suas raízes uma tendência voltada aos ideários do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo. E não é sem razão: essas concepções são a pedra de toque na distinção da índole criminológica que permeia o uso da personalidade como critério de incremento de pena e serão trabalhados pelas perspectivas de Luigi Ferrajoli¹⁸ e Luís Greco¹⁹, respectivamente. O garantismo de Luigi Ferrajoli, com suas premissas básicas e leitura crítica do sistema penal vigente, dará a tônica na abordagem dos resultados obtidos. É este o principal marco teórico condutor da pesquisa realizada e da discussão de seus resultados.

No que toca ao recorte epistemológico, a pesquisa qualitativa jurisprudencial foi operacionalizada mediante três recortes:

17 OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 60.

18 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

19 GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005.

institucional, temático e temporal. Institucionalmente, serão focalizados o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG); o Superior Tribunal de Justiça (STJ); e o Supremo Tribunal Federal (STF)²⁰. O novel Tribunal Regional Federal da 6ª Região (TRF6) não foi objeto de pesquisa, porque, até o momento da coleta dos dados, sua jurisprudência não estava ainda disponível em seu recém-criado sítio eletrônico.

Tematicamente, tratou-se da forma como os tribunais escolhidos têm ponderado a personalidade do réu na primeira fase da dosimetria da pena. Especialmente, foram estudados os dados concretos lançados na fundamentação dessa etapa dosimétrica. O método de busca no acervo jurisprudencial do sítio eletrônico de cada tribunal se deu pela pesquisa conjunta das palavras-chave: “dosimetria” “pena-base” e “personalidade”.

O recorte temporal foi limitado aos acórdãos com data de julgamento entre 07/03/2023 e 07/03/2024 no sítio eletrônico do TJMG e do STJ. Quanto à busca na jurisprudência do STF, dado o número relativamente diminuto de acórdãos obtidos, optou-se por abarcar todos os resultados encontrados com o uso das referidas palavras-chave, com limitação temporal apenas àqueles posteriores ao ano de 1984, haja vista ser esse o marco de inserção do método trifásico em nosso ordenamento jurídico.

Feita a busca inicial, passou-se à leitura das ementas dos acórdãos encontrados, selecionando-se aqueles julgados que indicavam um juízo de valor sobre a circunstância judicial da personalidade. Assim, foram desconsiderados aqueles em que o termo “personalidade” surgiu em listagens genéricas das oito circunstâncias judiciais (art. 59, CP) ou foi citado de passagem, sem que sobre ele se formasse alguma

20 “Compete às Cortes Superiores, ao examinar a dosimetria das penas em grau recursal, apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou de diminuição adotadas pelas instâncias anteriores”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 107409. Direito Penal. Habeas Corpus. Lesão Corporal Gravíssima. Dosimetria [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 10 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 maio 2012.

convicção. O passo seguinte foi o aprofundamento no inteiro teor dos acórdãos triados, com incursão na fundamentação despendida acerca da personalidade do réu em cada caso concreto, tanto pelo juízo sentenciante ou tribunal *a quo* quanto pela instância revisora.

Na busca empreendida na jurisprudência dos três tribunais, foi possível identificar dois grupos principais: o das fundamentações reputadas inidôneas para agravar a pena-base a título de personalidade e o das fundamentações endossadas pelo tribunal. Em menor quantidade, houve casos em que a personalidade havia sido considerada neutra na instância anterior e o Ministério Público (MP) recorreu postulando sua negatização. Considerando o resultado prático da decisão na dosimetria, os processos em que o MP sucumbiu nesse particular foram ajuntados ao primeiro grupo; aqueles em que seu recurso foi provido foram inseridos no segundo. Foi essa a linha principal de diferenciação entre os julgados. Com isso, objetivou-se um retrato contrastante entre o que pode e o que não pode servir para qualificar a personalidade do imputado, permitindo também o realce de interseções entre os dois grupos – inconsistências relevantes no acervo jurisprudencial tomado como um todo.

Nos capítulos que se seguem, serão apresentadas as categorias de análise erigidas para organização do *corpus* documental, após o que seguirá uma explanação quali quantitativa do que se apurou em cada tribunal em função delas. Em seguida, será iniciada a apresentação e discussão dos resultados sob três enfoques, cada um intitulado um capítulo próprio.

O primeiro capítulo diz respeito ao “porquê” de se usar o aspecto da personalidade como razão de incremento da pena. Por esse procedimento, verificar-se-á se que os julgados analisados, ao manejarem essa moduladora, revelam a ligação íntima entre ela e um certo prognóstico de delinquência, encerrado na noção de periculosidade. Retomada a história da personalidade no CP de 1940 e as bases teóricas que sustentaram sua gênese legal, será evidenciado como a jurisprudência estudada repercute os postulados da Escola Positiva e da Defesa Social. Então serão relacionadas, especificamente

quanto às ilações sobre o ânimo interno do agente infrator, as afinidades desses movimentos com o que se chama de Direito Penal do Autor e Direito Penal do Inimigo.

O segundo capítulo se relaciona com aquilo que é extraído do mundo dos fatos pelo magistrado ao fundamentar a desvalorização da personalidade de um indivíduo. Inicialmente, serão declinadas as principais conceituações de personalidade e de seus aspectos constituintes, segundo os tribunais e a doutrina de que se valem, com um comentário sobre a diagnosticada preocupação jurisprudencial com o risco que a natureza ampla e aberta dessa definição oferece à correta fundamentação do pronunciamento judicial.

Em seguida, os dados múltiplos e variados obtidos sobre o que pode qualificar a personalidade como desfavorável foram arranjados em seis grupos. Produziu-se, para cada grupo, um gráfico qualiquantitativo para dimensionar a proporção entre os acórdãos que reformaram (ou negaram pedido do MP) ou mantiveram (ou acolheram pedido do MP) a fundamentação calcada naqueles elementos. Foram então expostos os elementos de forma descritiva pela seleção de julgados representativos ou modelares de uma espécie de raciocínio dos fatos. Observando o método dialético, abriu-se um tópico para discussão das inconsistências entre os julgados estudados.

O terceiro capítulo cuidou da abordagem do “como” aferir a personalidade do agente, focalizando o debate jurisprudencial concernente à necessidade ou não de um laudo pericial firmado por profissional da área da saúde, tendo em vista que o termo “personalidade” reclama interpretação que bebe de fontes de conhecimento alheias ao mundo jurídico.

Por fim, no último capítulo, será feita uma reflexão sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e realizar-se-á a apresentação de um comportamento decisório percebido no acervo jurisprudencial, denunciador da possibilidade ínsita à moduladora da personalidade de burla ao controle limitativo que a jurisprudência tenta lhe impor.

2 PANORAMA INSTITUCIONAL E CATEGORIAS DE ANÁLISE

Para dar conta do universo de elementos invocados como respaldo fático pelos julgadores nos acórdãos estudados, foram criadas nove categorias de análise, engendradas para terem a maior abrangência possível, sem que se desnaturassem em sua particularidade e unidade. O critério de sua estruturação foi o tipo de fonte a partir da qual o magistrado retirou os subsídios para sua decisão.

Imperioso referir a alardeada deficiência de uma teoria de aplicação da pena em nossa cultura jurídica²¹, pois a fundamentação sucinta e por vezes lacônica dispensada a essa etapa decisória ofereceu desafios à sistematização aqui realizada. Não raro, a personalidade foi dada como negativa mediante fundamentação que sequer remetia a um elemento concreto do feito, perfazendo-se num simples juízo valorativo de que ela estava fora do padrão normal²², seria insubmissa²³, voltada para a prática delitiva²⁴ ou outra formulação equivalente. Quando assim se fez, os julgados foram indexados na categoria “conclusão genérica”.

21 TEIXEIRA, Adriano. **Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito**: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 1, p. 23-42.

22 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000264-2/001**. Apelação Criminal - Lei Maria da Penha - Lesão corporal - Recurso da defesa - Preliminar [...]. Rel. Des. Haroldo André Toscano de Oliveira, 26 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 abr. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000208-9/001**. Apelação Criminal - Ameaça e lesão corporal - Insuficiência de provas - Não constatação [...]. Rel. Des. Valeria Rodrigues, 30 ago. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 30 ago. 2023.

23 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0702.20.136494-1/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Pena-Base - Circunstâncias Judiciais - Culpabilidade [...] Rel. Des. Paulo de Tarso Tamburini Souza, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 16 fev. 2024.

24 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.199649-7/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Corrupção de Menores - Absolvção [...]. Rel. Des. Rinaldo Kennedy Silva, em 28 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 nov. 2023.

Por outro lado, houve casos em que se fez uma listagem com inúmeros motivos pelos quais a personalidade do réu seria ruim. Nesses, o critério indexador foi aquele a que se deu maior ênfase (quase sempre, a existência de anotações criminais). Desse modo, entre os marcos da ausência de lastro factual e das justificações com listagens indistintas de causas, situam-se as demais categorias de análise, explicadas a seguir.

Dos julgados que invocaram os registros criminais como razão de desvalor da personalidade, surgiram as categorias “inquéritos e ações penais em curso” e “condenações transitadas em julgado”. Quando o fato de o crime ter sido praticado durante o cumprimento de pena por um delito anterior foi a razão da negativação, os julgados foram agrupados na categoria “prática de delito durante o cumprimento de pena”. Falas do réu em redes sociais, em mensagens interceptadas e narradas por terceiros no curso da ação foram o motivo determinante do incremento da pena em alguns casos, reunidos na categoria “falas e mensagens do réu”. Esse grupo se restringe às palavras proferidas anteriormente ao crime. Houve outros casos em que foi determinante o teor de relatos de terceiros sobre o temperamento do acusado ou a prática de condutas reprováveis praticadas por ele, típicas e atípicas. Estes foram enfeixados na categoria “relatos de terceiros”.

Em alguns processos, a motivação do demérito da personalidade adveio de elementos do crime perpetrado. Surgiram daí duas categorias: aquela que reúne os acórdãos em que a motivação que levou ao cometimento do delito foi o fundamento da exasperação: “motivação do crime”; e aquela que agrega os casos em que gestos e atitudes atinentes ao contexto objetivo da prática criminosa foram avaliados em desfavor do imputado: “circunstâncias do crime”. Por fim, criou-se uma categoria - “condutas pós-fato delitivo” - para abrigar todos os acórdãos em que a fundamentação do desvalor da personalidade foi lastreada em condutas praticadas após o crime em apuração na ação penal, abrangendo desde os momentos imediatamente posteriores ao delito até a prolação da decisão judicial. Incluem-se aí, por exemplo, as mentiras em juízo.

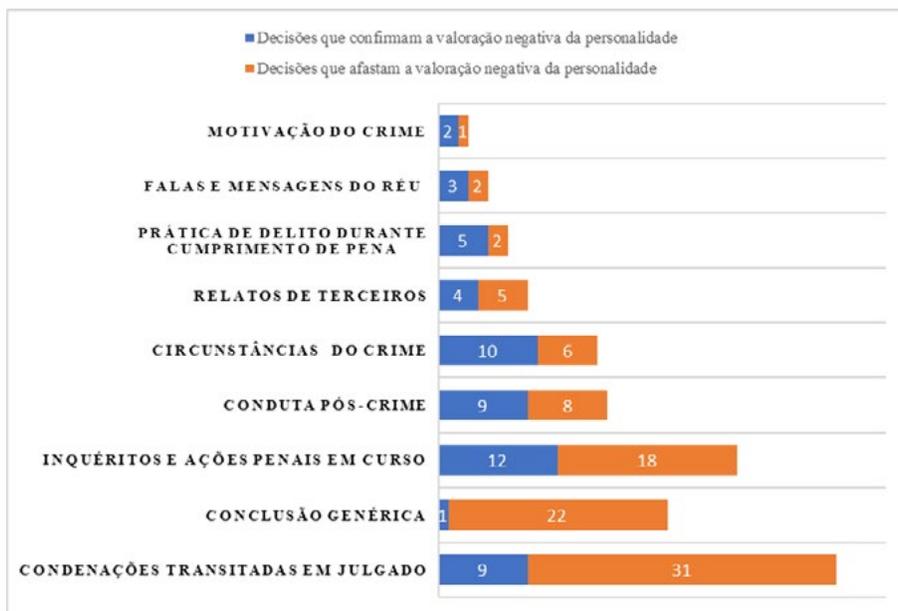
Quadro 1 - Categorias de análise

Inquéritos e ações penais em curso
Condenações transitadas em julgado
Prática do delito durante cumprimento de pena
Falas e mensagens do réu
Motivação do crime
Circunstâncias do crime
Conduta pós-crime
Relatos de terceiros sobre o réu
Conclusão genérica

Fonte: Elaborado pelo autor.

A partir desse princípio de organização, os dados colhidos podem ser sintetizados, panoramicamente, da seguinte forma:

Gráfico 1 - Tendência geral de todos os tribunais analisados

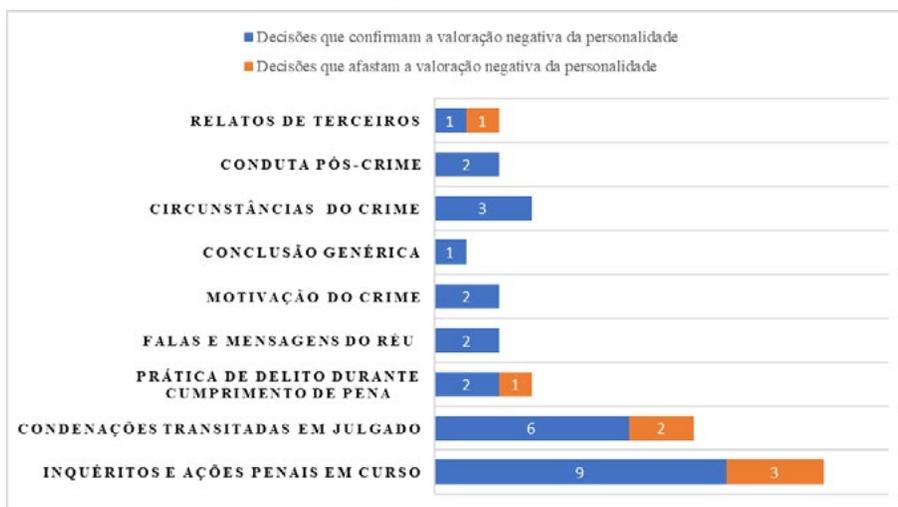


Fonte: Elaborado pelo autor.

2.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No buscador de jurisprudência do STF, foram encontrados 102 resultados pelo uso das palavras-chave escolhidas. Feita a triagem descrita anteriormente, 35 julgados foram destacados para análise. Dos julgados examinados, 7 acórdãos foram prolatados no sentido de afastar a negativação da personalidade realizada nas instâncias anteriores e em 28 acórdãos foram mantidas as fundamentações expendidas para manchar a referida vetorial. Ou seja, 80% dos julgados reafirmaram o desvalor da personalidade realizado na instância anterior.

Gráfico 2 - Supremo Tribunal Federal



Fonte: Elaborado pelo autor.

2.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No sítio eletrônico do STJ, foram encontrados 141 resultados e restaram 30 julgados após a etapa de triagem. Notou-se que a grande maioria das ementas descartadas surgiram nos resultados da busca

inicial apenas em razão da reprodução do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)²⁵.

Foram levantados 21 julgados em que a Corte Superior exarou entendimento afirmativo a respeito da fundamentação utilizada nas instâncias ordinárias para incrementar a pena-base com fulcro na personalidade negativa do réu. De outro lado, em 9 acórdãos foi reformada a dosimetria, apontando-se a inidoneidade da fundamentação empregada, seja pelo juízo sentenciante, seja pelo tribunal local. Em termos percentuais, 70% das decisões analisadas obraram no sentido de afirmar a legalidade e a legitimidade do incremento da reprimenda realizado anteriormente.

Gráfico 3 - Superior Tribunal de Justiça



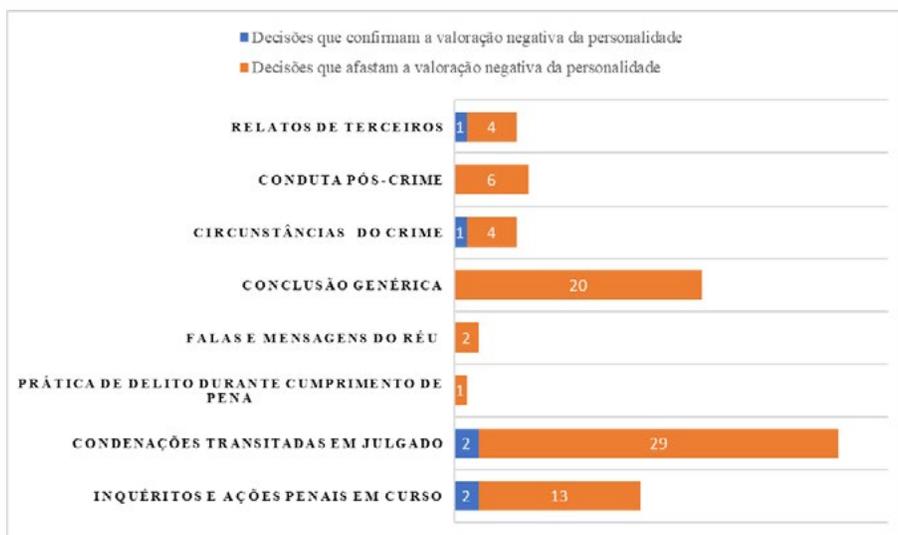
Fonte: Elaborado pelo autor.

25 Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

2.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

No buscador de jurisprudência do TJMG, foram encontrados 195 resultados, dos quais 85 foram úteis para os fins deste trabalho. Desses, 6 acórdãos traduzem a situação em que a corte exarou um juízo favorável à manutenção do desvalor da personalidade ou acolheu pedido do Ministério Público nesse sentido; em 79 acórdãos o tribunal reformou o capítulo dosimétrico que ponderou negativamente a vetorial em comento ou indeferiu o pleito do órgão acusatório nesse sentido. Aproximadamente 92% dos julgados levantados obraram no sentido de afastar a fundamentação empregada pelo juízo sentenciante e tornar neutra a personalidade.

Gráfico 4 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais



Fonte: Elaborado pelo autor.

3 POR QUE AVALIAR A PERSONALIDADE?

3.1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Inaugurando a discussão dos dados colhidos do *corpus* documental, serão expostos os aspectos concernentes ao “porquê” da avaliação da personalidade no momento de fixação da pena. Principiando pelo fundamento de ordem constitucional, observou-se que o cumprimento do dever de individualização da pena foi uma das razões de justificação da necessidade de sopesamento da personalidade do acusado²⁶.

Esse princípio é derivado do art. 5º, XLVI²⁷, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e se projeta nos planos legislativo, judicial e executório, com o fim de evitar a padronização da pena. No campo judicial, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP garantem a efetividade desse preceito constitucional, ao oferecer ao julgador elementos para realizar a dosagem personalizada da pena-base.

José Antônio Paganella Boschi aduz que a garantia da individualização da pena é uma fonte de legitimação do direito penal, “[...] uma vez que propicia a conciliação de dois extremos: a igualdade sobre a qual está assentado o direito penal moderno e a diferença, que está presente na natureza, nas sociedades humanas e em todas as pessoas”²⁸. Trata-se, assim, de levar a maior justiça à intervenção

26 É exemplar nesse sentido o HC 1.686.74 do STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.686.74 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Crimes de Peculato. Dosimetria. Pena-Base. [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 17 ago. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 ago. 2021.

27 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; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. [2024].

28 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

punitiva tendo em vista as particularidades do caso concreto, impossíveis de serem taxativamente previstas pelo legislador. Daí que ao magistrado seja concedida uma certa margem de discricionariedade na consideração das circunstâncias judiciais, a fim de efetivar o ajuste fino da lei à realidade singular sob julgamento, fazendo-o mediante o dever de fundamentação²⁹.

Adriano Teixeira adverte que, sob o influxo desse imperativo constitucional, pode-se observar, na prática judicante pátria, uma “[...] tendência histórica de privilegiar a utilização de critérios subjetivos, ligados à pessoa do condenado, na aplicação da pena, tendência essa impulsionada por uma incorreta interpretação do dogma da individualização da pena”³⁰. Segundo anota o autor, a individualização da pena é correntemente vista como valoração do agente infrator e não das singularidades da realização típica³¹. Ilustram esse apontamento passagens na doutrina que sustentam que a individualização da pena consiste em “[...] ajustar a pena à pessoa de seu autor, aos seus vícios e às suas virtudes, enfim às suas boas ou más qualidades”³².

Essa tendência foi a tônica observada na pesquisa empreendida. O STF, em acórdão do acervo amostral aqui examinado, reforçou

29 Exemplificativamente, o TJMG, na Apelação Criminal nº 1.0000.23.096992-5/001, reformando a dosimetria que negativou a personalidade do réu sem fundamentação idônea, colacionou precedente seu para assentar que “[o] recrudescimento da pena-base exige concreta fundamentação para cumprimento do princípio da individualização da pena (art. 59, CP).” MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.096992-5/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Absolvção - Desclassificação para uso - Não cabimento [...]. Rel. Des. Paulo de Tarso Tamburini Souza, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 9 fev. 2024.

30 TEIXEIRA, Adriano. **Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito**: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 1, p. 23-42, p. 31.

31 *Ibidem.*, p. 33.

32 LOPES, Jair Leonardo. A súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça e seu significado para o critério trifásico de aplicação da pena. In: RESENDE, Sérgio Antônio de; PINTO, Felipe Martins; ESTEVES, Heloísa Monteiro de Moura (org.). **Análise de precedentes criminais do Superior Tribunal de Justiça**: estudos em homenagem à desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Atualizar, 2009. p. 147-160, p. 150.

a noção de que a concretização da pena deve passar pelo prisma da subjetivação:

Vê-se, pois, que não há nenhum vício a justificar o redimensionamento da pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, uma vez que a circunstância judicial da personalidade foi avaliada segundo os parâmetros da razoabilidade **em face da elevada perversidade sexual do recorrente**. Os registros criminais pela prática de crimes sexuais (= um inquérito policial em curso, duas ações penais que tramitam no mesmo juízo de origem e uma condenação com trânsito em julgado), além de configuradores de maus antecedentes, apontam para uma personalidade desrespeitadora dos valores jurídico-criminais que fundamenta a agravação da pena. **Até mesmo para evitar a padronização da pena (CF, art. 5º, XLVI), é justificável levar em consideração o modo ser do acusado nas hipóteses em que o aspecto considerado negativo guarde nexa causal com a prática delituosa, como é o caso [...]** (grifos nossos)³³.

No HC95.238, em exame da fundamentação da sentença que havia aumentado a pena do réu por sua personalidade negativa, considerando que detinha “[...] *modus vivendi* absolutamente incompatível com aquilo que é o sentido comum de bons antecedentes.”³⁴, a Corte Suprema dispôs que “[c]omo se vê, a dosimetria levada a efeito na sentença de 1º grau não apenas atendeu aos requisitos legais, como respeitou o

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). RHC 1.160.11. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Penal. Atentado Violento ao Pudor. [...]. Rel. Min. Teori Zavascki, 6 nov. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 dez. 2013.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 95.238. Direito Penal. Habeas corpus. Constitucional e penal. Crime de apropriação indébita previdenciária. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 6 abr. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2010.

princípio da individualização da pena.”³⁵. Ou seja, o “modus vivendi” do imputado, nesse caso aquilatado pela existência de inquéritos policiais instaurados em seu desfavor, foi causa suficiente para agravar-lhe a pena e satisfazer, no entender do tribunal, o princípio de individualização da pena. Interessante observar neste ponto que a omissão da conduta pela qual o agente foi condenado e do respectivo tipo penal em nada interfere na compreensão do excerto trazido. Com efeito, quando se enfatiza a análise do “ser” do réu, a tendência é a produção de juízos descolados dos fatos objeto da ação penal.

O comportamento percebido nos tribunais é criticado por parcela da doutrina, que pondera existir uma tensão entre a discricionariedade concedida ao magistrado para efetivar essa garantia da personalização da pena e o risco de arbítrios com considerações que desbordam do objeto da ação penal. Esse conflito é histórico no direito. Américo Bedê Júnior pontua que

[...] a evolução histórica do tema demonstra o profundo equívoco de se admitir apenas uma fixação abstrata rígida da pena, sem olhar para o caso concreto, bem como o perigo de se permitir uma ampla margem de discricionariedade ao juiz³⁶.

Como deslinde a tal tensão, na linha de afastar a intromissão de aspectos íntimos do réu na dosagem da pena, sem deixar desnaturar o imperativo de individualização, o autor oferece então a fórmula: “[o] ponto nevrálgico está em equilibrar a individualização da pena que tem estatura constitucional com a (im)possibilidade de utilizar na

35 *Ibidem*.

36 BEDÊ JÚNIOR, Américo. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena**: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 3, p.76-77.

dosimetria da pena circunstâncias ligadas ao autor do fato e não ao crime”³⁷.

3.2 TELEOLOGIA DO EXAME DA PERSONALIDADE

Evidenciado o fundamento constitucional justificador das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, impõe-se uma análise que singularize a finalidade específica do exame da personalidade entre as oito vetoriais contempladas pelo legislador. Portanto, a indagação que intitula o presente capítulo deve também ser tomada pelo aspecto teleológico.

No que toca ao fim último da análise da personalidade - o que a torna penalmente relevante -, verificou-se a recorrência de uma formulação modelar que pode ser exemplificada pelos seguintes excertos:

A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, **para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais**, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia (grifos nossos)³⁸.

A valoração negativa da Personalidade do réu **exige elementos concretos e suficientes a revelar maior periculosidade** do réu, aferível, por exemplo, a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, o que não se verificou no caso dos autos (grifos nossos)³⁹.

37 *Ibidem.*, p.79.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 747.770/SP. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Roubos Majorados. Dosimetria. Pena base [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 6 mar. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 mar. 2023.

39 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.210312-7/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Preliminar:

A personalidade é entendida como o perfil subjetivo do agente, nos aspectos moral e psicológico. Em outras palavras, **é o complexo de características individuais que se prestam a identificar se o agente está ou não voltado à prática de infrações penais (grifos nossos)**⁴⁰.

Fica delineado, assim, que os elementos de que se valerá o julgador na tarefa de investigar a personalidade do réu se centram em seus aspectos “moral” e “psicológico”, pautando-se para tanto em suas “atitudes”, sua “história pessoal e familiar”, sua “índole”. Todo esse exame, como se vê, constitui o caminho para se alcançar um juízo categórico sobre o grau de “periculosidade” do réu. Isso é evidenciado com mais propriedade pelo STJ, ao dispor que em sua jurisprudência predomina o entendimento de que a investigação da referida vetorial exige “[...] o exame pelo julgador de dados concretos dos autos **que indiquem a maior periculosidade do agente [...]**”⁴¹.

Em par com o conceito de periculosidade, a definição por vezes intercambiável com ela é “[...] caráter voltado à prática de infrações penais⁴²”. Não é por menos que expressões como “personalidade voltada para a prática de crimes” e formulações equivalentes se destacaram como um tópos argumentativo utilizado de modo reiterado pelos magistrados no capítulo dosimétrico. Exemplificativamente, para não

Supressão de Instância - Não configurada – Mérito [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 nov. 2023

40 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (1ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.256119-1/001**. Apelação Criminal - Porte de Arma de Fogo - Dosimetria da pena - Redução da Pena-Base [...]. Rel. Des. Edison Feital Leite, 30 jan. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 31 jan. 2024.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no REsp n. 1.695.880/RN. Agravo Regimental. Recurso Especial. Dosimetria. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e quadrilha. [...]. Rel. Maria Thereza de Assis Moura, 6 fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 fev. 2018.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 747.770/SP. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Roubos Majorados. Dosimetria. Pena base [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 6 mar. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 mar. 2023.

ser repetitivo, alguns excertos colhidos das sentenças presentes no inteiro teor dos acórdãos:

[n]ão há nos autos elementos para que se possa aferir sobre sua conduta social, **mas sua personalidade mostra-se voltada pelo crime**, tendo feito dos golpes o seu meio de vida.⁴³;
[...] essas circunstâncias revelam que o acusado tem **uma personalidade voltada ao desrespeito à ordem jurídica** e insubordinação ao poder estatal [...]⁴⁴;
[q]uanto à sua personalidade, vê-se que a mesma é **voltada para a delinquência**, pois embora cumprindo pena, o acusado voltou a se envolver em crime⁴⁵’;
[...] **personalidade do agente: voltada para o crime**, uma vez que tem feito da agressão ao patrimônio alheio o seu *modus vivendi*[...]⁴⁶;
[...] **[a] PERSONALIDADE, é voltada para o mundo do crime** [...]⁴⁷.

É essa, portanto, a principal finalidade que se discerne do juízo de qualificação da personalidade do réu, por trás da miríade de adjetivos que se lhe pode anexar, tais como “má”, “fria”, “covarde”,

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). RHC 1.34491 AgR. Direito Penal. Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Penal e processo penal. Dosimetria. Matéria de estrito conhecimento. [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 19 nov. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 nov. 2018.

44 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.169174-2/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Resistência. Absolvição [...]. Rel. Des. Âmalin Aziz Sant’Ana, 9 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 10 nov. 2023.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.095.41. Habeas corpus. Penal. Roubo duplamente qualificado (CP, art. 157, § 2º, I e II). Fixação da pena. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 20 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 dez. 2012.

46 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.021108-8/001**. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Resistência. Absolvição. Impossibilidade. [...]. Rel. Des. Henrique Abi-Ackel Torres, 18 maio 2023. Belo Horizonte: TJMG, 19 maio 2023.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (6ª Turma). EDcl no HC n. 777.205/PB. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 jun. 2023.

“agressiva”, “violenta”, “distorcida” (que serão abordados com maior detença no capítulo seguinte). Busca-se aferir a maior tendência para a prática criminosa ou a medida de sua “periculosidade”. Salo de Carvalho, notando a leviandade com que se procede a tal avaliação em nossa cultura jurídica, chama a atenção para o sentido vago do termo “periculosidade”:

A popularização de tal categoria no senso comum teórico dos juristas e do homem da rua, pela assunção ideológica da terminologia defensivista, não permite clara definição de sua essência, ou seja, trata-se de categoria extremamente aberta, sem qualquer sentido objetivo. Não obstante, é parâmetro de justificação da incidência do sistema penal sobre os indivíduos classificados como perigosos. Representa, em classificação ideal típica, o mais espetacular resíduo etiológico nos sistemas penais contemporâneos⁴⁸.

Conclui-se, portanto, que a orientação de aferição da personalidade, na maior parte dos casos, convergiu para um julgamento da periculosidade do réu ou, em outras palavras, de sua personalidade vocacionada à prática de crimes. O rastreamento do binômio personalidade-periculosidade em nossa legislação penal moderna remonta ao ambiente intelectual e jurídico-positivo contemporâneo à redação original do CP de 1940, conforme se verá adiante.

3.2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO - GÊNESE LEGAL

O exame da gênese legal da vetorial examinada por uma ótica histórica torna seus contornos ideológicos e suas finalidades mais

48 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: a crise do direito e do processo penal, o garantismo jurídico, as teorias da pena, os sistemas de execução, a lei de execução penal, os conflitos carcerários, os direitos (de resistência) dos presos. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 135.

claros. Percorrendo o caminho originário do porquê da autorização legal que permite ao juiz penal a incursão no âmbito íntimo da personalidade do jurisdicionado, limitar-se-á o regresso histórico à publicação do CP vigente, editado pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que entrou em vigor em 1942.

Em sua redação original, no capítulo atinente à fixação da pena, seu art. 42 assim dispunha:

Art. 42 - Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade de pena aplicável⁴⁹.

Presente desde a redação original do CP como critério de quantificação da pena, o conceito de personalidade foi minuciado na Exposição de Motivos, dispondo o legislador que sua avaliação pelo juiz se faria, entre outros fatores, pela consideração da “[...]”⁵⁰ conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou melhor periculosidade.” Em um parêntese aberto, explica-se o conceito de periculosidade, sendo ela a “[...] probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar ato previsto como crime”⁵¹.

Nessa definição, é esboçado o liame entre personalidade e periculosidade e a necessidade de uma investigação que abarcará a conduta contemporânea e subsequente ao crime, demarcando desde então a cisão entre o julgamento da interioridade do réu e os fatos imputados.

49 BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

Releva atentar também para o art. 77⁵² do código primevo, que elencava os meios pelos quais se faria o juízo de periculosidade para fins de imposição de medidas de segurança, retratando como perigoso aquele cuja personalidade permitisse a suposição de que iria ou tornaria a delinquir. É de se destacar, portanto, como a personalidade era um fator de aferição da periculosidade na literalidade do art. 77 e a periculosidade era um dos critérios de exame da personalidade, segundo a interpretação do art. 42 minuciada na Exposição de Motivos. Não é por menos que Tatiana Stoco de Oliveira observa que, com o advento do art. 42 da redação original do CP, “[o] conceito de periculosidade criminal e a ideia de necessidade da defesa da sociedade ingressariam, a partir de então, de forma contundente na legislação penal brasileira”⁵³.

Em 11 de julho de 1984, foi publicada a Lei nº 7.209, entrando em vigor em 13 de janeiro de 1985. Realizando relevantes alterações no CP, essa reforma foi a responsável por introduzir o atual art. 59, o qual passou a disciplinar que, para a fixação da pena, deveriam ser consideradas oito circunstâncias judiciais (entre elas, a personalidade), sopesadas na etapa inicial do sistema trifásico que ora se implantava. Na exposição de motivos da reforma, louvou-se o novo método por sua capacidade de permitir às instâncias superiores que corrigissem os equívocos que antes ficavam “[...] sepultados no processo mental do juiz.”, alcançando-se “[...] a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa”⁵⁴.

Todavia, não obstante a reforma de 1984 tenha introduzido as oito vetoriais, tornando a culpabilidade o principal critério de dosagem da pena no arranjo do art. 59 do CP, Tatiana Stoco de Oliveira aduz

52 “Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.” *Ibidem*.

53 STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 78.

54 BRASIL. **Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

que a manutenção da personalidade como uma circunstância judicial permitiu que as ideias fixadas “[...] no pensamento jurídico-penal daquela época em nada se alterassem ao longo do tempo, a despeito do papel que a culpabilidade assumiu perante a função judiciária de individualização da pena”⁵⁵.

Discernida a irmanação entre periculosidade e personalidade, cumpre perquirir o fundamento desse vínculo. No preâmbulo da Exposição de Motivos de 1940, a comissão foi expressa em anunciar que, no novo código, “[...] os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”⁵⁶. Essa informação é esclarecedora para o estudo proposto, pois, pautada nas descobertas biológicas e sociológicas de meados do século XIX, a Escola Positiva tem sua consolidação com a publicação da obra “L’Uomo delinquente”, de Cesare Lombroso. E, entre seus pressupostos teóricos, está o discurso evolucionista das ciências naturais. Prepondera, em sua base, uma visão determinista do homem, em razão da qual

[...] a concepção da Escola Positiva nega totalmente o livre-arbítrio (pressuposto da culpabilidade), pelo fato de o crime não ser mais o resultado de vontade livre do sujeito, mas sim de (pré)condições individuais, físicas ou sociais [...]⁵⁷.

Enrico Ferri, positivista italiano contemporâneo de Cesare Lombroso e pensador influente desse movimento criminológico, traz à luz uma proposição basilar dessa escola:

55 STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 88.

56 BRASIL. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1940.

57 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 58.

O princípio da culpabilidade, centrado na responsabilidade moral, torna-se inadmissível frente ao agir condicionado, sendo substituído pela noção de periculosidade, categoria cuja função será demonstrar os níveis individuais de propensão ao delito⁵⁸.

Tem-se, assim, uma ênfase na periculosidade em detrimento da ideia de um agir moralmente ordenado, o que denota uma semelhança da Escola Positiva com os postulados da Defesa Social, que estão na sua base de influência⁵⁹. Explicando a ligação da linha positivista italiana com o ideário da Defesa Social, Luigi Ferrajoli faz um magistral retrato deste movimento:

As doutrinas positivistas da defesa social partem de princípios filosóficos diametralmente opostos e perseguem a prevenção especial dos delitos conferindo às penas e medidas de segurança, mais especificamente, a dupla finalidade de curar o condenado (partindo do pressuposto de que ele seja um indivíduo doente) e/ou de segregá-lo e neutralizá-lo em razão do pressuposto de que ele também seja perigoso. [...] A ideia central desta tendência é a de que o delinquente é um ser antropológicamente inferior, mais ou menos pervertido ou degenerado, e que, portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa⁶⁰.

58 FERRI, 1996 p. 287-289 *apud* CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59.

59 STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 7.

60 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

Como abertamente admitido na Exposição de Motivos, essas linhas teóricas foram acolhidas na confecção de nosso CP, revelando-se de forma contundente nas disposições que acercam o conceito de personalidade. Em razão disso, Miguel Ângelo Nunes Bonifácio proclama

[...] serem as noções de periculosidade e defesa social, as raízes da exigência do estudo da personalidade inserido no Código Penal brasileiro. Todas as três são temas de estudos criminológicos, com lastro na psiquiatria e pela psicologia⁶¹.

Saló de Carvalho registra ainda que são sintomáticos de uma noção profilática, de cunho defensista, as “[a]valiações da personalidade do réu na dosimetria da pena; limitações a direitos derivados da reincidência; avaliações de periculosidade; classificação dos condenados segundo suas características pessoais [...]”⁶², o que denota o arraigamento desses ideais em nossa legislação, não se limitando ao art. 59 do CP.

Por outro vértice, ao enfatizar mais a figura do autor do injusto penal do que o fato típico por ele praticado, não raro o influxo da personalidade do agente na dosagem pena é denunciado como um resquício do Direito Penal do Autor. Consoante Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ainda que não haja um critério certo sobre o que seja esse conceito, em sua manifestação mais extrema ele “[...] é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como uma manifestação de ‘uma forma de ser’ do autor, esta

61 BONIFÁCIO, Miguel Ângelo Nunes. **Personalidade no direito penal**: uma abordagem interdisciplinar. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2007.

62 CARVALHO, Saló de. **Pena e garantias**: a crise do direito e do processo penal, o garantismo jurídico, as teorias da pena, os sistemas de execução, a lei de execução penal, os conflitos carcerários, os direitos (de resistência) dos presos. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 136.

sim considerada verdadeiramente delitiva”⁶³. Nessa linha, asseveram categoricamente que “[...] todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor [...]”⁶⁴. No mesmo sentido, Américo Bedê Júnior conclui que, “[...] quando nosso Código prevê que o juiz deva valorar a personalidade do agente e a sua conduta social, opta por critérios dissociados do fato e próximos de um direito penal do autor”⁶⁵. Igualmente, na dicção de Carvalho e Carvalho, a circunstância judicial da personalidade na dosimetria da pena é “[...] um dos principais legados da tradição autoritária dos modelos de Direito Penal do Autor”⁶⁶.

Essa leitura crítica não escapou a dois acórdãos dentro do acervo pesquisado. No AgrRg no HC 707.378/RJ, o Ministério Público Federal (MPF) havia interposto agravo regimental em face da decisão monocrática proferida pelo Ministro Jesuíno Rissato (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)), que não conheceu do *habeas corpus* impetrado pelo réu, mas concedeu a ordem, de ofício, para afastar a negatificação da circunstância judicial da personalidade e reconhecer a atenuante da confissão. Foi integralmente mantida a decisão monocrática, na qual o magistrado tecera o seguinte comentário, transcrito no acórdão examinado:

Lado outro, ressalto que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, **pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor**. Ademais, não é

63 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.

64 *Ibidem*.

65 BEDÊ JÚNIOR, Américo. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 3, p. 79.

66 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 60.

possível, a meu ver, que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (grifos nossos)⁶⁷.

O segundo acórdão foi um do TJMG, no qual se se colacionou doutrina no mesmo sentido:

E também, novamente por Alberto Silva Franco, ob. cit. p. 346, da conclusão a respeito da referida circunstância:

[...] há um inadmissível reducionismo na aplicação judicial desse fator de determinação da pena, que vem, em geral, acompanhado de grande carga de moralismo. Aliás, por estar a aplicação da pena, nesse aspecto, **totalmente impregnada de valorações morais que violam o princípio da secularização e se aproximam da idéia de direito penal do autor** [...]. Assim, considerando inexistir prova de que tenha sido realizada qualquer avaliação técnica a respeito, descabida sua avaliação negativa (grifos nossos)⁶⁸.

Em comparação com o todo, esses dois julgados representaram a rara situação em que a visão crítica sobre a marca de um direito penal do autor insito à circunstância judicial da personalidade foi suscitada.

Outra corrente de pensamento que ecoa na focalização do “ser” do autor do ilícito penal para ajuste da intervenção estatal é a vertente

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 707.378/RJ. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Irresignação ministerial contra decisão monocrática. Tortura. [...]. Rel. Min. Messod Azulay Neto, 6 mar. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 mar. 2023.

68 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000044-8/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Absolvição por Insuficiência Probatória. Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, 29 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 3 jul. 2023.

do Direito Penal do Inimigo. Essa teoria, criada pelo jurista Gunther Jakobs, estabelece as bases de um direito penal que afrouxa o rigor de suas garantias conforme a graduação dos jurisdicionados em duas categorias: cidadãos e inimigos. A pedra de toque na diferenciação entre um e outro se mede, igualmente, por uma extrapolação quanto à interioridade do indivíduo.

Luís Greco assim define o Direito Penal do Inimigo:

Para Jakobs, é possível caracterizar o direito penal segundo a imagem de autor da qual ele parte. O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos. “O direito penal do inimigo otimiza proteção de bens jurídicos, o direito penal cidadão otimiza esferas de liberdade”⁶⁹.

Em vista dessas características distintivas, Luiz Flávio Gomes dispõe que o Direito Penal do Inimigo “[...] é nada mais que um exemplo de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele ‘é’ e faz oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele ‘fez’”⁷⁰. Nesse raciocínio, o autor sintetiza as principais características desse pensamento:

69 GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005, p. 214.

70 GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Unicoc**, v. 2, n. 2, 2005, p. 3.

[...] (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade⁷¹.

Percebe-se que os ideais contemporâneos ao ambiente intelectual de geração do CP de 1940 compõem os pressupostos que, já sem necessidade de maiores justificações, subjazem aos automatismos dos jargões dos órgãos julgadores. Primordialmente, o cunho defensista dos acórdãos examinados ressaí ante a constatação de que a mais comum finalidade atribuída ao exame da personalidade converge à medição da periculosidade do agente, esta entendida como sua propensão à prática de novo delito.

71 GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Unicoc**, v. 2, n. 2, 2005, p. 2.

Igualmente, outros ecos do contexto de feitura do CP se fizeram notar. Na Exposição de Motivos de 1940, o legislador dizia que “[a] embriaguez habitual faz presumir, *juris et de jure*, a periculosidade do agente (art. 78, n III), para o efeito de aplicação de medida de segurança adequada”⁷². Paralelamente, na Apelação Criminal nº 1.0000.23.183268-4, julgada em 13/12/2023, a douta desembargadora Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues afastou o incremento da pena-base realizado ao argumento de que o réu era “[...] voltado ao uso imoderado de bebidas alcoólicas, [apresentando] personalidade desajustada com descumprimento reiterado de normas mínimas de segurança e respeito ao próximo, típica de pessoas que desconhecem limites⁷³.” O antigo art. 78 não existe mais em nosso ordenamento jurídico, seu germe, porém, subsiste.

Nessa linha de demonstração, extrai-se do *corpus* documental um acórdão modelar do STF, apto a ilustrar a proposição de atualidade dos discursos defensistas: RHC 1.159.94. Na instância ordinária, o magistrado sentenciante condenou os réus pela prática dos delitos capitulados no art. 157, § 2º, inc. I, do CP. O recorte a ser colacionado acompanha a linha de discussão sobre a circunstância judicial da personalidade quanto a um dos condenados em todas as instâncias processuais:

[Sentença:] “Quanto à sua personalidade, observa-se ser o acusado reiterado na prática delituosa, tendo perpetrado o crime pelo qual está sendo condenado quando se encontrava cumprindo pena em regime semiaberto pela prática de furto, **demonstrando elevada periculosidade, sendo necessário resguardar a sociedade dos malefícios por ele produzidos.**” [...]

72 BRASIL. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1940.

73 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.183268-4/001.** Apelação Criminal. Ameaça. Vias de fato. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitiva [...]. Rel. Des. Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues, 13 dez. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 14 dez. 2023.

[O tribunal *a quo*:] “Tenho que deva ser respeitado o intuito legislativo valorativo, que imputou ao julgador o dever de analisar a personalidade do agente, nos limites de seus conhecimentos técnicos, assim, **fará o juiz o sopesamento da personalidade sob o prisma dos efeitos maléficos que a exteriorização da personalidade do agente se apresenta em prejuízo à sociedade**. É desfavorável a personalidade do agente que vez ou outra se vê envolvido em delitos, o que não acontece com o reconhecido ‘**cidadão de bem**’. Ou seja, o envolvimento da pessoa com infrações penais, não se apresenta como algo acidental, eventual, mas rotineiro, dando sinais de desrespeito ao semelhante e perturbação da paz social. A tais efeitos da personalidade do agente, o direito não pode ficar alheio, pelo contrário, a valoração negativa da personalidade, objetiva fazer com que o agente volte-se ao seu interior e busque mudar a forma como exterioriza seu modo de ser e agir.” [...]

[STJ:] “Tais argumentos restam devidamente comprovados pelo extenso rol de crimes anotados na folha de antecedentes penais do paciente, destacando-se a existência de diversas condenações transitadas em julgado anteriormente à prática do delito objeto do presente writ (fls. 126/130 dos autos principais), indicativas de que seu envolvimento com o ilícito não é esporádico, a justificar a exasperação da pena-base. [...] É que, conforme entendimento deste Superior Tribunal, ostentando o paciente mais de uma condenação anterior transitada em julgado, nada impede que, singularmente apreciadas, seja parte delas considerada para caracterizar os maus antecedentes, e outra para concluir pela negatividade da circunstância judicial da personalidade, exatamente como procedido pelas instâncias ordinárias.” [...]

[STF:] Dessa forma, quanto às circunstâncias judiciais da personalidade e do comportamento da vítima, tem-se que, para a fixação da pena-base, **foram consideradas fundamentação idônea a propensão**

do Recorrente à reiteração delitiva e a inexistência nos autos de elemento a “indicar que as vítimas contribuíam para o cometimento do crime, o que é de ser analisado em desfavor do réu [...] (grifos nossos)⁷⁴.

O enunciado pelo qual a sentença afirmou que o acusado revelava “[...] elevada periculosidade, sendo necessário resguardar a sociedade dos malefícios por ele produzidos⁷⁵”, é uma formulação exemplar do que se consignou sobre a Defesa Social. Em idêntico sentido vai a expressão do tribunal *a quo* na orientação de que o juiz deveria fazer “[...] o sopesamento da personalidade sob o prisma dos efeitos maléficos que a exteriorização da personalidade do agente se apresenta em prejuízo à sociedade⁷⁶”.

Relevante também a ponderação de que seria desfavorável a personalidade “[...] do agente que vez ou outra se vê envolvido em delitos, o que não acontece com o reconhecido ‘cidadão de bem’⁷⁷”. O conceito de cidadão de bem, em contraste com o indivíduo renitente em desobedecer às normas sociais, é reflexo fiel da figura do cidadão no Direito Penal do Inimigo, que “[...] é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia⁷⁸”. Nesse caso, ao constatar que o acusado não atendia ao perfil de cidadão e que era alta sua periculosidade, o vetor da personalidade foi manejado para agravar-lhe a pena-base com o fito de suprimir o risco de “perturbação da paz social”.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.159.94. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Roubo. [...]. Rel. Min. Cármen Lúcia, 2 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 abr. 2013.

75 *Ibidem*.

76 *Ibidem*.

77 *Ibidem*.

78 GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Unicoc**, v. 2, n. 2, 2005.

O mérito desse acórdão é pôr à superfície as raízes teóricas da valoração da personalidade, já tão fincadas em nossa prática jurídica, que em outros julgados surgem apenas reflexamente, cintilando entre jargões e fórmulas genéricas – o que exige uma leitura crítica mais atenta.

Perfaz-se, assim, a preservação da ideologia da Escola Positivista e da Defesa Social introjetadas no antigo art. 42 da redação original do CP nas justificações encontradas na amostra examinada. Mantém-se ainda a preocupação com um retrato psicológico do réu, tornando-se o fato delitivo apurado apenas um apoio factual para que se possa elucubrar quanto à personalidade do acusado, aumentando-lhe a pena acaso demonstre maior periculosidade ou, em outros termos, uma tendência elevada ao cometimento de novo crime.

É inevitável concluir que esse procedimento já pressupõe, portanto, um indivíduo estigmatizado e que a persecução penal se transfigura em uma conveniente ocasião em que o Estado, em perene vigilância, poderá higienizar a sociedade de seus agentes irascíveis, que não se conformam à ordem vigente. Quando um indivíduo que porte o estigma da “personalidade voltada para o crime” - como tanto se reproduz judicialmente - vai a julgamento por um crime, ele será punido pelo fato típico e, em acréscimo, por sua rebeldia ao padrão do que se tenha por moral naquele período histórico.

Ressalta-se que, embora a incompatibilidade do exame da personalidade com a CRFB/1988 seja apontada na produção jurídico-penal em diversas oportunidades, esse debate não emergiu no corpo dos acórdãos levantados. No que se examinou, as irresignações defensivas giraram em torno da generalidade da fundamentação; do apontamento de *bis in idem*; da necessidade de um laudo pericial para realizar esse juízo e da arguição de ausência de elementos nos autos aptos a permitirem a análise. Trata-se, assim, de um silêncio eloquente, indicador de que não tem chegado às instâncias revisoras a impugnação à legitimidade constitucional do excerto legal que institui a avaliação da personalidade.

4 O QUE CONSIDERAR NA AVALIAÇÃO DA PERSONALIDADE?

A investigação do que pode ser usado pelo magistrado para avaliar negativamente a personalidade de um indivíduo reveste-se de especial relevância, pois a ampla margem discricionária facultada ao julgador nessa etapa deve ser balizada pelos princípios constitucionais e as garantias fundamentais. Diante disso, uma hipótese inicialmente aventada consistia na seguinte indagação: “existe uma racionalidade jurídica que delimite o espectro fático do que pode ser utilizado para aquilatar a personalidade do réu?”. A partir dessa questão, o presente capítulo tentará uma sistematização expositiva, pautada nas categorias de análise concebidas, do universo de elementos concretos indicados pelos magistrados no capítulo dosimétrico. Buscar-se-á, assim, compreender as dimensões que o termo “personalidade” assume processualmente e quais são as referências reais para sua aferição no acervo jurisprudencial objeto desta pesquisa.

4.1 CONCEITUAÇÃO DE PERSONALIDADE E SEUS ASPECTOS INTEGRANTES

No que toca ao “o quê” os tribunais usam como conceituação da personalidade, optou-se pela exibição dos textos doutrinários contidos nos acórdãos e incorporados às suas razões de decidir, logrando assim, a um só tempo, apresentar as principais linhas doutrinárias na medida de seu influxo na jurisprudência atual.

As definições doutrinárias referidas nos acórdãos são minuciosas e indicam componentes analíticos da personalidade, como caráter e temperamento. Nucci dispõe que a personalidade abrange um conjunto somatopsíquico integrado por um componente morfológico, fisiológico e psicológico⁷⁹. Colacionou-se também excertos de Ricardo

79 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Criminal). **Emb Infring e de Nulidade 1.0000.22.196220-2/003**. Embargos Infringentes. Estelionato e Falsidade Ideológica. Dosimetria da Pena. [...]. Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, em 12 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 abr. 2023.

Augusto Schmitt, que entende que a personalidade se expressa por “[...] comportamentos, sentimentos, emoções, **pensamentos**, atitudes, motivações, tomadas de decisões, **projetos de vida etc.**”⁸⁰, sendo ela o conjunto de traços psicológicos que determinam “[...] o padrão de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinada pessoa. **Refere-se ao seu caráter como pessoa humana.** Serve para demonstrar a **índole do agente**, seu temperamento⁸¹.” No mesmo sentido amplo, Harold Kaplan, Benjamin Sadock e Jack Grebb, em seu “Manual de psicologia jurídica”, foram referenciados no ponto em que definem a personalidade como “[...] **a totalidade de traços emocionais** e comportamentais que caracterizam o indivíduo em sua vida cotidiana, sob condições normais⁸²”. Em uma abordagem mais valorativa, César Bitencourt é invocado em citação de seu escólio na qual ensina que a avaliação da personalidade do réu deve perquirir “[...] **sua boa ou má-índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social** e a presença ou não de eventuais desvios de caráter, a fim de identificar se o crime foi um mero episódio acidental ou se é corriqueiro na vida do réu⁸³.”

Cite-se, agora, um conjunto simbólico da síntese dos próprios tribunais, informados por esse quadro doutrinário:

80 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Criminal). **Emb Infring e de Nulidade 1.0000.22.196220-2/003**. Embargos Infringentes. Estelionato e Falsidade Ideológica. Dosimetria da Pena. [...]. Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, em 12 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 abr. 2023.

81 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.083406-1/001**. Apelação Criminal - Tráfico De Drogas - Comprovadas Materialidade e Autoria [...]. Rel. Des. Bruno Terra Dias, em 27 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 jun. 2023.

82 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.169174-2/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Resistência. Absolvição [...]. Rel. Des. Âmalin Aziz Sant’Ana, 9 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 10 nov. 2023.

83 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.165683-6/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Dosimetria - Redimensionamento da Pena-Base [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 9 fev. 2024.

Trata-se de um conceito externo ao mundo jurídico (psicologia, psiquiatria, desvio ético e social extremo), que se demonstra processualmente por meio de laudo pericial ou prova condizente **pertinente a má índole, insensibilidade ético-social, desvios de caráter, insensibilidade humana, caráter agressivo, dentre outras** (grifos nossos)⁸⁴.

Por sua vez, a personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a **aspectos morais e psicológicos**, para que se afira a existência de caráter **voltado à prática de infrações penais**, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia (grifos nossos)⁸⁵.

[...] para sua comprovação é necessária a elaboração de estudo psicossocial acerca de seu comportamento na sociedade do ponto de vista **ético e moral**, capazes de demonstrar sua **índole** e seu **temperamento** [...] (grifos nossos)⁸⁶.

Do conjunto analisado, dois traços merecem especial destaque. O primeiro tem relação com a amplitude dos aspectos reveladores da personalidade. A justaposição desses excertos tem o mérito de revelar a falta de sistematização e a completa abertura semântica que o conceito de personalidade detém. Difícil distinguir a definição mais abrangente.

84 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.165683-6/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Dosimetria - Redimensionamento da Pena-Base [...] Rel. Des. Valladares do Lago, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 9 fev. 2024.

85 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 747.770/SP. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Roubos Majorados. Dosimetria. Pena base [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 6 mar. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 mar. 2023.

86 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.22.215577-2/001**. Apelação Criminal - Lesão corporal praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino [...]. Rel. Des. Valeria Rodrigues, 12 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 12 abr. 2023.

Não se descuida de que, de fato, todos os caracteres listados concorram mutualmente para a composição da personalidade de uma pessoa, conceito complexo que é. Contudo, deve-se atentar para o fato de que essas definições não atendem a uma função meramente descritiva, como se figurassem em um compêndio de psicologia. Em todos os casos exemplificados, os excertos foram de decisões judiciais e objetivavam delimitar o escopo de ingerência do Estado ao darem a significação que a expressão legal de personalidade (art. 59, CP) deveria assumir na dosagem da pena.

É de se enfrentar com suspeição a possibilidade de o direito penal justificar sua intervenção, agravando a reprimenda corporal, baseado em “projetos de vida” do jurisdicionado ou mesmo que submeta ao seu escrutínio inquisidor os “sentimentos”, “pensamentos” e “emoções” do réu. Proliferam-se, também, juízos axiológicos, como “má índole”, “insensibilidade ético-moral” e afins, cuja rastreabilidade não pode se dar em termos da ciência da psicologia, nem com base em um parâmetro objetivo. Percebe-se então que o rol elástico do que pode compor a valoração judicial da moduladora em comento carrega a nota de uma intervenção moralista do Estado, consecutória, segundo Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, da fusão entre moral e direito do modelo jusnatural teológico, que “[...] abriu campo para a intervenção jurídica na esfera do pensamento, criminalizando e punindo indivíduos por convicções, ideias, pensamentos e opções pessoais”⁸⁷. É, em essência, uma carta branca para a devassa da vida íntima do réu.

O segundo traço relevante diz respeito ao emprego de termos técnicos próprios da psicologia. O caráter científico da personalidade no seu campo de estudo peculiar será explorado e refletido mais adiante no 5º capítulo, devotado ao “como” da presente investigação. Sem antecipar essa discussão, merece destaque desde já o lado retórico dos conceitos tecnicistas que integram a maior parte das decisões estudadas, pois não houve a apresentação de um percurso

⁸⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 8.

metodológico que fizesse a subsunção técnica dos fatos a esses conceitos.

E não surpreende que um juízo de valor tomado à flor das impressões momentâneas do magistrado não tenha lastro científico. Primeiramente, a formação dos magistrados não abrange conteúdo aprofundado das áreas da psicologia ou psiquiatria, nem os concursos que prestam lhes exigem tal domínio. Ademais, os elementos que instruem os autos em uma ação penal ordinária oferecem escassos subsídios para que todas as quadras do ser do indivíduo sejam medidas, especialmente por um leigo na ciência própria da matéria.

É nessa perspectiva a arguta observação de José Antônio Paganella Boschi:

Duvida-se, pois, da própria possibilidade de conhecimento da personalidade, porque, afora a inexistência de um padrão para comparações, se reconhece que ela é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo, sempre à mercê dos estímulos e dos traumas de toda ordem. Como poderia então um juiz anunciar a personalidade do réu com base nos escassos elementos informativos que os autos de um processo fornecem aos operadores do direito penal? A falta do padrão comparativo, o contínuo devenir da personalidade e a rotina de psicólogos e psiquiatras em formular diagnósticos com base na maior ou menor adaptação da pessoa ao seu ambiente social também sugerem a impossibilidade das ciências psicológicas atenderem aos pedidos de socorro formulados pelo direito penal [...] ⁸⁸.

A arbitrariedade decorrente desse quadro de desordem conceitual chegou ao ponto de alarmar a jurisprudência, que começou

88 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 173.

a criar limites e a estabelecer critérios para dar maior previsibilidade e racionalidade ao manejo dessa vetorial, como se verá adiante.

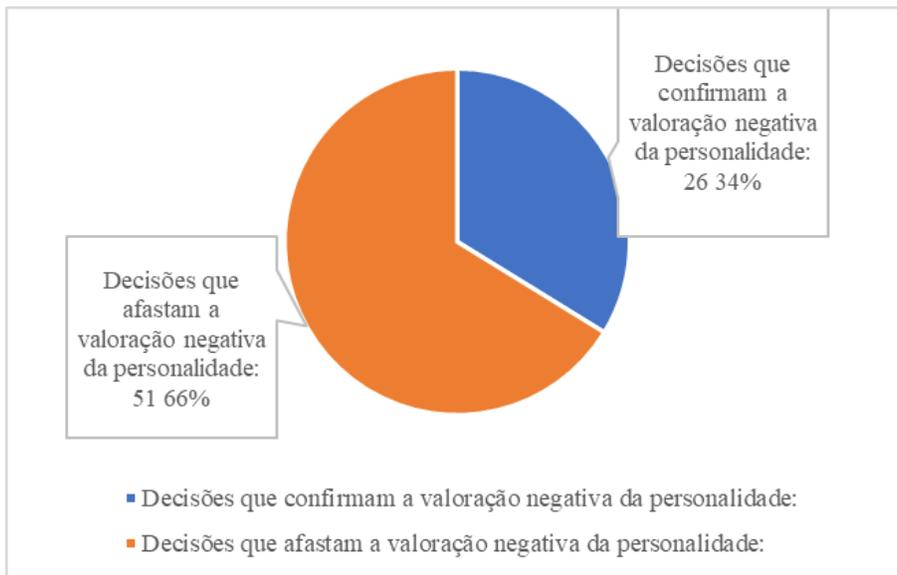
4.2 ELEMENTOS CONCRETOS DELATORES DA PERSONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA ANALISADA

No Apêndice A, consta o quadro que alinha a totalidade dos acórdãos estudados, organizados conforme as categorias de análise em que foram distribuídos. Para a discussão textual a ser aqui articulada, haverá um recorte dos casos mais emblemáticos e modelares dos grupos trabalhados.

O Gráfico introdutório de cada subseção trará a referência qualiquantitativa do número de julgados pertencentes àquele grupo e da proporção entre as vezes que o fundamento invocado para desvalor da moduladora da personalidade foi endossado ou afastado pelo tribunal.

4.2.1 ANOTAÇÕES CRIMINAIS E PRÁTICA DE DELITOS DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA

Gráfico 5 - Juízos baseados nas anotações criminais no conjunto global



Fonte: Elaborado pelo autor.

Este grupo engloba os acórdãos contidos nas categorias de análise “condenações transitadas em julgado”, “inquéritos e ações penais em curso” e “prática de delito durante cumprimento de pena”. O maior motivo para reforma da dosimetria no âmbito dos tribunais estudados foi a consideração negativa da personalidade com base apenas nos inquéritos e ações penais em curso e nas condenações transitadas em julgado. Essa situação, ocorrida em 49 julgados estudados, corresponde a aproximadamente 51,6% dos casos em que foi rechaçada a fundamentação da instância anterior.

A melhor organização das informações concernentes a essa categoria se dará pelo delineamento do avanço jurisprudencial desenhado no acervo amostral quanto à matéria, o que trará maior

clareza à discussão dos resultados, pois os acórdãos extraídos do STF, por sua maior dimensão temporal, trazem perspectivas já ultrapassadas pela própria corte e refletem guinadas jurisprudenciais.

4.2.1.1 LINHA DE EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Tão forte é o liame entre os registros criminais do acusado e a aferição de sua personalidade “voltada para a prática de crimes”, que essa conexão foi ganhando balizas pela própria jurisprudência na curva de sua evolução. A incursão nos julgados do STF, abrangendo os julgados prolatados desde 1984, permite enxergar o itinerário desse avanço gradual na restrição da margem discricionária do juiz ao examinar o passado criminal do réu para lhe desabonar a personalidade.

O STF, no tema de repercussão geral nº 129, julgado em 17/12/2014, fixou a tese de que “[a] existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como Maus antecedentes para fins de dosimetria da pena”⁸⁹. Como explicou o Ministro André Mendonça no HC 2.16969 AgR, “[...] entendeu-se que a presunção de inocência somente se romperia com o trânsito em julgado da decisão condenatória [...]”⁹⁰. Por isso, em atenção ao princípio da não culpabilidade, essa limitação foi “[...] ampliada para alcançar todas as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, como, no caso, a personalidade”⁹¹.

O ano de 2015, portanto, foi um marco divisor na jurisprudência que se colheu do STF. Anteriormente a essa data, encontravam-se

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). RE nº 591.054-RG/SC. Pena - Fixação - Antecedentes Criminais - Inquéritos e processos em curso [...]. Rel. Min. Marco Aurélio, 17 dez. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 fev. 2015.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 2.169.69 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Concessão da Ordem de Ofício: Possibilidade. [...]. Rel. Min. André Mendonça, 21 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 dez. 2023.

91 *Ibidem*.

acórdãos que acolhiam o desvalor da personalidade com base em inquéritos policiais e ações penais em curso contra o réu:

[Sentença:] “[...] apesar de o acusado não possuir em seu desfavor sentenças condenatórias transitadas em julgado, compreendemos como possuidor de *modus vivendi* absolutamente incompatível com aquilo que é o sentido comum de bons antecedentes. Com efeito, [o réu] possui personalidade e conduta social voltada para a prática de delitos, **consoante se verifica do elevado número de ações penais em que [ele] figura como réu [...]**” [...]

[STF:] Da leitura dessa passagem, depreende-se, salvo melhor juízo, que a fixação da pena-base acima do mínimo **legal está devidamente fundamentada. [...] As diversas ações penais movidas contra o paciente, ainda não transitadas em julgado, foram consideradas desabonadoras de sua personalidade e da má conduta social, não como maus antecedentes, como induzem as impetrantes. [...] Como se vê, a dosimetria levada a efeito na sentença de 1º grau não apenas atendeu aos requisitos legais, como respeitou o princípio da individualização da pena**⁹².

Em sentido oposto, após a guinada jurisprudencial, a Suprema Corte passou a proferir acórdãos no sentido de que

[n]inguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 95.238. Direito Penal. Habeas corpus. Constitucional e penal. Crime de apropriação indébita previdenciária. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 6 abr. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2010.

exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória necessariamente transitada em julgado [...]”⁹³.

Assim, as ações em andamento e os inquéritos deixaram de ser fundamento idôneo para a negatização da personalidade. E, para evitar o *bis in idem* com a vetorial dos antecedentes, o tribunal chegou ao entendimento de que sequer condenações definitivas poderiam desabonar a personalidade do agente, pois “[...] esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes”⁹⁴.

Já no âmbito do STJ, com a súmula nº 444, publicada em 13/05/2010, a Corte Superior estabeleceu que “[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”⁹⁵. O advento do tema repetitivo nº 1077, julgado em 23/06/2021, estendeu o apartamento entre o passado criminal e a personalidade, ao fixar a tese de que condenações criminais definitivas somente poderiam negatizar os antecedentes, “[...] não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.”⁹⁶ Na esteira do STJ, o TJMG pautou suas decisões segundo a compreensão de que “[...] análise do histórico criminal deve repercutir no processo de fixação da pena como antecedentes e/ou reincidência, não cabendo sua utilização para a valoração negativa da ‘personalidade do agente’”⁹⁷.

93 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 2.125.586. Habeas corpus. Crimes de moeda falsa e falsificação de sinal público (arts. 289, § 1º, c/c os arts. 29 e 71, e art. 296, II, e § 1º, III, todos do CP). [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 30 jun. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2015.

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.727.85 AgR. Recurso Ordinário em “Habeas Corpus” -Pena-Base Estabelecida acima do Mínimo Legal [...]. Rel. Min. Celso de Mello, 3 out. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 out. 2020.

95 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 444. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2010.

96 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Seção). REsp 1.794.854/DF. Recurso Especial admitido como representativo da controvérsia. [...]. Rel. Min. Laurita Vaz, 23 jun. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 jul. 2021.

97 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0699.18.008568-9/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Tentativa

Tem-se, assim, o caminho trilhado pelo STJ e pelo STF até o ponto de convergência em que ora se situam, acompanhados pelo TJMG: inquéritos e ações penais em andamento não podem influir negativamente nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e as condenações definitivas devem ser consideradas apenas a título de maus antecedentes.

Essa mudança jurisprudencial demonstra um esforço de maximização do princípio da não culpabilidade em todas as suas repercussões jurídicas. Está bastante consolidado nos tribunais que condutas criminosas imputadas ao indivíduo, sem um pronunciamento judicial definitivo acerca de sua responsabilização penal, não podem servir como máculas à personalidade dele. Isso porque, antes do fim de um processo regido pelo devido processo legal, ninguém pode ser considerado culpado.

Todavia, conquanto conceitualmente impecável, esse discurso judicante tem na circunstância judicial da personalidade um flanco que abre portas a decisões contrárias a toda sua principiologia. Liste-se um de cada tribunal:

No caso dos autos, as instâncias de origem empregaram fundamentação concreta para a exasperação da pena-base pela personalidade do agente, destacando-se que “as ameaças eram frequentes e continuam até hoje, com vontade extrema de exercer controle **sobre a vida da vítima além da existência de diversos processos em andamento e contra a mesma vítima, todos envolvendo violência doméstica, o que o prejudica**”, **fundamentos concretos aptos a evidenciar a maior reprovabilidade do comportamento do acusado, justificando o incremento da basilar** (grifos nossos)⁹⁸.

- Pena-Base - Desvalor. Rel. Des. Franklin Higino Caldeira Filho, 1 ago. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 11 ago. 2023.

98 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg AREsp n. 2.331.085/GO. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ameaça no contexto de Violência Doméstica. [...]. Rel. Des. Jesuíno Rissato, 5 dez. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 dez. 2023.

A meu ver, não há como considerar “normal” a personalidade de um indivíduo que está em constante envolvimento em crimes violentos contra as pessoas, praticados com extrema frieza e perversidade, revelando seus aspectos psíquicos e a expressão psicológica do temperamento, o que não pode ser ignorado como circunstância judicial negativa.

Não se está aqui a apontar somente a reiteração delitiva do acusado, mas sim o seu modo de agir, que demonstra uma personalidade extremamente distorcida, agressiva e insensível, elementos concretos aptos a desqualificar a vetorial em análise. Em contrapartida, afasto a valoração negativa dos antecedentes, pois Anedino ostenta apenas uma condenação definitiva anterior, que deve ser empregada como reincidência, conforme requerido pelo Parquet. (grifos nossos)⁹⁹.

[Sentença:] **“Quanto aos antecedentes, há registros de práticas delituosas, mas não serão valorados negativamente.** Não há elementos suficientes para afirmar que sua conduta social, compreendida como a interação do agente em seus vários setores de relacionamento, revele desvirtuamento exagerado, motivo pelo qual a considero neutra. **A personalidade do agente, a meu ver, é comprometida, pois evidenciou-se que o apenado é contumaz no desenvolvimento de atividades ilícitas, sendo incapaz de prover seu sustento licitamente.**”

[...]

[STF:] Denoto, assim, que as instâncias antecedentes valoraram as circunstâncias judiciais do paciente com base nos parâmetros previstos na legislação penal, não havendo deficiência na fundamentação empregada para elevar a pena-base do réu. Insustentável, portanto, o argumento de que a

99 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0024.20.029259-7/001**. Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Preliminar. Intempestividade do apelo ministerial. [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 30 mar. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 4 abr. 2023.

avaliação negativa da culpabilidade, da personalidade, das circunstâncias e das consequências do crime fundara-se em razões abstratas e genéricas [...]. Incensuráveis, de igual modo, os fundamentos adotados para o fim de desvalorar, na primeira fase da dosimetria, a circunstância judicial relativa à personalidade do agente. [...] (grifos nossos)¹⁰⁰.

As mudanças de entendimento dos tribunais quanto ao tema refletem um avanço na ampliação das garantias do jurisdicionado no processo penal, ao passo em que reafirmam o descompasso entre os princípios e garantias aplicados no momento do juízo condenatório e o que ocorre no momento subsequente da dosimetria penal. Nota-se isso pela forma como o princípio da não culpabilidade tardou a se consolidar na esfera de dosagem da pena. Todavia, embora tenha prevalecido a recusa a que se incrementasse a pena-base com lastro em inquéritos e ações penais após os paradigmas vinculantes referidos, destaca-se o fato de mais da metade dos casos de reforma da dosimetria pelos tribunais corresponderem a casos em que esses elementos foram invocados pelo juízo de origem.

No capítulo 6º, essa conjuntura será analisada com maior minúcia e se proporá uma interpretação possível para a pronunciada renitência dos juízes em apoiarem a avaliação da personalidade no passado criminal do réu. Nessa ocasião, os três julgados dissonantes acima referidos comporão o paradigma de reflexão.

4.2.1.2 PRÁTICA DE DELITOS DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA

Outra recorrência observada diz respeito aos casos em que o réu cometeu o delito durante o cumprimento de pena. Para exemplificá-las,

100 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.686.74 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Crimes de Peculato. Dosimetria. Pena-Base. [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 17 ago. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 ago. 2021.

tomemos o AgRg no HC n. 807.153/SP, no qual o ministro relator Sebastião Reis Júnior entendeu que o agravante padecia de razão em seu pleito de reforma da dosimetria, “[...] eis que praticou o delito sete dias após ter sido posto em liberdade, quando cumpria, em regime aberto, pena anteriormente imposta, circunstância que denota maior reprovabilidade de sua conduta”¹⁰¹. Já estabelecida, a essa altura, a brevidade dos argumentos investidos nesse tópico das decisões, volver ao teor da sentença, confirmada tanto pelo tribunal local quanto pela instância extraordinária, revela uma filiação a outro pensamento que subjaz à ponderação das anotações criminais do infrator: a crença idealista na função preventiva especial positiva da pena. Veja-se o quanto articulou o juízo de origem na sentença condenatória, transcrita no acórdão do STJ:

As circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao acusado, eis que praticou o delito sete dias após ter sido posto em liberdade, quando cumpria, em regime aberto, pena anteriormente imposta, **o que evidencia seu descaso para com a oportunidade de ressocialização que lhe fora concedida pelo Estado-Juiz, além de plena confiança na impunidade**. Não bastasse, responde atualmente por outro furto, pelo qual já foi condenado em primeira instância (10ª VC fls. 40). Oportuno esclarecer que não se trata de reconhecer processo em andamento como “maus antecedentes”, mas sim como circunstância a indicar traço negativo da personalidade do acusado, denotando **sua inclinação à violação da lei**, o que certamente não pode ser desconsiderado pelo julgador no momento de fixação da sanção penal. Assim sendo, fixo a pena base acima

101 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no HC n. 807.153/SP. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ameaça no contexto de Violência Doméstica. [...]. Rel. Sebastião Reis Júnior, 12 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 jun. 2023.

do mínimo legal, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa (grifos nossos)¹⁰².

Em consonância com esse raciocínio, no RHC 115994, o tribunal *a quo*, em ponderação que passou inalterada por todas as instâncias recursais, registrou que

[...] o envolvimento da pessoa com infrações penais, não se apresenta como algo acidental, eventual, mas rotineiro, dando sinais de desrespeito ao semelhante e perturbação da paz social. A tais efeitos da personalidade do agente, o direito não pode ficar alheio, pelo contrário, **a valoração negativa da personalidade, objetiva fazer com que o agente volte-se ao seu interior e busque mudar a forma como exterioriza seu modo de ser e agir.** [...] (grifos nossos)¹⁰³.

Observa-se a profissão de crença no efeito preventivo especial positivo da pena, entendido como o estímulo dirigido à pessoa do infrator (por isso especial, em contraste com a prevenção geral, voltada à coletividade) a não reincidir, isto é, “[...] a arrepender-se pelo que fez e, no futuro, agir em conformidade com o dever jurídico de respeito aos bens jurídicos protegidos pelas normas penais”¹⁰⁴. E, visto que o réu não se fizesse permeável a essa intervenção educativa do Estado, ele se revelou perigoso demais para o convívio social, demandando então o aumento da pena. Nisso surge o recurso retórico ao efeito da

102 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no HC n. 807.153/SP. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ameaça no contexto de Violência Doméstica. [...]. Rel. Sebastião Reis Júnior, 12 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 jun. 2023.

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.159.94. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Roubo. [...]. Rel. Min. Cármen Lúcia, 2 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 abr. 2013.

104 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 94.

prevenção especial negativa da pena, que visa “[...] eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu”¹⁰⁵. Essa ambivalência é denunciada por Ferrajoli nas doutrinas positivistas da defesa social, que, segundo ele,

[...] partem de princípios filosóficos diametralmente opostos, e perseguem a prevenção especial dos delitos conferindo às penas e medidas de segurança, mais especificamente, a dupla finalidade de curar o condenado (partindo do pressuposto de que ele seja um indivíduo doente) e/ou de segregá-lo e neutralizá-lo em razão do pressuposto de que ele também seja perigoso¹⁰⁶.

O que se nota aqui é que o cometimento de novo delito durante o cumprimento de pena por delito anterior, frustrando a finalidade educativa presumida pelo magistrado, torna o réu merecedor de maior reprovação pelo sistema. Ou seja, paralelamente à discussão sobre o crime perpetrado por ele, a fase dosimétrica abre uma tribuna para que o acusado preste contas também perante as ofensas que seu modo de agir impingiu à arquitetura teórica do sistema penal.

Verificar a influência dessa teoria da pena reforça como o espaço de liberdade da vetorial da personalidade parece vocacionado a atender às diferentes formas de ingerência reformadora contra o acusado, à parte de sua conduta ilícita. Seja porque demonstrou-se agressivo, ou porque reincidiu no crime, parece pacífico que a moduladora da personalidade seja o veículo idôneo para as pretensões de transformação interna da pessoa levada a juízo.

Não obstante, garantias fundamentais e princípios do Estado Democrático de Direito se opõem às pretensões dessa estirpe, em todas as formas pelas quais pretendem reformar o interior do indivíduo para

105 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 245.

106 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

conformá-lo a padrões ou expectativas sociais. Luigi Ferrajoli ensina que

[...] qualquer tratamento penal voltado para a alteração coercitiva da pessoa adulta com fins de recuperação ou de integração social, não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado, mas também um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito, que [...] traduz-se no igual respeito das diversidades e na tolerância de qualquer subjetividade humana, até mesmo da mais perversa e inimiga, especialmente se reclusa ou sujeito ao poder punitivo. Na medida em que seja realizável, a finalidade da correção coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificação externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é¹⁰⁷.

Tendo por base essas premissas e sendo certo que em nosso ordenamento jurídico todos têm a garantia constitucional da plena liberdade de pensamento, de crença, de culto, de expressão artística e cultural, sendo inviolável em sua intimidade (art. 5º, incisos II, IV, VIII e IX, da CRFB/1988¹⁰⁸), é que se entende “[...] inconstitucional incluir

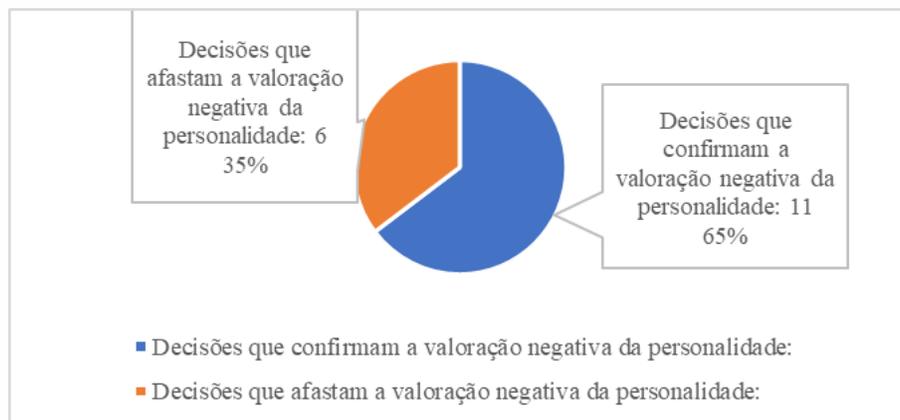
107 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 254.

108 “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”; “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. [2024].

um dia a mais de prisão com fundamento em uma possível melhora do réu pelo cárcere”¹⁰⁹.

4.2.2 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Gráfico 6 - Juízos baseados nas circunstâncias do crime no conjunto global



Fonte: Elaborado pelo autor.

O termo “circunstâncias” foi tomado em seu sentido amplo, envolvendo tudo que remete ao fato delitivo objetivamente. Entre todos os julgados analisados, proferiu-se um juízo sobre a personalidade do réu com base nas circunstâncias do crime em 17 julgados, o equivalente a cerca de 11,3% do total amostral.

Nos acórdãos em que houve a manutenção do desvalor arbitrado na instância anterior, destacaram-se as considerações sobre o aspecto moral que se podia extrair do modo de execução do crime. Percebeu-se dois grupos: o da agressividade e violência reveladas por gestos de

¹⁰⁹ BEDÊ JÚNIOR, Américo. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena**: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 3, p. 75-90, p. 79.

ofensa física e o de uma atitude ofensiva apenas aos ditames morais, todos ilustrados a seguir.

Em ação penal que apurava um homicídio qualificado, constatou-se por laudo pericial que o réu havia desferido várias facadas na vítima, perfazendo um total de 28 lesões perfuroincisas. Nesse caso, a quantidade de perfurações decorrentes de golpes de faca foi utilizada para agravar a pena-base a título de culpabilidade. Para aumentar a pena do réu em função da personalidade, foram estas razões do tribunal *a quo*, citado no acórdão: “[a] **PERSONALIDADE se mostra deturpada, vez que mostra-se o recorrente agressivo, egoísta e violento**, o que demonstra necessidade de sua valoração negativa”¹¹⁰. Quanto a esse excerto, o STF consignou que podem, sim, ser considerados em desfavor da personalidade do réu “[a] **agressividade, a atitude violenta e o egoísmo**”¹¹¹.

No HC 1.338.56, referente ao processo onde foi apurado crime de lesão corporal grave triplamente qualificada, o STF considerou idôneo o aumento da pena-base pelos seguintes fundamentos:

Segundo a sentença, “as desmedidas agressões” foram praticadas pelo réu, numa danceteria, “**de forma covarde, desleal, a impedirem qualquer defesa e reação**”, em razão do fato de a vítima, à época, manter relacionamento amoroso com sua ex-namorada. Aduziu ainda que o paciente era praticante de artes marciais (lutador de vale-tudo), o que conferiu maior precisão e potência a seus golpes, daí derivando a gravidade das consequências do crime suportadas pela vítima. Essa narrativa confere lastro fático aos vetores invocados na dosimetria da pena, pois evidencia, indiscutivelmente, conduta social

110 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp 2.239.473/PA. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Fundamento da Decisão que inadmitiu o recurso não combatido. [...]. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 20 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 jun. 2023.

111 *Ibidem*.

altamente reprovável, **personalidade violenta** e motivação fútil (grifos nossos)¹¹².

No segundo grupo de julgados, tem-se aqueles em que o aspecto reprovável não traduziu acréscimo de ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal imputado ao réu. No AgRg no AREsp n. 2.364.840/TO, o ministro Ribeiro Dantas ponderou que “[...] restou devidamente fundamentada a consideração desfavorável da referida vetorial, na medida em que o acusado se aproveitava da situação de miséria da menor ofendida para cometer o estupro¹¹³.” Semelhantemente, no AgRg no HC 798.776/SC, a pena-base do réu, condenado pelo crime de roubo, foi aumentada pela vetorial da personalidade em razão do fato de ele “[...] ter assaltado vítima que, momentos antes, deu-lhe alimento e dinheiro, [o que] demonstra a má índole do paciente [...]”¹¹⁴.

Em outro exemplo, no AgRg no REsp n. 1.710.960/PE, o réu foi condenado pela prática dos crimes capitulados nos arts. 41-A (transmissão de material contendo sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente) e 241-B (armazenamento de material contendo sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente), ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹¹⁵. O STJ acolheu o argumento da instância anterior e referendou o desvalor da personalidade com base no fato de o réu ter utilizado *software* avançado para esconder os rastros dos delitos:

112 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.338.56. Habeas corpus. Penal. Lesão corporal grave (art. 121, § 1º, I, II e III, CP). Pena. Dosimetria. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 14 jun. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 jun. 2016.

113 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no AREsp n. 2.364.840/TO. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Arts. 59 e 68 do CP. Dosimetria. Pena-Base. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 12 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 set. 2023.

114 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 798.776/SC. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Crime de Roubo. Pleito de desclassificação para furto. [...]. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 30 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 nov. 2023.

115 BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

[...] no caso concreto, as instâncias ordinárias, com base nas provas carreadas ao feito, concluíram que “mostrou-se o réu como sendo pessoa articulada, artilosa, dissimulada, que instalou, inclusive, programa com tecnologia bastante avançada e capaz de apagar os arquivos de pornografia infantil contidos em seu computador de maneira que nem a Polícia Federal conseguiu restaurá-los. Tal evento só demonstra a sagacidade do réu e sua clara intenção de esquivar-se e ludibriar as autoridades. Enfim, claramente se denotou de sua personalidade traços que o distinguem do homem médio”. Assim, tenho que fundamentaram adequadamente a negativação de tal vetor¹¹⁶.

Como exemplar dos acórdãos que rejeitaram a fundamentação calcada em circunstâncias do crime, cite-se o AgRg no AREsp n. 2.209.745/SP, no qual o STJ registrou que as circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade não poderiam ser desvaloradas:

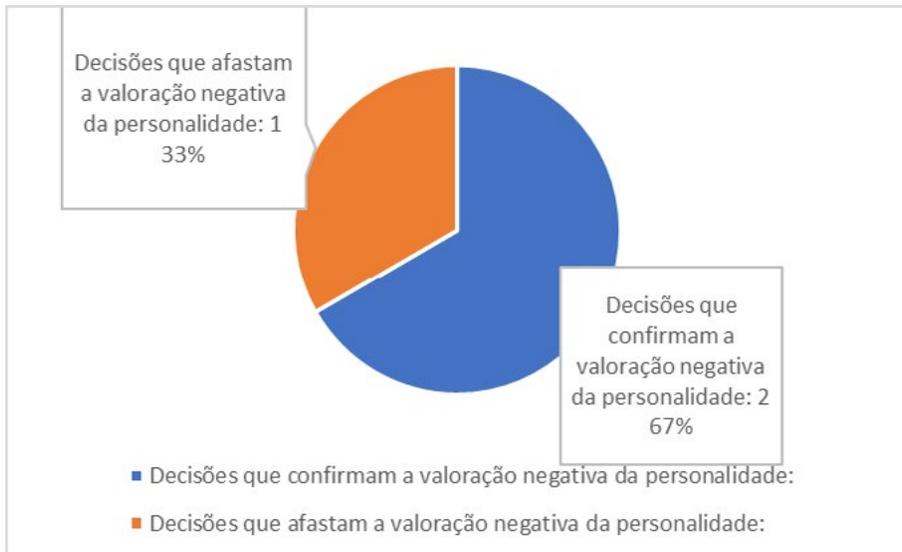
[...] visto que não foi declinada fundamentação específica e concreta para a negativação de tais circunstâncias, não sendo apta, para tal desiderato, a mera afirmação genérica de que **“os réus se envolveram em organização criminosa destinada à prática de crimes graves, que causam clamor público, disseminando o vício, bem como a destruição de lares e famílias, com inegável comprometimento da ordem pública”**. Ora, como visto, o relevo e a abrangência da organização conhecida como “Primeiro Comando da Capital” já foram valorados na culpabilidade do agente e a menção à prática de “crimes graves, que causam

116 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no REsp n. 1.710.960/PE. Agravo Regimental no Recurso Especial. Arts. 241-A (Transmissão de Material contendo sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente) [...]. Rel. Antonio Saldanha Palheiro, 14 ago. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 ago. 2023.

clamor público”, “destruição de lares e famílias” e “comprometimento da ordem pública” não revela cenário mais gravoso do que aquele inerente ao delito em questão¹¹⁷.

4.2.3 MOTIVAÇÃO

Gráfico 7 - Juízos baseados nas motivações do crime no conjunto global



Fonte: Elaborado pelo autor.

Como ilustra o Gráfico acima, esta categoria é composta de apenas 3 julgados, dos quais 2 são pela confirmação da negação da personalidade e 1 é pela reforma. Os três serão descritos.

O primeiro retrata situação em que uma magistrada federal foi condenada pelo crime de corrupção passiva (art. 317, § 1º, do Código Penal), deixando como consequência à Previdência Social o prejuízo

117 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp n. 2.209.745/SP. Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial. Processual penal e penal. Organização criminosa. [...]. Rel. Min. Laurita Vaz, 6 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 jun. 2023.

de “[...] mais de 90 milhões de reais em títulos da dívida pública [...]”¹¹⁸. O acórdão então anotou que as instâncias ordinárias haviam declinado razões adequadas para o desvalor da personalidade, qual seja, “[...] **personalidade com inclinação para favorecimento de interesses escusos**”¹¹⁹.

No segundo, condenado o réu às penas do art. 14 da Lei nº 6.368/76 (antiga lei de tóxicos), teve ele sua pena aumentada pelo juízo de piso em conjunto com os motivos, registrando-se a maior reprovabilidade: “[...] na personalidade e nos motivos - caracterizados pela sua má índole, torpeza, ao agir mediante paga”¹²⁰. O STF deu essa fundamentação por idônea no RHC 94907, julgado em 07/10/2008. Decerto, trata-se de um julgado remoto, em que passou despercebido um *bis in idem* evidente, pois a personalidade foi vinculada aos motivos e hauriu sua fundamentação dos exatos mesmos elementos. Essa conexão da personalidade com as outras moduladoras do art. 59 do CP continua até hoje, como tem apontado esta pesquisa, porém de forma mais sutil.

O único caso de reforma em que o elemento utilizado dizia respeito aos motivos apresenta um paralelismo interessante com o julgado anterior. No AgRg no REsp n. 2.018.047/SP, condenado o réu pelo crime capitulado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o tribunal *a quo* dispôs que o condenado tinha “[...] **personalidade e conduta social desvirtuada, porque não se pensa em convivência harmônica, sem lesar terceiros, existe, sim, pensamento egoístico, para o ‘lucro fácil’** [...]”¹²¹. Diferentemente do caso anterior do STF, o

118 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.681.19 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Crime de corrupção passiva (Art. 317, § 1º, do Código Penal). Declaração de perda do cargo de juíza federal [...]. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 29 abr. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 maio 2019.

119 *Ibidem*.

120 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 94.907. Direito Processual Penal e Direito Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Dosimetria da Pena e Fixação do Regime Prisional. [...]. Rel. Min. Ellen Gracie, 7 out. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 out. 2008.

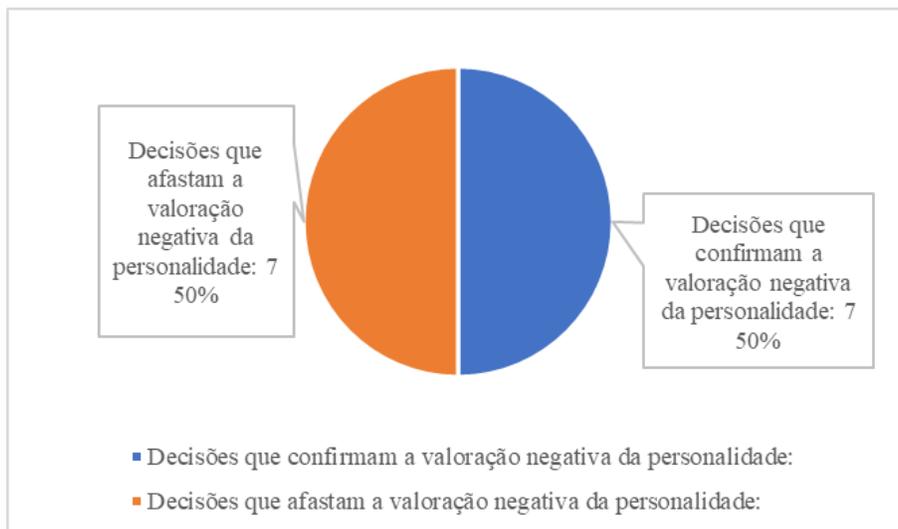
121 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no REsp n. 2.018.047/SP. Agravo Regimental em Recurso Especial. Legislação Extravagante. Tráfico de Drogas

STJ não admitiu que a intenção de lucro na prática do crime de tráfico pesasse em desfavor da personalidade do réu e se posicionou dizendo que os “[...] fundamentos apresentados para a negatização das demais circunstâncias judiciais - culpabilidade, personalidade e conduta social - não se sustentam, pois são genéricos”¹²².

Nota-se ser mais incomum que os elementos concernentes aos motivos que conduziram à perpetração do ilícito penal sejam invocados na exasperação da reprimenda a título de personalidade negativa. Além disso, o paralelismo dos últimos dois casos indica um avanço no entendimento jurisprudencial, no sentido de não deixar que os motivos se imiscuem na personalidade e ocasionem *bis in idem*.

4.2.4 RELATOS DE TERCEIROS E FALAS E MENSAGENS DO RÉU

Gráfico 8 - Juízos baseados em relatos de terceiros e falas e mensagens do réu no conjunto global



Fonte: Elaborado pelo autor.

(22,3 Kg de maconha). [...]. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 12 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 set. 2023.

¹²² *Ibidem*.

Este grupo engloba os acórdãos contidos nas categorias de análise “falas e mensagens do réu” e “relatos de terceiros”. Nesses casos, o órgão julgador se valeu de falas e mensagens escritas pelo réu e de relatos de terceiros sobre o seu temperamento ou sobre a prática de outros crimes por ele. Interessa aqui atentar para a existência de justificações apoiadas em condutas não proscritas pelo direito penal, que, passando ao largo da fase formadora do juízo condenatório, penetraram na etapa de dosagem da pena. Merece atenção também a credibilidade dada a falas sobre eventos e características dos imputados simplesmente lançadas de modo incidental em depoimentos.

Dos acórdãos que mantiveram a negatificação da personalidade com base nesses elementos, destacam-se os seguintes. No HC 1.188.76, uma servidora pública foi condenada pelo crime de corrupção passiva e teve sua pena incrementada na sentença em razão de ostentar traços que “[...] a distinguem do homem médio, a ponto de comentar com terceiros (como se viu da leitura de um dos depoimentos transcritos na fundamentação deste *decisum*), que era pessoa rica, que trabalhava no INSS apenas por ‘hobby’”¹²³.

Como se vê, as informações prestadas em um depoimento foram o subsídio de que se valeu o juízo para julgar negativamente a personalidade da ré e agravar-lhe a pena. É bastante improvável que a defesa tenha se atido a esse detalhe inscrito em um depoimento acostado aos autos e que sobre essa informação acessória tenha havido algum debate processual. Esse caso é representativo das situações de surpresa quanto ao que, ao fim do processo, poderá operar em desfavor do réu e ocasionar o incremento de sua reprimenda. Isso porque a acusada defendeu-se das imputações fáticas narradas na denúncia, não sendo razoável que se antecipasse em contraditar comentários sobre falas reprováveis suas, atípicas em si e descoladas do crime perpetrado.

123 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.188.76 Habeas Corpus. Processual Penal. Penal. delito de corrupção passiva. Dosimetria. Fração da continuidade delitiva. [...]. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 18 dez. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 fev. 2014.

Nessa linha de intelecção, a crítica de Túlio Lima Vianna e Geovana Mattos, ao observarem que a incorporação de aspectos acessórios, como maledicências relatadas em depoimentos, na fase de majoração da pena, poderia implicar até mesmo julgamento *extra petitum*:

[...] é princípio elementar de Direito Processual Penal que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não de eventuais maledicências incorporadas incidentalmente ao processo, seja em depoimentos de testemunhas ou em declarações dos envolvidos. A imposição ou majoração da pena em virtude de tais acusações incidentais equivale a julgamento *extra petitum*. [...] **Não obstante, porém, ser um princípio básico do Direito Processual Penal, o devido processo legal muita vez é absolutamente obliterado na aplicação da pena, quando o réu vê sua pena aumentada em virtude de fatos pelos quais não teve a oportunidade de se defender** – já que deles sequer foi acusado – em um lamentável resquício do sistema inquisitorial (grifos nossos)¹²⁴.

No HC 2.046.51 AgR, o STF julgou que “[...] houve motivação adequada¹²⁵ [...]” na valoração negativa da vetorial da personalidade em face do teor das mensagens particulares do réu interceptadas durante a investigação, as quais o tribunal estadual entendeu que desvelariam

[...] a agressividade como um traço de sua personalidade, agressividade esta que em alguns

124 VIANNA, Túlio Lima; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. In: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2008, p.311.

125 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 2.046.51 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Penal. Paciente Condenado pelo Crime de Organização Criminosa Armada e Transnacional [...]. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22 ago. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 ago. 2021.

momentos é utilizada para intimidar e coagir outros integrantes da organização criminosa a agirem conforme sua vontade, inclusive com ameaças de morte¹²⁶.

Em outro acórdão, RHC 1.160.73, o réu foi condenado pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal (homicídio duplamente qualificado pelo motivo torpe e por ter sido cometido mediante emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima – emboscada), em concurso de agentes, à pena de 18 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Sua pena-base foi aumentada, entre outros motivos, pela negativação de sua personalidade, consignando a sentença, citada no acórdão, que havia

[...] informações nos autos de que os acusados sempre andavam juntos e praticamente aterrorizavam os moradores da localidade. Assim sendo, revelaram suas personalidades negativas, dotadas de acentuada periculosidade, insistindo em tumultuar o meio social¹²⁷.

Vê-se que as informações sobre suposto terror infligido aos moradores da localidade não dizem respeito ao crime pelo qual os acusados foram condenados e tais fatos não foram objeto de apuração regida pelo devido processo legal em processo autônomo, muito menos submetidos à ampla defesa e ao contraditório na ação em tela, por impertinentes ao seu objeto.

Tendo por fundo o mesmo crime que o acórdão anterior, no AgRg no HC n. 835.094/RJ, a quinta turma do STJ entendeu correta

126 *Ibidem*.

127 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.160.73. Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Homicídio duplamente qualificado. Condenação. 3. Alegação de excesso na dosimetria. [...]. Rel. Min. Gilmar Mendes, 17 set. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 3 out. 2013.

a fundamentação das instâncias de origem que consideraram que o agravante

[...] **se dedicava à agiotagem, bem como o fato dele, segundo testemunhos, já ter contratado o corrêu para executar devedores**, o que serve de indicador, indene de dúvidas, de sua personalidade voltada à prática delitiva e do seu perfil criminoso¹²⁸.

O Tribunal Superior afirmou a idoneidade desse argumento, sustentando que não se podia

[...] falar em carência de fundamento concreto. Ainda, a suposta absolvição do réu em ação penal onde teria sido apurada a prática do crime de usura sequer foi analisada nos autos, não podendo tal questão ser deduzida diretamente nesta Corte¹²⁹.

Uma consulta ao acórdão que julgou a apelação defensiva nesse processo esclarece que “[e]m razão da existência de duas circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade e personalidade), o Magistrado majorou a pena-base em 04 anos, alcançando o patamar de 16 anos de reclusão”¹³⁰. Ou seja, seus antecedentes foram reputados favoráveis. Não obstante, o agravamento da personalidade no acórdão do tribunal local, mantido pelo STJ, foi realizado ante a constatação de que ela era voltada para o crime,

128 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 835.094/RJ. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Homicídio duplamente qualificado. Dosimetria. Personalidade violenta. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 2 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 out. 2023.

129 *Ibidem*.

130 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (4ª Câmara Criminal). APL: 00072141620098190004 202305000262. Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira, 3 abr. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 abr. 2023.

[...] eis que apurado nos autos que atuava como agiota. Além disso, registrou ainda que pelo conteúdo da delação do corréu, verifica-se que o apelante já havia o ‘contratado’ em outras ocasiões para praticar homicídios¹³¹.

Fiou-se o magistrado nos depoimentos das testemunhas sobre a suposta agiotagem, como se infere do acórdão do TJRJ, ao passo que a apuração criminal sobre esses fatos ainda estava em curso. Em verdade, no julgado analisado, a defesa aduziu a ilegalidade desse procedimento, sustentando que “[...] a exasperação da pena do agravante pelo fato dele ser agiota é teratológica, **considerando a sua absolvição quanto à referida imputação pelo Tribunal de origem antes mesmo da prolação da sentença em análise**”¹³². Em outras palavras, a imputação de prática de agiotagem (crime de usura) que embasou o incremento da reprimenda possivelmente restou improcedente na ação penal própria, como narrou a defesa, mas cristalizou-se como sanção no processo penal analisado.

Por fim, o caso mais emblemático foi o do AgRg nos EDcl no HC n. 788.543/SP. O ministro Reynaldo Soares da Fonseca observou que a pena-base imposta ao autor, condenado por integrar organização criminosa, havia sido elevada com base na personalidade, “[...] uma vez que um dos áudios revelou que o paciente ‘pretendia simular uma contratação trabalhista para se passar como ‘trabalhador’ [...], para se ver livre de alguma responsabilização”¹³³. Ao exame desse fundamento, o ministro entendeu que,

131 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (4^a Câmara Criminal). APL: 00072141620098190004 202305000262. Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira, 3 abr. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 abr. 2023..

132 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5^a Turma). AgRg no HC n. 835.094/RJ. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Homicídio duplamente qualificado. Dosimetria. Personalidade violenta. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 2 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 out. 2023.

133 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5^a Turma). AgRg nos EDcl HC n. 788.543/SP. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 9 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 out. 2023.

[...] não obstante a irresignação defensiva, reafirmo que não se verifica ilegalidade na valoração negativa dos referidos vetores, porquanto destacado pelas instâncias ordinárias que o paciente pretendia simular um contrato de trabalho, com a finalidade de camuflar sua atuação criminosa, circunstância que, de fato, guarda relação com aspectos morais bem como de interação social, desbordando dos tipos penais imputados e revelando uma maior reprovabilidade¹³⁴.

Trata-se, à evidência, de uma elevação da pena do réu fulcrada em algo que caracterizaria, no máximo, cogitação criminosa. Seria essa a primeira fase do *iter criminis* (caminho ou itinerário para o crime), que se compõe das seguintes etapas: cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação. No caso em comento, o agente sequer progrediu à fase dos atos preparatórios, que, em regra, só seriam puníveis se constituíssem crime¹³⁵. A cogitação concerne à fase interna de resolução quanto à prática delitiva, que algumas vezes pode ser exteriorizada por palavras. Contra a possibilidade de que se apene o simples pensamento, cristalizou-se no direito o brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*, que se traduz na ideia de que ninguém pode ser punido por seus pensamentos.

Nas palavras do ministro Luiz Fux, esse ditado “[...] representa, no Direito Penal Moderno, a distinção entre Moral e Direito, que proíbe o Estado de regular pensamentos, limitando sua esfera de poder penal ao âmbito social dos atos externos”¹³⁶. Forte nessa premissa,

134 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg nos EDcl HC n. 788.543/SP. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 9 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 out. 2023.

135 “Em princípio, o ato meramente preparatório é impunível, salvo se a lei o tipificar como delito autônomo, na esteira do que ocorre com a posse de instrumentos para a falsificação de moeda ou de documentos; a posse de precursores para a fabricação de drogas, etc.” *Ibidem*.

136 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.227.91 MS. Habeas corpus. Penal. Tráfico interestadual de substância entorpecente (art. 33, caput, c/c o art. 40,

defende que “[...] nenhuma punição pode alcançar a mera intenção ou cogitação da prática criminosa”¹³⁷. É isso que se espera de um direito penal regido pelo princípio da legalidade, o que, contudo, foi ignorado pelo STJ no caso sob exame.

Isso pode se explicar pelo fato de que uma repressão estatal permeável a preocupações com a periculosidade do réu, como introjetado na circunstância judicial da personalidade, permite a subversão de garantias basilares que são mais efetivas no momento do juízo condenatório, porém totalmente flexibilizadas na fase de dosagem da pena.

Veja-se que, sob nenhuma hipótese, em condições de normalidade jurídica, seria permitida a condenação de alguém por uma fraude que apenas insinuou querer praticar em mensagens privadas. Uma denúncia com essa narrativa factual seria prontamente rejeitada. Invocar-se-ia, entre outros, os princípios da legalidade e da lesividade para cessar esse ensaio de arbitrariedade do poder punitivo. Essas garantias básicas, no entanto, parecem não se aplicar na fase de fixação da pena.

Fica assim exemplificado, em decisão recente do STJ, o que Miguel Ângelo Bonifácio afirma como uma das consequências do afrouxamento do princípio da lesividade: a criação de uma moral de Estado, em que haveria uma inversão do lugar do Estado como protetor de direito, “[...] abrindo caminho para uma conjuntura onde o cidadão nunca saberá quando sua conduta estará proibida, [tendo que] observar um padrão estatal idealizado de comportamento”¹³⁸.

Na seara dos acórdãos em que foi reformada a dosimetria para tonar neutra a personalidade do agente, cumpre realçar 4 casos que

inciso V, da Lei nº 11.343/06). [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 17 nov. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 abr. 2016.

137 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.227.91 MS. Habeas corpus. Penal. Tráfico interestadual de substância entorpecente (art. 33, caput, c/c o art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06). [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 17 nov. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 abr. 2016.

138 BONIFÁCIO, Miguel Ângelo Nunes. **Personalidade no direito penal: uma abordagem interdisciplinar**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2007, p. 24.

extrapolaram o limite de elasticidade permitido a essa vetorial pelos tribunais. Dois dizem respeito à utilização de falas do réu durante a instrução. O primeiro retrata a situação em que o réu, condenado pelos crimes dos arts. 150, § 1º (violação de domicílio) e 129, § 9º (lesão corporal contra companheira), ambos do Código Penal, foi reputado “machista”. No segundo, houve reprovação de fala proferida quanto ao método corretivo que o réu, sentenciado pelo no art.24-A da Lei n. 11.340/06 (descumprimento de medida protetiva), julgava ser adequado na criação de filhos:

[Sentença:] [...] O réu tem personalidade voltada para a prática de crimes contra mulheres, ou seja, trata-se de pessoa machista. Além da própria natureza dos fatos já revelar esse traço de personalidade, tem-se que o réu já teve outros conflitos violentos com outras mulheres (vide CAC de ff. 60/62), sem falar que obrigou a vítima a fazer exame de DNA e a agrediu fisicamente no dia da coleta do material (fato por ela relatado aos 34min.25seg. e objeto de outro processo). **Também revelando a personalidade machista e distorcida, o réu chegou a afirmar diversas vezes que, apesar de toda a violência, quem estava ‘errada’ era a vítima, o que é um grande absurdo (aos 49min.46seg.).** [...] [TJ-MG:] Em que pese o profundo respeito ao d. Magistrado de origem, entendo que a dosimetria efetuada comporta reparo. Isso porque, da análise dos autos, não verifico elementos que desabonem personalidade do réu. [...] Assim, para sua comprovação, deve constar nos autos informações sobre suas qualidades morais, sua índole e seu caráter, questões estas mais relacionadas à Psicologia que ao Direito, o que não se verifica *in casu* (grifos nosso)¹³⁹.

139 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0026.19.004048-0/001**. Apelação Criminal - Violação de domicílio e lesão corporal praticados em contexto de violência doméstica [...]. Rel. Des. Valeria Rodrigues, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024.

[Sentença:] “A personalidade do réu é analisada desfavoravelmente porque ele foi descrito por uma testemunha como homem agressivo, **e nesta audiência demonstrou que acredita ser natural um pai ameaçar sua filha menor de correção por meios violentos.**” [...]

[TJ-MG:] Diverso, contudo, é o entendimento acerca da personalidade, **tendo em vista que a desfavorabilidade de tal circunstância judicial está lastreada em opinião emitida por supostas vítima e não em dados concretos que permitam justificar o incremento efetuoado.**

Dessa forma, ausente nos autos prova apta a embasar a valoração desfavorável da personalidade, deve se proceder de modo a não influir no aumento da pena-base, sob pena do julgador padecer em análise estranha ao seu conhecimento (grifos nosso)¹⁴⁰.

Em ambos os casos, nota-se a imposição de uma reprovação de cunho moral sobre o comportamento do acusado. No último caso, em se tratando da criação de filhos, o magistrado de origem se arrogou o papel de representante de um Estado paternal e educador e aplicou a palmatória ao acusado, consubstanciada no aumento da pena por sua reprovável opinião sobre a criação dos filhos.

Em processo cujo objeto era a apuração do delito capitulado no art. 121, §2º, incisos I e IV, do CP, o tribunal mineiro afastou o incremento da pena-base justificado na verificação de “[...] inúmeras publicações em redes sociais com frases alusivas à prática de crime”¹⁴¹. O TJMG entendeu que não tinham sido apresentadas provas que

140 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.152231-9/001**. Apelação Criminal - Descumprimento de Medidas Protetivas (Lei n. 11.340/06, art.24-A) [...]. [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 8 nov. 2023.

141 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.183860-8/001**. Apelação Criminal - Tribunal do Júri - Homicídio Duplamente Qualificado [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 9 fev. 2024.

permitissem fazer o retrato psíquico do autor do crime, “[...] de forma que a argumentação utilizada pela d. Juíza se trata, na realidade, de fatos que potencialmente demonstrariam a ‘Conduta Social’ do Apelante”¹⁴².

Na Apelação Criminal 1.0672.21.007348-8/001, a sentença registrou que a personalidade do agente era ruim, “[...] visto que as provas dos autos revelam que Caio é pessoa agressiva e violenta, conforme relataram as vítimas ouvidas em AIJ.” O TJMG considerou que esse argumento, na verdade, estava “[...] **lastread[o] em opinião emitida por supostas vítimas e não em dados concretos que permitam justificar o incremento efetuado**”¹⁴³.

Diante do quadro relatado, percebeu-se a mácula à personalidade recaindo em juízos morais sobre aspectos da vida do acusado que não compunham o objeto dos autos. Propondo-se a apenar os jurisdicionados por comportamentos socialmente reprováveis, tais como o tratamento discriminatório com mulheres e uma opinião favorável à criação violenta dos filhos, a circunstância judicial da personalidade se lhes afigurou a comporta perfeita.

Confirma-se, assim, a crítica lançada há muito sobre o fato de o juiz, não raras vezes, aumentar

a pena pelo simples fato de testemunhas terem afirmado em seus depoimentos que o réu tinha comportamento anti-social, como se houvesse um tipo penal que previsse pena para todo aquele que “deixar de ser bom pai de família”, “deixar de ser bom vizinho” ou “deixar de ser bom trabalhador”. Tais tipificações hipotéticas não existem, nem poderiam

142 *Ibidem*.

143 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0672.21.007348-8/001**. Apelação Criminal - Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) - Extorsão (CP, art.158) e descumprimento de medida [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 21 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 23 jun. 2023.

existir, pois jamais teriam a taxatividade necessária exigida pelo princípio da legalidade¹⁴⁴.

Releva notar também que, quanto às vezes em que os relatos de terceiros foi a razão suficiente para o incremento da pena, observou-se um comportamento dúbio. No AgRg no HC n. 835.094/RJ¹⁴⁵, falas de testemunhas quanto à prática de agiotagem pelo réu foram o bastante para o STJ aumentar sua pena; na contramão dessa lógica, na Apelação Criminal 1.0672.21.007348-8/001¹⁴⁶, o TJMG afastou a fundamentação fiada em falas de testemunhas sobre a personalidade do réu.

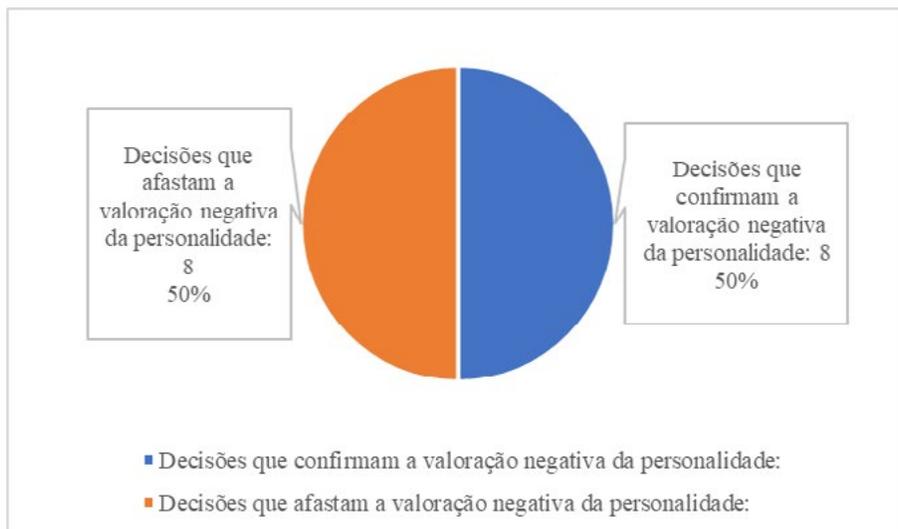
144 VIANNA, Túlio Lima; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. *In: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2008, p. 310.

145 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 835.094/RJ. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Homicídio duplamente qualificado. Dosimetria. Personalidade violenta. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 2 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 out. 2023.

146 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0672.21.007348-8/001**. Apelação Criminal - Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) - Extorsão (CP, art.158) e descumprimento de medida [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 21 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 23 jun. 2023.

4.2.5 CONDUTA PÓS-FATO DELITIVO

Gráfico 9 - Juízos baseados em condutas pós-fato delitivo no conjunto global



Fonte: Elaborado pelo autor.

Dividem-se em 2 grupos: o das condutas que configuram, em tese, delito próprio e o dos gestos moralmente reprováveis, compondo este grupo atitudes atípicas realizadas pelo acusado posteriormente ao delito. Inserem-se aí as tentativas de ludibriar o juízo com o falseamento dos fatos e a postura geral no curso da instrução.

Do primeiro grupo, destacam-se dois casos em que o fundamento de incremento da reprimenda poderia ensejar uma apuração criminal própria:

No caso, restou declinada motivação concreta para a valoração concreta para o incremento da básica pela referida vetorial, considerando que o **ora agravante, já preso na Delegacia de Polícia, ao visualizar a vítima e a sua esposa, passou a ameaçá-los gravemente, dizendo que “quando saísse iria matá-los”**, o que

constituiu fundamento a ser sopesado na dosagem da reprimenda (grifos nosso)¹⁴⁷.

[O agravante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 183 da Lei 9.472-97 (desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação), por operar rádio comunitária, sem a devida autorização legal:] Por outro lado, com relação à dosimetria, verifico que pena-base foi devidamente fixada, pois, conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região “apresentou fundamentação idônea para aumentar a pena-base em 4 meses de detenção, tendo em vista a **personalidade distorcida** e a ‘má conduta social’ do paciente, **evidenciadas pelo fato de ele ter agredido com socos e pontapés a pessoa que informou ao Ministério Público a existência da rádio comunitária**”. Não reputo verificada, na espécie, qualquer irregularidade ou excesso que justifique a intervenção corretiva do Supremo Tribunal Federal, sobretudo à luz da orientação da Corte no sentido de que não é possível em sede de habeas corpus a reapreciação dos critérios subjetivos considerados pelo magistrado para a produção do decreto condenatório (grifos nosso)¹⁴⁸.

Do segundo grupo, dos gestos morais, tem-se as atitudes que permitiram ao magistrado concluir pela “[...] frieza no modo de agir [do acusado] ao comparecer ao velório da vítima e abraçar seus familiares, na tentativa de dissimular a sua participação na empreitada

147 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 791.600/PE. Processo Penal e Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Roubo majorado. Prisão preventiva. Supressão de instância. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 11 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 set. 2023.

148 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.201.31 AgR. Penal e Processual Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Ordinário Constitucional. [...]. Rel. Min. Luiz Fux, 11 mar. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 mar. 2014.

criminosa”¹⁴⁹. Outro exemplo está no AgRg no AREsp 23.128.48, cuja sentença consignou, sobre o réu, que “[...] não há informações técnicas nos autos sobre sua personalidade, porém demonstrou a todo momento da instrução, frieza e calculismo”¹⁵⁰. O STJ referendou esse argumento, dispondo que não é obrigatória a realização de perícia quando o julgador verifica no curso da instrução processual “[...] traços que comprovam a personalidade desvirtuada da ré, que demonstrou frieza e calculismo ao longo da ação penal”¹⁵¹.

Já quanto às mentiras em juízo, houve divergência no âmbito do STJ. No AgRg no HC n. 747.029/PE, afirmou-se que o condenado era “[...] pessoa articulada, dissimulada e de má índole [...]”¹⁵² por ter forjado versões inverossímeis sobre os fatos a ele imputados, tornando idôneo o aumento de sua pena-base. No mesmo sentido e pelas mesmas razões, assim se posicionou a sexta turma do STJ no AgRg no AREsp n. 1.812.515/PE. Diversamente, contudo, no HC n. 834.126/RS, a mesma sexta turma entendeu que “[...] nem mesmo nas circunstâncias da personalidade ou da conduta social seria possível considerar desfavoravelmente a mentira do réu em interrogatório judicial”¹⁵³.

149 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 821.673/PE. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Decisão Monocrática que não conheceu do Writ, mas concedeu a ordem, em menor extensão. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 12 dez. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2023.

150 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp: 2.312.848/PB. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Homicídio Qualificado. Dosimetria. Primeira fase. [...]. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 30 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 dez. 2023.

151 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp: 23.128.48/PB. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Homicídio Qualificado. Dosimetria. Primeira fase. [...]. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 30 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 dez. 2023.

152 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 707.378/RJ. Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Estelionato previdenciário. Uso de documento falso. Dosimetria. [...]. Rel. Min. Messod Azulay Neto, 12 dez. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2023.

153 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). HC n. 834.126/RS. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Dosimetria. Primeira fase. Aumento da pena-base. [...]. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 set. 2023.

No âmbito dos acórdãos reformados, houve a tentativa de incremento da pena-base pautada na observação de que o réu apresentou “[...] péssimo comportamento carcerário, praticando atos de indisciplina e subversão a ordem, exercendo influência negativa na carceragem e incitando motim”¹⁵⁴. O TJMG rejeitou essa fundamentação, anotando que não houve esclarecimento sobre a apuração administrativa desses fatos:

[...] tal fundamento se deu unicamente pela existência de incidentes na unidade prisional, não restando esclarecido, no entanto, se esses foram apurados por meio de instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD)¹⁵⁵.

Exigiu-se, portanto, uma investigação formal antes de que as informações relatadas pudessem ter impacto na dosagem da pena. O mesmo não se observou quanto a alguns casos em que bastou o relato de terceiros sobre a prática de crimes pelo acusado e suposto comportamento reprovável para que isso moldasse o *quantum* da reprimenda.

A maior parcela das decisões reformadas calcou o aumento da pena-base na interpretação negativa que se extraiu do fato de o réu apresentar versões inverídicas dos fatos apurados. Foram 4 julgados do TJMG¹⁵⁶ em que se argumentou que o acusado teria demonstrado sua

154 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.169174-2/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Resistência. Absolvição [...]. Rel. Des. Âmalin Aziz Sant’Ana, 9 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 10 nov. 2023.

155 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.169174-2/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Resistência. Absolvição [...]. Rel. Des. Âmalin Aziz Sant’Ana, 9 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 10 nov. 2023.

156 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.106190-4/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Autoria e materialidade comprovadas - Desclassificação para o delito [...]. Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, 13 jul. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 14 jul. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.158072-**

“personalidade audaciosa” “[...] por mentir em juízo sobre o crime a ele imputado, tentando incriminar terceiros, o que revela deslealdade processual e a evidente intenção de frustrar a responsabilização pelos seus graves atos”¹⁵⁷. O TJMG não considerou esse comportamento revelador da personalidade do acusado e asseverou que:

“o apelante possui direito de se defender, e isso inclui apresentar sua versão dos fatos, portanto, essa diversidade de versões não pode ser considerada em seu desfavor”¹⁵⁸ e que

“[...] ainda que se verifique incoerência na versão dada pelo acusado com as demais provas dos autos, a consequência é a sua condenação e não imposição de pena maior por este motivo”¹⁵⁹.

1/001. Apelação Criminal - Receptação - Absolvição Por Falta de Provas do Dolo [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 nov. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.287648-2/001.** Apelação criminal. Recurso Defensivo. Delito de Tráfico. Absolvição ou eventual desclassificação. [...]. Rel. Des. Sálvio Chaves, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 22 fev. 2024; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.056678-8/002.** Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio triplamente qualificado [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 1 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 5 fev. 2024.

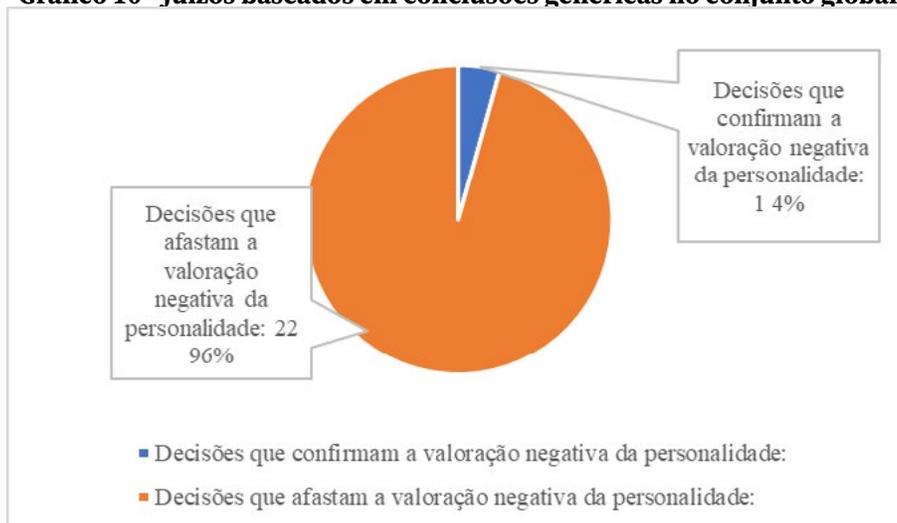
157 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.287648-2/001.** Apelação criminal. Recurso Defensivo. Delito de Tráfico. Absolvição ou eventual desclassificação. [...]. Rel. Des. Sálvio Chaves, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 22 fev. 2024.

158 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.056678-8/002.** Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio triplamente qualificado [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 1 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 5 fev. 2024.

159 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.158072-1/001.** Apelação Criminal - Receptação - Absolvição Por Falta de Provas do Dolo [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 nov. 2023.

4.2.6 CONCLUSÕES GENÉRICAS

Gráfico 10 - Juízos baseados em conclusões genéricas no conjunto global



Fonte: Elaborado pelo autor.

O recurso a fórmulas genéricas no capítulo dosimétrico para qualificar negativamente a personalidade do réu foi observado com reiteração no acervo amostral. Os tribunais não têm ficado impassíveis diante desse risco inerente à manipulação de uma vetorial tão aberta. Em casos extremos de fundamentação falha ou insuficiente, têm firmado a necessidade de reforma da decisão impugnada.

Essa categoria é sintomática da fragilidade argumentativa que parece encontrar abrigo na vetorial da personalidade. Do grupo de 150 julgados analisados, em 23 deles (cerca de 14,6% do total) a fundamentação do desvalor da personalidade não remeteu especificamente a nenhum elemento dos autos, perfazendo-se em simples enunciado valorativo, geralmente pelo uso autossuficiente de adjetivos. Em 22 oportunidades, o tribunal reformou a sentença ou o acórdão que assim procedeu – 20 deles no âmbito do TJMG. Em 1 julgado do STF, a fundamentação vaga foi referendada.

No que respeita ao julgado que endossou a fundamentação simplesmente adjetiva, cumpre consignar que o juízo de primeiro grau concluiu que a personalidade do réu era “[...] desajustada e desagregadora [...]”¹⁶⁰, tendo o STF entendido que essa justificativa seria motivo bastante para o aumento da pena.

Por outro lado, o grande número de acórdãos reformados dá a dimensão do que tem sido considerado pelos tribunais como uma fundamentação inadmissível por sua generalidade.

Nos julgados deste grupo, o tribunal entendeu que a fundamentação do magistrado de primeiro grau foi genérica ou não apontou os elementos concretos suficientes para justificar a exasperação. Algumas sentenças reformadas consignaram que a personalidade do acusado:

- a. era “[...] matizada pela maldade, insensibilidade, covardia e frieza”¹⁶¹;
- b. “[...] demonstra dificuldade em aceitar preceitos legais”¹⁶²;
- c. “[...] evidencia desrespeito e insubmissão aos valores sociais que devem nortear a vida em sociedade”¹⁶³.

Outras decisões genéricas enxergaram na personalidade do réu desvio a um padrão de normalidade, asseverando que ela estava

160 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.137.79. Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Tráfico Ilícito de entorpecentes. Dosimetria da pena base. [...]. Rel. Min. Cármen Lúcia, 26 nov. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 dez. 2013.

161 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 747.770/SP. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Crime de homicídio tentado. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 17 abr. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 abr. 2023.

162 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0002.23.130908-9/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Recurso da Acusação [...]. Rel. Des. Rinaldo Kennedy Silva, em 7 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 7 nov. 2023.

163 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0702.20.136494-1/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Pena-Base - Circunstâncias Judiciais - Culpabilidade [...]. Rel. Des. Paulo de Tarso Tamburini Souza, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 16 fev. 2024.

“[...] em desconformidade com os padrões normais”¹⁶⁴. Na Apelação Criminal 1.0141.20.000264-2/001, anotou-se que o juízo de origem negativou a personalidade do réu

[...] após afirmar que: ‘estão fora dos padrões normais’. Disso não passou, o que constitui uma análise por demais restritiva das circunstâncias, as quais reclamam aprofundamento nos aspectos social, familiar e profissional [...]’¹⁶⁵.

Nesse caso, o desembargador relator aduziu então que

[...] se não há no caso concreto dados para que se faça uma aprofundada análise da conduta social e da personalidade do réu no seio familiar e profissional, devem ser consideradas tais circunstâncias judiciais como neutra [...]’¹⁶⁶.

Igualmente, na Apelação Criminal 1.0000.23.083406-1/001, fez-se o mesmo juízo com o acréscimo da noção de “homem médio”, o que foi repellido pelo tribunal mineiro:

Em relação à personalidade, ressaltou o Juiz Monocrático na sentença que “o réu demonstrou uma capacidade além do que normalmente se vê em criminosos para desvencilhar-se da condição humana que é perfeitamente compreensível para o

164 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000208-9/001**. Apelação Criminal - Ameaça e lesão corporal - Insuficiência de provas - Não constatação [...]. Rel. Des. Valeria Rodrigues, 30 ago. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 30 ago. 2023.

165 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000264-2/001**. Apelação Criminal - Lei Maria da Penha - Lesão corporal - Recurso da defesa - Preliminar [...]. Rel. Des. Haroldo André Toscano de Oliveira, 26 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 abr. 2023.

166 *Ibidem*.

homem médio, denotando que sua persona encontra-se em desalinho com o esperado para um membro da sociedade.”.

Contudo, não bastam afirmações genéricas de desajuste da personalidade, “desalinho do esperado na sociedade”, “conduta acima do compreensível para o homem médio”, “além do que normalmente se vê em criminosos”. A valoração negativa da personalidade prescinde de laudo técnico, conforme já decidido pelo STJ (AgRg no REsp 1628918/PE, AgRg no REsp 1406058/RS), mas exige fundamentação com base em elementos concretos inseridos nos autos¹⁶⁷.

Como observou Tatiana Stoco, a ênfase dada aos aspectos subjetivos na feitura do art. 59 do CP indicam “[...] a pouca relevância que o aspecto objetivo do fato parecia ter para o legislador da época, para dosimetria das penas”¹⁶⁸. Essa orientação subjetiva, conforme aduz, é o que revela a maior vulnerabilidade das circunstâncias judiciais, pois assim concedem uma ampla margem de liberdade na interpretação de seus conceitos e critérios, “[...] em sua maioria, de sentido atécnico e de pouca ou nenhuma relevância para o âmbito da imputação”¹⁶⁹. Daí que seja necessário à jurisprudência ir criando contornos próprios para elas, num esforço de mitigar os resultados deletérios da falta de critérios fixos.

Essa problemática diz respeito ao dever de fundamentação dos atos judiciais, decorrente do art. 93, IX, da CRFB/1988, o qual dispõe que “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade

167 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.083406-1/001**. Apelação Criminal - Tráfico De Drogas - Comprovadas Materialidade e Autoria [...]. Rel. Des. Bruno Terra Dias, em 27 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 jun. 2023.

168 STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 76.

169 *Ibidem*.

[...]”¹⁷⁰ - o que será debatido propriamente em capítulo posterior. Neste tópico, cumpre explicitar como a abertura semântica do termo “personalidade”, seja pela possibilidade de que abarque virtualmente qualquer sinal existencial do acusado - sem que se possa divisar um limite claro para essa sondagem -, seja pela obscuridade, aos leigos, dos termos técnicos da psicologia - tornando-se um vaso oco a ser preenchido pela intuição do magistrado-, ocasionou um problema que ganhou relevo na jurisprudência, que se moveu a repelir reiteradamente fundamentações genéricas.

4.3 SEGURANÇA JURÍDICA E AS INCONSISTÊNCIAS OBSERVADAS

Esta etapa será pautada nos pressupostos da metodologia dialética, a qual “[...] requer o estudo da realidade em seu movimento, analisando as partes em constante relação com a totalidade”¹⁷¹. Tanto mais conveniente essa perspectiva na presente pesquisa, na medida em que a congruência do pronunciamento judicial proferido em casos semelhantes representa o princípio da segurança jurídica, tão caro ao direito.

Dando o exemplo de Salomão, o retrato do juiz possuidor de uma sabedoria etérea da realidade, o juiz federal Ricardo Almagro Vitoriano Cunha assevera que tal espaço de domínio da verdade não compete mais ao juiz, devendo este pautar suas decisões pelo procedimento normativo. Caso contrário, a segurança jurídica é vulnerada ante deliberações desvinculadas de regras de orientação previamente definidas, tornando-se elas “[...] discricionárias ou mesmo arbitrárias [...]”¹⁷².

170 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. [2024].

171 OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 53.

172 CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Discricionariedade e método na aplicação da lei penal. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade,**

No que toca ao momento de aplicação da pena, a abertura de discricionariedade permitida ao julgador é reconhecidamente ampla, contudo, como consabido,

[...] essa liberdade não é ilimitada, pois está submetida às restrições impostas pelo devido processo legal e todos os seus consectários, entre eles, o da proporcionalidade, o da motivação e da ampla defesa (arts. 5º, LIV, e 93, IX, da CF e art. 59 do CP)¹⁷³.

Em cartilha produzida por grupo de estudos voltado ao estudo da dosimetria da pena nas sentenças criminais, o Conselho Nacional de Justiça realçou sua preocupação institucional com a segurança jurídica no momento de definição da pena:

O fascinante tema da dosimetria da pena suscita inúmeros questionamentos e controvérsias. De toda sorte, não se deve perder de vista um importante vetor de orientação: se todos são iguais perante a lei, também devem sê-lo perante a jurisprudência. Pessoas condenadas por terem praticado infrações penais idênticas, cometidas em circunstâncias similares, não devem ser submetidas a penas significativamente díspares, tão somente em razão dos fatos terem sido apreciados por juízes diversos, sob pena de injustiça manifesta e de se exigir que tenham de recorrer às instâncias superiores para verem aplicados entendimentos pacificados. Há de se fortalecer, portanto, a segurança jurídica, a

individualização e proporcionalidade. Salvador: Juspodivm, 2017. cap.18, p. 473-489, p. 473.

173 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 182.

previsibilidade das decisões judiciais e, sobretudo, a aplicação da lei com justiça¹⁷⁴.

É de se esperar, portanto, que haja uma racionalidade coerente no manejo dos instrumentos que balizam a quantidade da intervenção mais grave à disposição do Estado, a sanção corporal. Todavia, no interior do acervo amostral, despontaram pronunciamentos judiciais diametralmente opostos quanto aos contornos e manifestações processuais da personalidade do acusado. Esses acórdãos serão adiante expostos pela metodologia da justaposição, o que permitirá que se contraste, sem a intervenção moduladora do observador, o nível de obliquidade entre eles.

4.3.1 INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES EM CURSO

O primeiro julgado exprime o entendimento consolidado no STF a partir de 2015, no sentido de que feriria o princípio da não culpabilidade considerar inquéritos e ações penais em curso para incrementar a pena-base do réu a título de maus antecedentes, conduta social ou personalidade. Já o segundo acórdão, dando os antecedentes como neutros, fundamenta o aumento da reprimenda com base numa série de delitos objetos de investigação policial ou ações em andamento.

Julgado 1:

Ocorre que inquéritos policiais arquivados, processos em andamento ou absolvições não geram maus antecedentes, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). [...] **Ora, se inquéritos policiais arquivados, processos em andamento, absolvições e condenações não transitadas em julgado não podem ser valorados**

174 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório GT: dosimetria da pena**. Brasília: CNJ, 2022, p. 35-36.

negativamente como maus antecedentes na dosimetria da pena, por força da presunção de inocência, também não podem sê-lo a título de conduta social ou personalidade, sob pena de burla ao citado princípio constitucional, que veda a extração de consequências desfavoráveis ao réu daquelas situações jurídicas (grifos nossos)¹⁷⁵.

Julgado 2:

A meu ver, não há como considerar “normal” a personalidade de um indivíduo que está em constante envolvimento em crimes violentos contra as pessoas, praticados com extrema frieza e perversidade, revelando seus aspectos psíquicos e a expressão psicológica do temperamento, o que não pode ser ignorado como circunstância judicial negativa. [...] Em contrapartida, afasto a valoração negativa dos antecedentes, pois Anedino ostenta apenas uma condenação definitiva anterior, que deve ser empregada como reincidência, conforme requerido pelo Parquet (grifos nossos)¹⁷⁶.

4.3.2 PRÁTICA DE CRIMES EM CUMPRIMENTO DE PENA POR DELITO ANTERIOR

Houve uma dissonância quanto à circunstância judicial própria para o fato de o réu ter praticado o crime durante o cumprimento de

175 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.255.86. Habeas corpus. Crimes de moeda falsa e falsificação de sinal público (arts. 289, § 1º, c/c os arts. 29 e 71, e art. 296, II, e § 1º, III, todos do CP). [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 30 jun. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2015.

176 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0024.20.029259-7/001**. Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Preliminar. Intempestividade do apelo ministerial. [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 30 mar. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 4 abr. 2023.

pena por delito anterior. O STF proferiu acórdão afastando da órbita da personalidade a consideração dessa ocorrência, atribuindo-a à conduta social. O STJ, por sua vez, firmou a pertinência desse fato com a personalidade.

Julgado 1:

[STF na decisão recorrida mantida:] Como se vê do trecho acima transcrito, conquanto tenha incorrido em algumas impropriedades, o acórdão recorrido manteve os fundamentos da sentença quanto à circunstância desfavorável relativa à personalidade de ambos os agentes, tomando por base o fato de que ‘[...] cumprindo pena, o acusado voltou a se envolver em crime’ (fl. 74). Essa circunstância, embora não possa ser utilizada para caracterizar a personalidade do agente, pode ser utilizada para aferição da conduta social dos acusados, sem que isso caracterize bis in idem¹⁷⁷.

Julgado 2:

Como se vê, sem razão o agravante quanto à alegação de inidoneidade na negatização do vetor personalidade, eis que praticou o delito sete dias após ter sido posto em liberdade, quando cumpria, em regime aberto, pena anteriormente imposta, circunstância que denota maior reprovabilidade de sua conduta (grifos nosso)¹⁷⁸.

177 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.095.41. Habeas corpus. Penal. Roubo duplamente qualificado (CP, art. 157, § 2º, I e II). Fixação da pena. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 20 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 dez. 2012.

178 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no HC 807.153/SP. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ameaça no contexto de Violência Doméstica. [...]. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 12 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 jun. 2023.

4.3.3 MENTIR EM JUÍZO

O réu mentir em juízo, buscando se esquivar da responsabilização penal mediante o falseamento dos fatos, foi reputado como motivo inidôneo para agravar a pena-base do infrator em julgados do TJMG e do STJ. Curioso, no entanto, que, **no mesmo dia** em que prolatou uma decisão nesse sentido, a sexta turma do STJ também produziu um outro acórdão em que validou o aumento da sanção corporal em função das mentiras do réu na audiência.

Julgado 1:

O fato de o acusado mentir em juízo, negando a prática delitiva, não é suficiente para negar sua personalidade, pois ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio. Havendo equívoco na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, é possível a revisão, ainda que de ofício, por esta instância revisora, com a consequente redução da pena¹⁷⁹.

Julgado 2:

Nem mesmo nas circunstâncias da personalidade ou da conduta social seria possível considerar desfavoravelmente a mentira do réu em interrogatório judicial. O paralelo feito por alguns doutrinadores

179 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0702.18.065347-0/001**. Apelação criminal - Receptação simples - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade e autoria delitivas [...]. Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, 30 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 1 dez. 2023. No mesmo sentido: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.106190-4/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Autoria e materialidade comprovadas - Desclassificação para o delito [...]. Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, 13 jul. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 14 jul. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.158072-1/001**. Apelação Criminal - Receptação - Absolvição Por Falta de Provas do Dolo [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 nov. 2023.

com a confissão (se a confissão revela aspecto favorável da personalidade e atenua a pena, a mentira supostamente revelaria o oposto e poderia autorizar o seu aumento), embora interessante, é assimétrico e não permite que dele se extraia tal conclusão [...] ¹⁸⁰.

Julgado 3:

São idôneos os fundamentos para desabonar a personalidade do agente, apresentados no sentido de que ele e os corréus se mostraram como “sendo pessoas articuladas, dissimuladas e de má índole que, inclusive, forjaram versões truncadas e inverossímeis com a nítida intenção de ludibriar o juízo e se esquivarem da responsabilidade, o que denota traços de personalidade, que o distinguem do homem médio”. Tais observações demonstram que houve a análise do retrato psíquico do recorrente, descrevendo-se traços de sua personalidade que são hábeis a sustentar a negatização de tal vetor ¹⁸¹.

4.3.4 MARCO TEMPORAL DA ANÁLISE DA PERSONALIDADE

De um lado, a sexta turma, pelo ministro Rogerio Schietti, assentou que a personalidade não poderia ser avaliada retroativamente por fatos posteriores ao crime. Do outro, tem-se a quinta turma do

180 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). HC n. 834.126/RS. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Dosimetria. Primeira fase. Aumento da pena-base. [...]. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 set. 2023.

181 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp 1.812.515/PE. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Estelionato previdenciário e uso de Documento Falso. [...]. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 set. 2023.

mesmo tribunal fulcrando o desvalor da vetorial por comportamento do réu após já ter sido preso pelo delito que cometeu.

Julgado 1:

O que deve ser avaliado é se, ao praticar o fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, **até aquele momento, ele demonstrava personalidade desvirtuada** ou conduta social inadequada, **o que não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro, às vezes longos anos depois [...]**¹⁸².

Julgado 2:

[instância anterior:] “[...] personalidade do agente – na hipótese nos autos, é possível afirmar que o denunciado possui personalidade distorcida, sem freios morais para o cometimento de crimes e sem compromisso ético em se responsabilizar por seus atos e medir as suas consequências. Ficou comprovado na instrução processual que o denunciado, mesmo já preso na Delegacia de Polícia, ao se visualizar a vítima Luiz Henrique Ribeiro da Silva e a sua esposa, Ana Carla Cardoso Rodrigues, passou a ameaçá-los gravemente, dizendo que “quando saísse iria matá-los”, de forma que essa circunstância deverá pesar em seu desfavor (desfavorável)...”.

[STJ:] No caso, restou declinada motivação concreta para a valoração concreta para o incremento da

182 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). HC n. 834.126/RS. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Dosimetria. Primeira fase. Aumento da pena-base. [...]. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 set. 2023. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no AREsp 2.285.319/RJ. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Tráfico de Drogas. Condenação Confirmada pelo Tribunal Estadual. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 21 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 nov. 2023.

básica pela referida vetorial, considerando que o ora agravante, já preso na Delegacia de Polícia, ao visualizar a vítima e a sua esposa, passou a ameaçá-los gravemente, dizendo que “quando saísse iria matá-los”, o que constituiu fundamento a ser sopesado na dosagem da reprimenda¹⁸³.

Todos esses exemplos, extraídos unicamente dos acórdãos que perfazem o restrito escopo da presente pesquisa são sintomáticos da ausência de precisão que circunda o uso da circunstância judicial da personalidade, capaz de permitir que, no mesmo dia, um órgão julgador de um tribunal superior profira duas decisões divergentes a respeito do mesmo tema.

5 COMO AFERIR A PERSONALIDADE?

Tanto no âmbito do STF quanto no do STJ, nenhum acórdão afirmou a impossibilidade de que o órgão julgador se valesse de dados constantes dos autos para indiretamente dizer acerca da personalidade do réu. Sempre que houve o afastamento da negatização da personalidade, as razões se referiram ao correto manejo dos dados concretos ponderados e não à impossibilidade de que eles por si sós guiassem a decisão. Diversamente, a jurisprudência do TJMG apresentou um posicionamento oscilante nesse ponto, conservando em seu núcleo uma divergência, conforme se demonstrará adiante.

Neste tópico, a questão que se fará ao material pesquisado é a seguinte: a formação de convicção judicial a respeito da personalidade do réu exige a mediação de um profissional habilitado ou o magistrado teria competência para esse mister sem nenhuma assistência especializada?

183 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 791.600/PE. Processo Penal e Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Roubo majorado. Prisão preventiva. Supressão de instância. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 11 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 set. 2023.

5.1 PARÂMETRO CIENTÍFICO DE PERSONALIDADE

A doutrina jurídica não se acanha em fornecer explicações para preencher o conteúdo dessa moduladora da pena-base. Na subseção 4.1 deste trabalho, “Conceituação de personalidade e seus aspectos integrantes”, demonstrou-se que as definições doutrinárias utilizadas nos julgados examinados oferecem uma fórmula em que se entrelaçam termos científicos e conceitos axiológicos abertos, sem nenhuma referência aos métodos científicos pelos quais proceder a essa análise, senão pelo faro pessoal do julgador.

Além disso, em todas as situações em que se proferiu um juízo sobre a personalidade negativa do imputado, partiu-se de uma segura assunção de que a personalidade é um aspecto estável do indivíduo, aferível pelos fatos ilhados que chegam aos autos do processo e calham de ganharem a atenção do magistrado. Contrariamente a essa presunção, explica José Antônio Paganella Boschi que

[...] a personalidade não é algo que “nasce” com o indivíduo e que nele se estabiliza. Ela “nasce” com ele e também se modifica, continuamente – com variações na intensidade – abrangendo, além das manifestações genéticas, também os traços emocionais e comportamentais, herdados ou continuamente adquiridos, naquele sentido de totalidade que permite a alguém se distinguir de todos os outros indivíduos do planeta. Como disse Joe Tennyson Velo, a personalidade é essencialmente dinâmica, e o dinamismo “é motivado em face do relacionamento constante entre o indivíduo e o ambiente social onde convive, havendo senso de direção, finalidade ou realização em seu expressar-se” [...] ¹⁸⁴.

184 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Nesse passo, o alheamento do conceito de personalidade quanto ao mundo jurídico não passou batido em alguns acórdãos. Na exposição dos resultados, optou-se, na medida do possível, por trazer as razões doutrinárias plasmadas no *corpus* documental analisado.

Exemplificando o primeiro comportamento percebido, tem-se o HC 1.255.86¹⁸⁵. Embora não tenha sido categórico em tomar partido na questão ora discutida, o relator Ministro Dias Toffoli fez uma ponderação crítica com amparo na doutrina de José Antônio Paganella Boschi, ressaltando a dificuldade em que o magistrado faça uma avaliação da personalidade do réu e os equívocos recorrentes que advêm de sua imperícia:

[...] Sobre a personalidade, ensina José Antônio Paganella Boschi (Das Penas e seus Critérios de Aplicação. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2000, páginas 211 e 212): ‘Definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina questões de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios da personalidade. Por isso, constata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a informações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que, do ponto de vista técnico, nada dizem. [...] Quer dizer, dessa definição não nos parece exato o juiz criminal pessoa deva partir da ideia de um paradigma de normalidade ou anormalidade do criminoso, tanto assim que, dentre os vários parâmetros da normalidade, os psicanalistas, de um

185 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.255.86. Habeas corpus. Crimes de moeda falsa e falsificação de sinal público (arts. 289, § 1º, c/c os arts. 29 e 71, e art. 296, II, e § 1º, III, todos do CP). [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 30 jun. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2015.

modo geral, vêm demonstrando crescente interesse pelo parâmetro da capacidade de adaptação da pessoa ao seu ambiente social.’ Destarte, inexistindo nos autos qualquer elemento que se preste para aferir com propriedade a questão da personalidade do ora paciente, incabível sua valoração negativa¹⁸⁶.

Em complemento, declinou também o escólio de Gilberto Ferreira:

Gilberto Ferreira descreve as razões que impedem ao juiz, sem apoio em estudo técnico, proferir juízo de valor sobre a personalidade do agente, para fins de aplicação da pena: “A realidade nua e crua desse nosso país terceiro-mundista é a de que o juiz, efetivamente, não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso. Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria as adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo. Como se sabe, o juiz brasileiro vive assoberbado de trabalho. Terceiro, porque, como não vige no processo penal o princípio da identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão de deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade” (Aplicação da Pena, Rio de Janeiro, Forense, 1998. p. 88)¹⁸⁷.

186 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.255.86. Habeas corpus. Crimes de moeda falsa e falsificação de sinal público (arts. 289, § 1º, c/c os arts. 29 e 71, e art. 296, II, e § 1º, III, todos do CP). [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 30 jun. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2015.

187 *Ibidem*.

O TJMG, por sua 4ª Câmara Criminal, destacou que a personalidade é

[...] um conceito externo ao mundo jurídico (psicologia, psiquiatria, desvio ético e social extremo), que se demonstra processualmente por meio de laudo pericial ou prova condizente pertinente a má índole, insensibilidade ético-social [...]¹⁸⁸.

Em seguida, decotou a consideração negativa da personalidade do agente “[...] pela inexistência de prova específica e pertinente que sirva para demonstrar efetivo desvio de personalidade apto a macular a pena base”¹⁸⁹.

Na Apelação Criminal nº 1.0699.18.008568-9/001, o relator desembargador Franklin Higino Caldeira Filho afirmou que a vetorial da personalidade é uma “[...] tormentosa circunstância judicial que exige o domínio de conteúdos da psicologia ou psiquiatria, distantes, em regra, do universo jurídico, o que acaba produzindo análise imprecisa, incompleta, precária ou superficial”¹⁹⁰.

Embora os julgados tenham trazido essas reflexões, pouquíssimos foram aqueles que extraíram a conclusão pela delegação inegociável do exame da personalidade ao profissional da saúde. Em sua maioria, reconhecendo o caráter científico do termo, contentaram-se com o reforço dos significados de senso comum das palavras importadas da outra ciência. Confirmou-se o que já anunciava Boschi em seu estudo

188 No mesmo sentido: “Acerca da personalidade do agente, sabe-se que para a sua análise deve constar nos autos informações sobre suas qualidades morais, sua índole e seu caráter, questões estas mais relacionadas à Psicologia que ao Direito, o que não se verifica in casu. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.22.215577-2/001**. Apelação Criminal - Lesão corporal praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino [...]. Rel. Des. Valéria Rodrigues, 12 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 12 abr. 2023.

189 *Ibidem*.

190 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0699.18.008568-9/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Tentativa - Pena-Base - Desvalor. Rel. Des. Franklin Higino Caldeira Filho, 1 ago. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 11 ago. 2023.

sobre a aplicação da pena, ao dizer que os juízes, em um suposto cumprimento à dicção do art. 59 do CP,

[...] limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo ‘personalidade desajustada’ ‘desajustada’ ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, afirmações que nada dizem tecnicamente, salvo em nível de temperamento ou de caráter¹⁹¹.

Foi precisamente isso que se aferiu no estudo realizado, consoante discutido nos capítulos próprios.

5.2 NECESSIDADE OU DESNECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA

Por tudo que se expôs até aqui, forçoso constatar que o conceito de personalidade tem mais afinidade com o campo científico da psicologia do que com a ciência jurídica. Por essa razão, a forma pela qual aferir a personalidade de um indivíduo no processo penal também suscita debates. Duas principais vertentes podem ser discernidas:

- a. a que entende pela desnecessidade de qualquer prova técnica, bastando que o magistrado chegue a uma conclusão à luz dos elementos revelados no curso da instrução processual; e
- b. a que afirma a necessidade de um laudo pericial - sem o qual a vetorial em questão deveria ser tida como neutra.

O STJ já tem um posicionamento dominante no sentido da desnecessidade de prova pericial, o qual é bem articulado no seguinte julgado:

191 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

Consoante consignado na decisão ora agravada, nas razões do recurso especial alegou a defesa que seria necessária a realização de laudo psicossocial para analisar a circunstância judicial da personalidade e, assim, majorar a pena-base nesse ponto. No entanto, neste Superior Tribunal de Justiça predomina entendimento diverso, no sentido de que a análise da referida circunstância não exige laudo técnico mas sim o exame pelo julgador de dados concretos dos autos que indiquem **a maior periculosidade do agente** (grifos nossos)¹⁹².

Essa compreensão é replicada em todos os julgados da Corte Superior em que a questão em comento é suscitada. O STF perfilha a linha do STJ, como elucidou a ministra Rosa Weber ao sintetizar o entendimento da Corte Suprema no RHC 1.344.91 AgR:

Finalmente, destaco que a própria legislação penal concedeu ao julgador a possibilidade de, quando da análise dos fatos e das provas trazidas aos autos, avaliar a personalidade do agente, sem condicionar tal avaliação a qualquer meio de prova legalmente tipificado. Nestas condições, não prospera o argumento do agravante, no sentido de ser perigoso ao julgador, em razão do pouco contato com o réu, avaliar a personalidade do agente, pretendendo o condicionamento de tal avaliação a algum tipo de manifestação prévia de profissional das áreas médicas¹⁹³.

192 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no REsp n. 1.695.880/RN. Agravo Regimental. Recurso Especial. Dosimetria. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e quadrilha. [...]. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6 fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 fev. 2018.

193 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). RHC 1.34491 AgR. Direito Penal. Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Penal e processo penal. Dosimetria. Matéria de estrito conhecimento. [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 19 nov. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 nov. 2018. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.686.74 AgR. Agravo Regimental

A uniformidade até aqui percebida é rompida na jurisprudência do TJMG. Alguns acórdãos alinham-se ao entendimento do STJ, asseverando a prescindibilidade de um laudo técnico produzido por profissional da saúde. Outros, expressamente consignam a necessidade do laudo técnico, afastando a negatização da personalidade operada sem o respaldo de prova pericial. O dissenso no âmbito da jurisprudência do TJMG pode ser visualizado pela apreciação dos seguintes julgados.

De um lado, afirma-se que:

[...] para se macular tal circunstância, é necessário que exista nos autos laudo psicossocial firmado por pessoa tecnicamente habilitada para tanto, indicando que ele possui personalidade nociva¹⁹⁴;
[...] como não foi juntada nenhuma perícia própria para a averiguação da personalidade do agente, inviável seu desabono para fins de elevação da pena-base¹⁹⁵.

De outro, com respaldo na orientação dominante do STJ, prevalece o entendimento de que

Embora a doutrina e parte da jurisprudência apontem para a imprescindibilidade de laudos técnicos produzidos por especialistas da área da saúde para valorá-la, certo é que o Julgador não

em Habeas Corpus. Crimes de Peculato. Dosimetria. Pena-Base. [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 2 dez. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 dez. 2020.

194 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.267760-9/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Autoria e Materialidade Delitivas Incontroversas [...]. Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, em 20 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024.

195 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.168441-6/001**. Apelação Criminal - Perseguição no âmbito doméstico - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade e autoria [...]. Rel. Des. Walner Barbosa Milward de Azevedo, 22 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 22 nov. 2023.

está adstrito à prova pericial, podendo formar sua convicção também com outros elementos constantes dos autos, desde que o faça motivadamente (grifos nosso)¹⁹⁶.

Apurou-se 11 acórdãos que professaram a imprescindibilidade de um estudo psicossocial lavrado por profissional¹⁹⁷. Os demais 139,

196 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.202052-9/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Pena-Base - Circunstâncias do art. 59 do Código Penal [...]. Rel. Des. Rinaldo Kennedy Silva, 28 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 nov. 2023.

197 São eles: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000044-8/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Absolvção por Insuficiência Probatória. Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, 29 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 3 jul. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.267760-9/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Autoria e Materialidade Delitivas Incontroversas [...]. Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, em 20 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.265726-2/001**. Apelações Criminais - Furto qualificado - Recurso ministerial - Reconhecimento do repouso noturno [...]. Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, em 30 jan. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 31 jan. 2024; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Criminal). **Emb Infring e de Nulidade 1.0000.22.196220-2/003**. Embargos Infringentes. Estelionato e Falsidade Ideológica. Dosimetria da Pena. [...]. Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, em 12 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 abr. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.168441-6/001**. Apelação Criminal - Perseguição no âmbito doméstico - Absolvção - Impossibilidade - Materialidade e autoria [...]. Rel. Des. Walner Barbosa Milward de Azevedo, 22 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 22 nov. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.097071-7/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Dosimetria - Redimensionamento da Pena-Base [...] Rel. Des. Corrêa Camargo, 13 dez. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 14 dez. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.169174-2/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Resistência. Absolvção [...]. Rel. Des. Ámalin Aziz Sant'Ana, 9 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 10 nov. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (2ª Câmara Criminal). Apelação Criminal 1.0000.23.210781-3/001. Apelação Criminal - Art. 33, Caput, da Lei 11.343/06 - Recurso defensivo [...]. Rel. Des. Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues, 1 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 2 fev. 2024; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0702.21.015992-8/001**. Apelação Criminal - Furto qualificado - Redução das penas-base - Possibilidade [...]. Rel. Des. Corrêa Camargo, 6 dez. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 11 dez. 2023. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.092854-1/001**. Apelação Criminal - Preliminar defensiva suscitada em sede de contrarrazões [...]. Rel. Des. Bruno Terra Dias, 4 jul. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 5 jul. 2023; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.22.287946-2/001**. Apelação Criminal - Furto qualificado pelo abuso de confiança (CP, Art. 155, §

até aqueles que não se pronunciaram diretamente sobre esse debate, não se opuseram à análise feita pelo juiz. Também é relevante anotar que em nenhum processo estudado houve a realização de estudo psicossocial por profissional técnico para subsidiar a conclusão do magistrado.

É de grande importância a presente discussão. Ressaltando como “[...] o senso comum ‘usa e abusa’ da palavra personalidade, que exerce grande fascínio sobre os leigos”¹⁹⁸, Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira destacam que a ciência da psicologia sequer se fia em apreciações da personalidade como “boa” ou “má”. Além disso, sugerem uma reflexão interessante no tópico: seria o julgamento da personalidade pelo juiz uma violação ao preceito constitucional insculpido no art. 5º, inciso XIII, CRFB/1988, que prevê que “[é] livre o exercício de qualquer trabalho, exercício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece”?

Seja como for, se o juiz quiser fazer as vezes do psicólogo, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho propugnam então que incumbiria a ele, a fim de fundamentar idoneamente seu parecer sobre a personalidade do réu

[...] indicar qual o conceito de personalidade em que se baseou para a tarefa, qual a metodologia utilizada, quais foram seus critérios e os passos seguidos e, em consequência, em qual momento processual foi-lhe possibilitada a averiguação¹⁹⁹.

Conforme prosseguem os autores, esse dever se imporia pois não pode o magistrado “[...]suscitar um elemento categórico,

4º, II), Lesão for praticada contra a mulher [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 5 jul. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 5 jul. 2023.

198 SANTOS, Pedro Sérgio dos; VIEIRA, Mara Lúcia Almeida. Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 113.

199 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55.

encobrendo por termos vagos e imprecisos. O requisito constitucional de fundamentação das decisões impõe a explicitação dos critérios, métodos e conceitos utilizado”²⁰⁰.

O conjunto de acórdãos levantados indica que tal procedimento seria uma utopia. O que se constatou foi a repetição dos comportamentos desde há muito objetados pela doutrina: uso retórico de termos técnicos e juízos de valor realizados ao sabor da intuição do magistrado, abrangendo uma gama inapreensível de elementos. Vai-se desde o tom agressivo em uma mensagem interceptada²⁰¹ à fala favorável à educação violenta dos filhos²⁰². E jamais houve qualquer aprofundamento metodológico além de uma frase arrematadora que apontava os indícios eleitos e qualificava a personalidade.

Diante da realidade constatada na prática judicante, afigura-se até mesmo excesso de escrupulo o que se extrai da bibliografia especializada sobre a certeza quanto ao significado do termo “personalidade”. Como proposição de um conceito suficientemente amplo e abrangente, Lawrence Pervin e Oliver John, em sua obra *Personalidade: teoria e pesquisa*, sugerem a seguinte concepção: “[...] a personalidade representa aquelas características da pessoa que explicam padrões consistentes de sentimentos, pensamentos e comportamentos”²⁰³.

No campo da psicologia, existem diferentes teorias e marcos teóricos que a explicam e definem. Cada abordagem parte de pressupostos próprios e privilegia aspectos distintos. Em um breve apanhado das teorias vigentes, Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia

200 *Ibidem.*, p. 56.

201 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 2.046.51. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Penal. Paciente condenado pelo crime de organização criminosa armada e transnacional. [...]. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22 ago. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 ago. 2021.

202 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.152231-9/001**. Apelação Criminal - Descumprimento de Medidas Protetivas (Lei n. 11.340/06, art.24-A) [...]. [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 8 nov. 2023.

203 PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. **Personalidade: teoria e pesquisa**. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 23.

Almeida Vieira elencam o quadro das múltiplas possibilidades de abordagem do tema no estudo científico: a teoria psicanalítica; a teoria rogeriana, de C. Rogers; a teoria behaviorista; a Gestalt-terapia²⁰⁴. Em suma, as “[...] inúmeras concepções de personalidade, os diferentes modos de compreender sua estrutura e funcionamento refletem a diversidade de concepções filosóficas sobre o que é o homem, o que é ciência”²⁰⁵.

Além da tarefa de se ancorar em uma teoria, ao pesquisador da personalidade cabe estabelecer a abordagem de pesquisa de que se valerá. Nessa tarefa, três linhas se sedimentaram historicamente:

- a. pesquisa clínica;
- b. pesquisa correlacional; e
- c. pesquisa experimental²⁰⁶.

Diante disso, o exame da literatura especializada permite explicitar que a ideia de personalidade não é pacífica sequer na área de estudo que lhe é peculiar e as discussões científicas vão desde a sua definição até a forma mais apropriada de investigá-la.

Os escritores aduzem que, em certa medida, somos todos teóricos e psicólogos da personalidade, haja vista que

[...] todos nós desenvolvemos maneiras de organizar informações sobre as pessoas, de fazer previsões sobre a maneira como os indivíduos irão se comportar, de fazer observações e de revisar nossas posições de acordo com elas²⁰⁷.

204 SANTOS, Pedro Sérgio dos; VIEIRA, Mara Lúcia Almeida. Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 115.

205 *Ibidem*.

206 PERVIN, *op. cit.*, p. 64.

207 PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. **Personalidade**: teoria e pesquisa. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 37.

Todavia, essa análise perfunctória do cotidiano parte de teorias implícitas e pouco sistematizadas, no que se difere das concepções científicas²⁰⁸. No campo científico, os autores anotam que o estudo da personalidade divide os cientistas em linhas diversas e rivais de pensamento²⁰⁹. Sem apontarem prejuízo nesse embate, ressaltam apenas que “[a] tarefa dos psicólogos da personalidade é tornar suas teorias explícitas e abertas à investigação científica”²¹⁰.

Esse rigor que se exige na prática científica, a fim de permitir a verificação das premissas e a consulta da credibilidade dos pontos de partida guarda relação com o expediente do Direito. O Direito exige a fundamentação das decisões judiciais, como requisito de sua validade, e o devido processo legal se pauta pelo contraditório e a ampla defesa. Daí que se afigure inviável uma discussão processual racional estruturada em conceitos tão amplos e vagos como a personalidade.

Como ensina o professor Rosemiro Pereira Leal, o dever de fundamentação das decisões e da persuasão racional implicam que “[...] o convencimento do julgador tenha fundamentos na lei e que seja possível, como pressuposto legal de ampla defesa, a revisibilidade, por nível de jurisdição superior, das decisões expendidas em juízo monocrático”²¹¹.

Se o critério desabonador da personalidade nas decisões que agravaram a pena-base não pode ser inferido por um caminho racional e metodológico, o mesmo se depreende das decisões de reforma. Essas orbitam em torno da asserção simples se isso ou aquilo poderia ou não servir para desvalorar a personalidade de alguém, em análises casuísticas. Nesse âmbito, trata-se simplesmente de afirmar se existem ou não os elementos necessários para respaldar a negatificação, sem a sugestão de uma linha de raciocínio sistemática. Ilustrativamente:

208 *Ibidem*.

209 *Ibidem.*, p. 39.

210 *Ibidem*.

211 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 151.

No que pertine às personalidades dos réus, **também não há como serem avaliadas através da suma documental emergente dos autos, que não reúne elementos para a averiguação do conjunto somatopsíquico dos inculpados.** (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 1.0000.23.180478-2/001, Rel. Des. Fortuna Grion, j. em 14/11/2023, Dje 17/11/2023, grifos acrescidos).
É cediço que para sua análise deve constar nos autos informações sobre suas qualidades morais, sua índole e seu caráter, questões estas mais relacionadas à Psicologia que ao Direito, **o que não se verifica in casu** (grifos nossos)²¹².

Vê-se, assim, que inexistente, no trato da matéria, uma lógica possível de ser extraída das decisões que confirmaram e das decisões que afastaram a negatificação da personalidade, eis que ausente qualquer método ou trilho rigoroso de pensamento. Essa situação de incerteza e insegurança não se coaduna com os princípios processuais modernos. Consoante preceitua Rosemiro Pereira Leal,

[n]o mundo de hoje, em que as conquistas teóricas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos se firmaram, as decisões *secundum conscientiam* não têm substrato legal, porque adotam juízos de convicção íntima, sem que esta convicção esteja balizada em critérios legais. Atualmente, os princípios jurídicos se mostram fecundos em todas as legislações dos povos estudiosos, não sendo mais acolhível apoiar-se em juízos de sensibilidade, clarividência e

212 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.078456-3/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Desclassificação do Crime de Tráfico para o De Uso [...]. Rel. Des. Marco Antônio de Melo, 17 out. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 18 out. 2023.

magnanimidade como fundamento dos provimentos jurisdicionais²¹³.

6 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A IMPRECIÇÃO NATA À VETORIAL DA PERSONALIDADE

O dever de fundamentação dos atos judiciais decorre do art. 93, IX, da CRFB/1988, o qual dispõe que “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”²¹⁴. No plano infraconstitucional, o art. 381, III, do Código de Processo Penal (CPP), prevê que a sentença conterà “[...] a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”²¹⁵. Na dosagem da pena corporal aplicada ao jurisdicionado, influi em igual peso o princípio constitucional de individualização da pena²¹⁶. Esses imperativos constitucionais implicam o dever atribuído ao julgador de “[...] apresentar as razões (‘como’ e ‘porque’) que o levaram a fixar determinada quantidade (‘quanto’) de pena”²¹⁷.

Em defesa do necessário equilíbrio entre esses dois polos, José Antônio Paganella Boschi afirma que não poderia o juiz “[...] ser uma ‘boca da lei’, pois, para fazer Justiça, precisará mergulhar fundo no

213 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 151.

214 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. [2024].

215 BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

216 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;

217 CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. *In*: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). **Sentença criminal e aplicação da pena**: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade, p. 607-625. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 609.

processo e descobrir o que se esconde por detrás de cada página”²¹⁸. Contudo, estará adstrito ao dever de fundamentação.

Adriano Teixeira obtempera que ainda hoje o direito penal brasileiro padece de “[...] uma discussão sistemática acerca do conteúdo da aplicação da pena. Ou seja, faz-se notar a carência de teorias que busquem determinar quais são os critérios legítimos que devem conduzir o juiz na fixação da sanção”²¹⁹. Com efeito, essa deficiência se fez sentir desde a dificuldade procedimental de separar os processos em categorias de análise a partir de suas fundamentações. A conjugação dessa carência dogmática com a grande abertura concedida pelo legislador na consideração das circunstâncias judiciais propiciou um ambiente de incerteza e subjetividade no raciocínio decisório – o que se ilustrou na subseção 4.3 dedicada às inconsistências detectadas.

Como se viu, as incongruências expostas, embora já suficientes para uma crítica do uso solto e pouco sistematizado da vetorial estudada, formam o aspecto mais superficial da crítica possível. O exame sistêmico dos acórdãos compreendidos no escopo investigativo deste trabalho revelou um tipo mais sutil e pernicioso de inconsistência, que aponta um defeito congênito da moduladora da personalidade. Notou-se como seu potencial de se plasmar a qualquer elemento surgido nos autos, sem limites objetivos (fáticos, temporais) enseja a frustração das restrições que lentamente a jurisprudência vai trançando para sua contenção.

A partir de exemplos colhidos do acervo jurisprudencial estudado, verificar-se-á como o entendimento Sumular nº 444 do STJ, o tema repetitivo nº 1.077 e o tema de repercussão geral nº 129 podem

218 BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização e aplicação das penas. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 13, p. 335-364, p. 350.

219 TEIXEIRA, Adriano. **Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena**. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 1, p. 23-42, p. 31.

ser relegados a um papel simbólico de aplicabilidade mitigada pela abertura semântica do termo “personalidade” na prática jurídica.

Primeiramente, uma observação. Como se constatou no capítulo atinente ao “porquê” da avaliação da personalidade, repousam em sua base ideais defensistas preocupados com a verificação da periculosidade do agente infrator. Periculosidade revelou-se uma medida da probabilidade de que a pessoa volte a delinquir, conforme citado na Exposição de Motivos do CP de 1940²²⁰ e reforçado pela jurisprudência atual: “[a] personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais”²²¹.

É curioso contrastar isso com o advento da Súmula nº 444²²² do STJ e da tese repetitiva nº 1.077²²³, que, lidas conjuntamente, vedam que se utilize qualquer registro criminal em desfavor do réu a título de má personalidade. No mesmo sentido preceitua o STF, no tema de repercussão geral nº 129, julgado em 17/12/2014, por meio do qual fixou a tese de que “[a] existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como Maus antecedentes para fins de dosimetria da pena”²²⁴. E, em seu entendimento atual, sequer as ações transitadas em julgado poderiam desabonar a personalidade do agente, pois “[...] esse específico aspecto

220 A Comissão definiu periculosidade como “[...] probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar ato previsto como crime”. BRASIL. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1940.

221 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 747.770/SP. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Roubos Majorados. Dosimetria. Pena base [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 6 mar. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 mar. 2023.

222 É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 444. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2010.

223 Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.

224 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). RE nº 591.054-RG/SC. Pena - Fixação - Antecedentes Criminais - Inquéritos e processos em curso [...]. Rel. Min. Marco Aurélio, 17 dez. 2014.

(prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes²²⁵.”

Tais entendimentos vinculantes não existiriam não fosse a relevância da matéria e a necessidade de pacificar a jurisprudência quanto ao tema. Eles demonstram a tentativa de criar contornos mais restritos à forma de ponderação das circunstâncias judiciais, aqui, especialmente, a da personalidade. Todavia, uma pergunta há de ser feita: se uma das justificativas para o sopesamento da personalidade do indivíduo é a ideia de proteção da sociedade contra aqueles que se mostrem perigosos, aferindo sua probabilidade de voltar a cometer outros crimes, como impor que o juiz desconsidere justamente as passagens criminais passadas? Em outras palavras: como conciliar logicamente que se peça ao juiz para fazer um prognóstico da ocorrência de um evento, pedindo-lhe que se faça cego às ocorrências anteriores desse evento, sem poder delas intuir um padrão?

O fato de aproximadamente 51,6% dos julgados reformados dizerem respeito à negatificação da personalidade em razão de anotações criminais (inquéritos e ações penais em curso ou transitadas em julgado) indica a dificuldade de que as informações tão expressivas dos registros criminais do imputado sejam disciplinadamente ignoradas pelos juízes, que, afora isso, pouco têm para aferir a personalidade dos réus, segundo a noção de senso comum imperante. Daí que um procedimento argumentativo espúrio surja para conciliar esses estímulos conflitantes.

Dessa forma, quanto à pergunta proposta, entende-se que não há solução lógica para esse impasse e, entre o ímpeto garantista das construções jurisprudenciais e a índole defensiva ínsita à vetorial da personalidade, tem prevalecido esta última. É o que o acervo amostral indicou, conforme se passará a articular.

225 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.727.85 AgR. Recurso Ordinário em “Habeas Corpus” -Pena-Base Estabelecida acima do Mínimo Legal [...]. Rel. Min. Celso de Mello, 3 out. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 out. 2020.

Tensionando a inconsistência lógica entre um prognóstico de cometimento de novo crime e a impossibilidade de que se faça esse juízo com vistas no passado criminal do réu, merecem destaque alguns excertos extraídos do acervo analisado. Na Apelação Criminal 1.0000.23.130243-1/001, o réu foi condenado pela prática dos delitos previstos no art. 121, §2º, incisos II, III, IV e VI, e §2º-A, I; e art. 158, *caput*, ambos do CP, c/c a infração prevista no art. 1º, I, 'b', da Lei 9.455/97, na forma do art. 69 – todos contra uma única vítima, de acordo a denúncia. Tendo a magistrada de primeiro grau qualificado sua personalidade como neutra, o Ministério Público (MP), em seu recurso, pediu a negatização da vetorial ao seguinte argumento:

Com relação à personalidade e a conduta social do acusado, tenho que não é possível considera-las desfavoráveis, já que inexistem nos autos elementos para aferi-las, não podendo tal análise ser realizada com base na CAC e FAC, sob pena de se incorrer em bis in idem.

Aduz o Ministério Público, apesar disso, que **“Não estamos aqui justificando a conduta social do réu com base em seus antecedentes criminais. Estamos apenas comprovando que a conduta social de Tiago Vinícius é inadequada, eis que faz da extorsão e da violência contra a mulher o seu modo de vida”**. Acrescenta, quanto à personalidade do acusado, que **“A conduta do agente de extorquir dinheiro das mulheres com as quais se relacionava, de forma cotidiana, mostra vários traços negativos de sua personalidade, tais como a maldade, ao se aproveitar da credulidade e fragilidade das mulheres que fazia de vítimas, a covardia e frieza com que cometeu o homicídio de Clenilda”**.

Contudo, fato é que o parquet está, ao fim e ao cabo, utilizando-se de inquéritos policiais almejando a avaliação negativa da personalidade e conduta social do acusado. Destaco, neste particular, que o acusado foi considerado primário por inexistir

condenação transitada em julgado em seu desfavor, devendo imperar, neste particular, a presunção da inocência (grifos nossos)²²⁶.

O órgão ministerial, como se vê, amparou-se em dados de outros inquéritos em desfavor do réu, aparentemente pela prática dos mesmos crimes, mas empreendeu um esforço de dizer que não era pelos inquéritos que pretendia o incremento da pena, mas pelo que aqueles fatos diziam sobre a personalidade do acusado. Esse raciocínio dá a essência da imprecisão inata a que se refere este capítulo, pois pode-se chegar a conclusões desabonadoras da personalidade do réu com base em virtualmente qualquer coisa – inclusive elementos vedados pela jurisprudência -, desde que haja uma sutilíssima precaução argumentativa: usar esses registros criminais para fazer ilações sobre a interioridade do réu e sepultar o fundamento originário no âmbito inacessível da convicção íntima do julgador. No exemplo dado, essa pretensão foi afastada pelo tribunal mineiro, que reconheceu que o órgão de acusação estava “[...] **ao fim e ao cabo, utilizando-se de inquéritos policiais almejando a avaliação negativa da personalidade** [...]”²²⁷. Em outros casos, contudo, é precisamente isso que os tribunais praticaram.

Veja-se que quando o magistrado fundamenta o desvalor da personalidade explicitamente na existência de inquéritos policiais e condenações sem trânsito em julgado contra o réu, a tendência é que esse excerto da decisão seja reformado nos tribunais. Exemplificativamente, tome-se o AgRg no HC n. 766.531/RJ, no qual o juízo de origem sustentou que a personalidade do acusado era “[...]”

226 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.130243-1/001**. Apelações Criminais - Tribunal do júri - Femicídio, tortura e extorsão [...]. Rel. Des. Eduardo Machado, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024.

227 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.130243-1/001**. Apelações Criminais - Tribunal do júri - Femicídio, tortura e extorsão [...]. Rel. Des. Eduardo Machado, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024.

voltada ao delito; o que se observa de sua FAC, o que indica que o delito em exame não é fato isolado ou acidental em sua vida”²²⁸. No STJ, afirmou-se que “[...] o entendimento adotado viola o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte Superior [...]”²²⁹, prevalecendo seu entendimento dominante e a restrição jurisprudencial.

Outra é a figura quando o magistrado agrava a pena-base respaldado em inquéritos e relatos, porém aplicando o expediente da adjetivação. Nesse sentido, veja-se o AgRg no AREsp n. 2.331.085/GO. O recorrente foi condenado pela prática do crime de ameaça, no contexto de violência doméstica, art. 147, *caput*, do CP, sob as diretrizes da Lei n. 11.340/2006, e pedia o decote das vetoriais da personalidade e dos motivos. Dispusesse o juízo sentenciante tão somente que a personalidade do réu era desfavorável pela “[...] existência de diversos processos em andamento e contra a mesma vítima, todos envolvendo violência doméstica [...]”²³⁰, tratar-se-ia de flagrante hipótese de incidência da Súmula 444²³¹ do STJ e da tese repetitiva nº 1077²³².

Fosse esse o caso, o tribunal reformaria a dosimetria pela ilegalidade explícita e o réu teria sua pena redimensionada, tendo a mesma sorte do processo anteriormente referido. No entanto, o que muda o cenário e acarreta uma decisão em sentido contrário parecer ser o singelo acréscimo da consideração de que “[...] as ameaças eram frequentes e continuam até hoje, **com vontade extrema de exercer**

228 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 766.531/RJ. Associação para o tráfico. Pena-Base. Maus antecedentes e personalidade. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 27 abr. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 maio. 2023.. 229 *Ibidem*.

230 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg AREsp n. 2.331.085/GO. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ameaça no contexto de Violência Doméstica. [...]. Rel. Des. Jesuíno Rissato, 5 dez. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 dez. 2023.

231 É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 444. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2010.

232 Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.

controle sobre a vida da vítima [...]²³³. Como se vê, não se pode impor uma pena maior, a título de má personalidade, pela prática de condutas com apuração penal em aberto, mas a jurisprudência demonstra que não há óbice a que se faça isso por um traço do réu como seu instinto de possessividade em relação à vítima²³⁴. No entanto, que este suposto comportamento possessivo seja extraído exatamente dos dados obtidos dos inquéritos em aberto é o flanco que a ausência de um rigor metodológico no exame da personalidade propicia.

Uma incursão neste último caso mostra que, além de os antecedentes terem sido considerados neutros, a Defensoria Pública do Estado de Goiás arguiu que “[...] apesar da vítima afirmar que sofre ameaças até os dias atuais, não há nos autos provas de tais fatos e nem foi elaborado laudo técnico especializado para se atestar a personalidade desvirtuada do agente”²³⁵. Ao que o Tribunal Justiça de Goiás retorquiu que:

[n]o caso, nota-se que o Dirigente processual da instância singela laborou com acerto ao reconhecer tal circunstância como desfavorável, visto que o réu, além de ameaçar Cristiane Alves da Cunha (vítima) na data dos fatos, continua a ameaçando até os dias atuais, **reagindo de modo agressivo em relação a qualquer dissabor cotidiano, o que demonstra que o seu caráter é voltado para a prática de infrações penais e o seu temperamento é agressivo para lidar com todo contratempo diário** (grifos nossos)²³⁶.

233 BRASIL, *op. cit.*

234 “E, por fim, a personalidade foi adequadamente negativada, tendo em vista o caráter possessivo e controlador demonstrados pelo paciente, que impedia a sua esposa e filho de saírem de casa e de conviver com outras pessoas.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC 785236 / SC. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Decisão agravada que não conheceu do Writ. Estupro de vulnerável com resultado morte. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 21 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 nov. 2023.

235 GOIÂNIA. Tribunal de Justiça. (2ª Câmara Criminal) **Apelação Criminal 0045045-97.2019.8.09.0175**. Rel. Des. João Waldeck Felix de Sousa. Goiânia: TJGO, 7 fev. 2023.

236 *Ibidem*.

Não se fez caso da ausência de apuração criminal dos novos crimes de ameaças relatados. E, não obstante o réu tivesse seus antecedentes neutros, por haver apenas ações em curso contra ele e relatos da vítima de novas ameaças (estas não apuradas), concluiu-se que ele continuava ameaçando a vítima “[...] até os dias atuais, **reagindo de modo agressivo em relação a qualquer dissabor cotidiano**”²³⁷. Vê-se, diante disso, que fatos ainda investigados e outros nem apurados pesaram contra o acusado ao servirem para lhe qualificar supostos traços de personalidade.

O que difere os dois casos referidos, como se vê, é que, no primeiro, o magistrado registrou os inquéritos e usou a fórmula genérica da personalidade voltada para o crime; no segundo, o magistrado transformou os dados dos inquéritos em adjetivos da personalidade, operando a transformação que só uma circunstância judicial de caráter tão amplo poderia permitir. Feito isso, o princípio da não culpabilidade e os fundamentos constitucionais que embasam todos entendimentos vinculantes aqui tratados são mitigados. Nota-se, com efeito, como “[...] a avaliação da personalidade do criminoso parece ser mais volátil que a fixação dos seus antecedentes, que podem ser objetivamente verificáveis, através de um simples histórico de sua vida pregressa”²³⁸.

A ofensa ao princípio do devido processo legal em tal expediente pode ser mais bem visualizada trazendo-se à baila um julgado do TJMG em situação semelhante, em que prevaleceu uma postura minoritária no universo de acórdãos examinados, no sentido de que relatos de novas ameaças deveriam ser apuradas em autos próprios e não tinham o condão de influir na dosagem da pena. No caso em questão, o apelante foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 147 e 129, §13, do CP e no art.24-A da Lei n. 11.340/2006. Na

237 *Ibidem*.

238 CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Discricionariedade e método na aplicação da lei penal. In: BEDE JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017. cap.18, p. 473-489.

definição da pena pelo crime de ameaça, o juízo de origem registrou que a personalidade do acusado se mostrava “[...] agressiva ao passo que o acusado perseguia a vítima constantemente, sempre com ameaças, valendo-se de um simulacro de uma faca, bem como de um pé de cabra”²³⁹. E agravou também as circunstâncias, “[...] diante do reiterado ciclo de violência doméstica em que o acusado perpetuava, servindo de alerta à sociedade e ao Estado sobre a gravidade do delito descrito no artigo 147 do Código Penal”²⁴⁰.

Considerando que na denúncia havia sido descrito um único incidente em que o réu agrediu e proferiu várias ameaças à vítima, a desembargadora Valeria Rodrigues inaugurou divergência, na qual foi seguida, para afastar o desvalor da personalidade, por falta de laudo psicossocial, e para afastar a moduladora das circunstâncias, entendendo que ela fora

[...] valorada erroneamente, em todas as dosimetrias, visto que a reiteração de condutas que colocam a vítima em situação de violência doméstica devem ser apuradas em autos próprios, devendo, neste caso, ser analisada somente a conduta narrada na exordial acusatória, submetida à ampla defesa e ao contraditório. Ademais, eventual reiteração de condutas, além de ensejar apuração em autos diversos, deverá ser considerada, se for o caso, para fins de incidência dos arts. 69 a 71, todos, do Código Penal (grifos nossos)²⁴¹.

239 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.223599-4/001**. Apelação Criminal - Crimes praticados no âmbito doméstico e familiar - Preliminar de nulidade [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024.

240 *Ibidem*.

241 *Ibidem*.

Vê-se, nesse exemplo, a distinção entre os elementos objetos da ação penal e aqueles incidentais que não se submeteram ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

O mesmo não se aplicou no aludido AgRg no AREsp n. 2.331.085/GO, em cujo bojo se pôde notar que o que legitimou o desvalor da pena-base, sem que se esbarrasse no entendimento vinculante do STJ, foi o seguinte procedimento: o juiz tomou ciência das (A) ações penais pelas quais o réu respondia e produziu um (B) juízo valorativo sobre a personalidade dele. Fundamentar a exasperação da pena-base por “A” significa incorrer em ilegalidade e em óbices de entendimentos vinculantes dos tribunais superiores. Fazê-lo com base em “B” não aparenta encontrar obstáculo algum. Entretanto, a relação de causa e efeito entre a “A” e “B” proporciona decisões proferidas em desacordo com os valores e princípios exaustivamente proclamados pela dogmática penal. Pois, alcançando-se “B” (ou seja, um juízo valorativo), qualquer que seja o fato indiciário utilizado, a fundamentação adentra o âmbito do inescrutável processo seletivo do magistrado: aquela vala onde subsídios que informam a conclusão judicial ficam “[...] sepultados no processo mental do juiz”^{242 243}. Zona incerta em que as racionalizações garantistas se dissolvem e desnaturam.

Delineado o fenômeno, seguem outras exemplificações.

Na Apelação Criminal 1.0024.20.029259-7/001²⁴⁴, o apelante foi condenado pelo crime do 121, § 2º, incisos I e IV, na forma do art. 29, todos do CP. O TJMG afastou a negatificação dos maus antecedentes, porquanto a única condenação transitada em julgado deveria ser usada

242 Foi essa a expressão utilizada pela Exposição de Motivos da reforma da parte geral do Código Penal de 1984 quanto ao que pretendia evitar com a introdução do sistema trifásico: “o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz.” BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

243 *Ibidem*.

244 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0024.20.029259-7/001**. Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Preliminar. Intempestividade do apelo ministerial. [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 30 mar. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 4 abr. 2023.

para configurar a reincidência. Quanto à personalidade, acolheu pleito do MP para agravar a vetorial, baseando-se nos inúmeros inquéritos policiais em desfavor do apelante e em relatos de policiais sobre outros possíveis crimes cometidos por ele. Liste-se textualmente:

In casu, conforme relatório circunstanciado de investigações de fls. 188/190, Anedino e Wesley são suspeitos de praticarem tentativa de homicídio contra indivíduo que se envolveu amorosamente com a ex-amásia de Anedino, que foi jurada de morte junto com familiares (REDS 2020-8677756).

Ademais, juntamente com outros comparsas, Anedino e Wesley sequestraram, torturaram, assassinaram e colocaram fogo no corpo de Leandro Souza de Jesus, vulgo “Pet” (REDS 2020-9256646). Também torturaram, com requintes de crueldade, dois indivíduos do bairro Paulo VI, que estariam vendendo drogas na região (REDS 2020-9538041). E sequestraram, mantiveram em cativeiro e torturaram fisicamente e psicologicamente um motorista de aplicativo, com o objetivo de rouba-lo (REDS 2020-12440721).

Ratificando os registros acima citados, a investigadora Paloma ressaltou em Plenário que, para fomentar o tráfico de drogas na região e adquirir armas de fogo, os acusados Wesley e Anedino praticavam diversos roubos, crimes de tortura, sequestros, posse e porte ilegal de arma, tratando-se de indivíduos que agem com requintes de crueldade na execução dos delitos (mídia de fl. 926).

A testemunha Christopher também afirmou em Plenário que os réus são pessoas extremamente frias (mídia de fl. 926).

A alta periculosidade do acusado, com personalidade desvirtuada e voltada para a prática de diversos delitos, fez com que o Juízo a quo decretasse sua prisão temporária, que foi prorrogada e posteriormente convertida em preventiva, dada a necessidade de tirá-lo das ruas para garantia da ordem pública e

conveniência da instrução criminal (fls. 218/220, 263/263v e 355/356)²⁴⁵.

Esse expediente contraria a Súmula 444 do STJ. Contudo, o tribunal fez a suma de todos esses fatos que não podem ser alocados na personalidade e operou o toque alquímico que “sana” a irregularidade: produziu um juízo de valor sobre a intimidade do apelante com base nesses fatos, salvaguardando seu argumento no campo do inverificável e intocável:

A meu ver, **não há como considerar “normal”** a personalidade de um indivíduo que está em constante envolvimento em crimes violentos contra as pessoas, praticados **com extrema frieza e perversidade, revelando seus aspectos psíquicos e a expressão psicológica do temperamento**, o que não pode ser ignorado como circunstância judicial negativa (grifos nossos)²⁴⁶.

Adiante, consciente da vedação a que inquéritos, por si só, sejam o supedâneo do incremento da pena, o relator acrescentou a ressalva que define o fenômeno que ora se aponta, consignando que:

Não se está aqui a apontar somente a reiteração delitiva do acusado, mas sim o seu modo de agir, que demonstra uma personalidade extremamente distorcida, agressiva e insensível, elementos

245 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0024.20.029259-7/001**. Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Preliminar. Intempestividade do apelo ministerial. [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 30 mar. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 4 abr. 2023.

246 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0024.20.029259-7/001**. Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Preliminar. Intempestividade do apelo ministerial. [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 30 mar. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 4 abr. 2023.

concretos aptos a desqualificar a vetorial em análise” (grifos nossos)²⁴⁷.

Todavia, a própria estrutura da argumentação indica que o “modo de agir” do acusado não foi qualificado por outros elementos senão suas anotações criminais.

Pronto. Partindo da premissa dos fatos em apuração em outros inquéritos (que não podem macular a personalidade) e adentrando no campo subjetivo do “modo de agir” do réu”, adjetivando sua forma de ser como “[...] **extremamente distorcida, agressiva e insensível** [...]”²⁴⁸, vai-se de uma fundamentação vedada para uma largamente aceita – sem absolutamente nenhuma alteração do fundo fático. Isso demonstra que, quando os elementos diversos dos autos são todos potenciais instrumentos de sondagem da intimidade do agente, qualquer um bastará, sem limitação jurisprudencial que os possa alcançar.

Poderia ser essa a explicação para a flagrante dissonância apontada anteriormente na esfera do STJ quanto à mentira em juízo. No HC n. 834.126/RS²⁴⁹, a sexta turma afirmou categoricamente que “[n]em mesmo nas circunstâncias da personalidade ou da conduta social seria possível considerar desfavoravelmente a mentira do réu em interrogatório judicial.”²⁵⁰ Já no AgRg no AREsp n. 1.812.515/PE, julgado no mesmo dia, 05/09/2023, a sexta turma entendeu que

São idôneos os fundamentos para desabonar a personalidade do agente, apresentados no sentido de que ele e os corréus se mostraram como “sendo pessoas articuladas, dissimuladas e de má índole

247 *Ibidem*.

248 *Ibidem*.

249 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). HC n. 834.126/RS. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Dosimetria. Primeira fase. Aumento da pena-base. [...]. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 set. 2023.

250 *Ibidem*.

que, inclusive, forjaram versões truncadas e inverossímeis com a nítida intenção de ludibriar o juízo e se esquivarem da responsabilidade, o que denota traços de personalidade, que o distinguem do homem médio”. Tais observações demonstram que houve a análise do retrato psíquico do recorrente, descrevendo-se traços de sua personalidade que são hábeis a sustentar a negatização de tal vetor (grifos nossos)²⁵¹.

Talvez a diferença entre um e outro seja o fato de que, no primeiro, a mentira foi o fundamento explícito para a negatização da personalidade. Nesse caso, houve espaço para que STJ firmasse a posição de que

[...] ainda que o falseamento da verdade eventualmente possa - a depender do caso e se cabalmente comprovado - justificar a responsabilização do réu por crime autônomo, isso não significa que essa prática, no interrogatório, autorize a exasperação da pena-base do acusado²⁵².

No segundo caso, tornaram-se irrelevantes essas ponderações, pois a mentira em juízo foi o respaldo fático para que se chegasse à qualificação da personalidade dos réus com os seguintes adjetivos: “[...] articuladas, dissimuladas e de má índole[...]”²⁵³. Dessa forma,

251 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp 1.812.515/PE. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Estelionato previdenciário e uso de Documento Falso. [...]. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 set. 2023.

252 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). HC n. 834.126/RS. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Dosimetria. Primeira fase. Aumento da pena-base. [...]. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 set. 2023.

253 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp 1.812.515/PE. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Estelionato previdenciário e uso de Documento Falso. [...]. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 set. 2023.

a fundamentação se tornou inviolável pois o tribunal entendeu que houve “[...] a análise do retrato psíquico do recorrente, descrevendo-se traços de sua personalidade que são hábeis a sustentar a negatificação de tal vetor”²⁵⁴.

Em vista desses exemplos e das considerações tecidas a partir deles, fica evidenciado o caráter maleável da vetorial da personalidade e como os avanços jurisprudenciais de restrição da intervenção do Estado encontram nessa moduladora um obstáculo, demonstrando-se a incontornável arbitrariedade judicial que se alcança por via dela.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fixação da pena privativa de liberdade, a sanção mais grave prevista em nosso ordenamento jurídico, deve se guiar pelas balizas das garantias fundamentais e do devido processo legal. Uma das garantias que se deve preservar é aquela que afiança ao indivíduo o direito ao seu espaço de autodeterminação, sujeitando-se à intervenção estatal punitiva apenas quando ofender um bem jurídico tutelado pelo direito penal. O art. 59 do CP, todavia, prevê a consideração de aspectos subjetivos do acusado na etapa de definição da pena, sendo o principal deles a personalidade do réu.

Tomando a produção jurídica que problematiza essa vetorial, encontram-se muitas críticas à sua validade, à extensão de seu conteúdo e à sua compatibilidade com o paradigma constitucional. As objeções assumem duas vertentes principais: na primeira, alinham-se as observações denunciadoras da impossibilidade técnica de que os aspectos íntimos que se inserem na definição científica de personalidade sejam mensurados no curso da ação penal. Além do despreparo técnico do juiz e da precariedade do acervo probatório para tal demonstração, aponta-se que o expediente judicial de avaliação passa sempre ao largo dos procedimentos rigorosos trabalhados nas

254 *Ibidem*.

áreas médicas, levemente se alijando das problemáticas postas diante desses profissionais.

Na outra linha, ataca-se a legitimidade, à luz do Estado democrático de direito, de que a interioridade de um indivíduo seja espaço de ingerência estatal e razão de agravamento de pena. Entre os princípios feridos nesse expediente, listam-se com maior frequência o princípio da legalidade e da lesividade. O argumento principal consiste em apontar nessa prática resquícios de um direito penal do autor, que pune em função do “ser” e não do “fato”.

A par dessas considerações, a presente pesquisa se voltou à jurisprudência atual com indagações em três frentes, pertinentes ao “por que avaliar a personalidade do réu?”, “o que aquilatar nesse exame?” e “como fazê-lo?”. Pretendeu-se, assim, realizar um retrato do uso dado pela jurisprudência a essa vetorial e investigar a assimilação das críticas doutrinárias.

No tocante ao porquê, constatou-se que a principal finalidade para esse exame consiste na aferição da probabilidade de que o réu volte a delinquir. Essa preocupação é pronunciada nas principais definições jurisprudenciais sobre a circunstância judicial da personalidade. Daí surge a relação intrínseca do binômio personalidade-periculosidade, cujas bases estão fincadas nos postulados da Escola Positiva e da Defesa Social, positivados no nosso Código Penal de 1940. Assim, na medida em que a Exposição de Motivos do CP de 1940 definia periculosidade como a probabilidade de o réu cometer novo delito, pôde-se inferir a continuidade entre o ideário defensivo do contexto de produção do CP e a prática judiciária moderna.

Nas definições jurisprudenciais de personalidade, notou-se também um uso retórico de termos científicos próprios da psicologia. Todavia, a referência a esses aspectos técnicos se fazia acompanhar de critérios axiológicos como “má índole”, “insensibilidade ético-moral” “bom caráter” *etc.*, que não se coadunam com a ciência da mente, que prescinde de tais juízos de valor. O apelo valorativo das definições de que partiram os magistrados acarretou um padrão de decisão caracterizado por um silogismo de senso comum.

O exame dos julgados analisados mostrou que a fundamentação expendida para negativar a personalidade do réu se encerrava, no mais das vezes, em uma simples frase, cuja morfologia é o apontamento de dados sortidos dos autos (podendo abranger desde as circunstâncias fáticas a aspectos anímicos do acusado, condutas posteriores e futuras) com a atribuição de um adjetivo (“frio”, “cruel”, “desajustado”, “desagregador”, “distinto do homem médio”). Não foi possível aferir um critério circunscrito do seja a personalidade – qualquer sinal e aspecto emitido pelo acusado pode ser escrutinado nessa análise.

Partindo ao exame dos elementos concretos que desabonam a personalidade, notou-se uma linha de desenvolvimento da jurisprudência no sentido de limitar o exame a partir dos registros criminais do réu. Essa orientação assumiu efeito vinculante nos tribunais superiores e predomina atualmente a compreensão de que as anotações criminais não podem ser usadas em desfavor do imputado sem o emprego de outros elementos circunstanciais dos autos. Não obstante, parcela relevante das decisões reformadas diziam respeito ao incremento da pena-base com fulcro em registros criminais. Revelou-se, assim, o persistente liame entre práticas delitivas e má personalidade, principalmente na primeira instância.

Verificou-se que não há embargos para o uso de fontes de informação sobre as quais não houve processo de apuração pautado pelo devido processo legal, como relatos de terceiros nos autos sobre a prática de agiotagem pelo réu ou alegações da vítima de que sofreu novas ameaças após os fatos denunciados. Os depoimentos de testemunhas também foram subsídio argumentativo quando versaram sobre o temperamento do acusado. Em alguns casos, bastou haver declarações afirmando que o réu era pessoa agressiva.

Quando se considerou a motivação e as circunstâncias do crime, prevaleceu a ênfase nos gestos que feriam a moralidade, sem exigência de que se convertessem necessariamente em ofensa maior ao bem jurídico tutelado nos respectivos tipos penais. A propósito do aspecto temporal, a jurisprudência se revelou dúbia. Foi vedado, por exemplo, que crimes cometidos após o delito fossem considerados no

sopesamento da pena-base. Mas acatou-se o mau comportamento do réu durante a instrução de julgamento como motivação idônea.

É relevante o número de dissonâncias que surgiram no restrito escopo do presente trabalho, demonstrando que a circunstância judicial da personalidade tem sido manejada de forma atentatória ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, apuraram-se decisões divergentes prolatadas pelo mesmo órgão julgador no mesmo dia.

Mirando o debate acerca de como fazer a aferição da personalidade, ficou firmado o predomínio do entendimento do STJ no sentido da desnecessidade de um laudo pericial. Houve, contudo, 11 julgados do TJMG em que foi proferido posicionamento contrário. Esses acórdãos que propugnaram a incompetência do juiz para o mister de exame da personalidade compuseram franca minoria. Quanto aos demais, nem aqueles poucos julgados que reconheceram a pertinência do conceito “personalidade” com o campo de estudo da psicologia chegaram a extrair disso uma conclusão pela necessidade de laudo.

Contudo, o exame da literatura especializada permitiu concluir que não há consenso entre os especialistas da área sobre tal conceito e abundam métodos e diferentes perspectivas, alguns até mesmo antagônicos, de sorte que seria impraticável pretender uma compreensão unívoca do termo. O amplo rol do que se professa ser delator da personalidade pelos tribunais revela a falta de sistematização imperante.

Em vista disso, chegou-se às ponderações sobre a legitimidade da fundamentação das decisões, notando-se a ausência de um percurso intelectual claro entre os elementos sopesados pelo magistrado e um método de subsunção destes fatos a um critério seguro de avaliação. A vagueza observada nas fundamentações colhidas se afigurou até mesmo um óbice ao exercício do contraditório pelos imputados.

Por fim, a observação sistemática do acervo amostral indicou um expediente argumentativo que expressa o potencial ínsito à moduladora da personalidade de burla ao controle limitativo da jurisprudência. O estudo de julgados em que a consideração de

inquéritos e ações penais em curso foram as razões de incremento da pena-base mesmo após a guinada jurisprudencial que vedou essa possibilidade levou ao entendimento de que qualquer elemento fático, inclusive inquéritos, é passível de incorporação negativa na vetorial da personalidade, se articulada a estrutura silogística certa.

Da investigação empreendida ficou evidenciado também que a jurisprudência pouco assimila as críticas doutrinárias feitas à avaliação da personalidade na primeira fase da dosimetria. Despontaram aqui e ali menções ilhadas sobre a marca de um direito penal do autor e referiu-se em alguns casos a delicadeza da situação de um juiz leigo tratar com temas da psicologia. Desse grupo, poucos acórdãos firmaram a posição pela imprescindibilidade de um laudo pericial. Não houve em nenhuma hipótese o questionamento da legitimidade constitucional desse expediente.

Desse modo, concluiu-se que a personalidade, como um termo próprio da psicologia e da psiquiatria, tem seu caráter científico relegado à função retórica nas decisões judiciais. Predomina a noção de que o exame proposto pela vetorial da personalidade pode e deve ser feito pelo magistrado leigo, o que acarreta decisões que não atendem ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. O significado amplo que se dá ao termo “personalidade”, tomado judicialmente em sua acepção de senso comum, permite que a ela se plasmem toda sorte de juízos axiológicos apartados dos fatos típicos apurados. Essa natureza flexível permite que os dados informativos dessa circunstância judicial sejam extraídos virtualmente de qualquer sinal existencial do acusado e oferece obstáculos às tentativas judiciais de contenção e racionalidade de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

ABENÇÃO Mamãe, Abenção Papai. Compositor: Jorge Ben Jor. *In: LETRA*. [São Paulo]: RCA Victor, 1970. 1 disco vinil.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. *In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 3, p. 75-90.

BONIFÁCIO, Miguel Ângelo Nunes. **Personalidade no direito penal: uma abordagem interdisciplinar**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp038409.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização e aplicação das penas. *In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 13, p. 335-364.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/>

decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983.** Brasília: Câmara dos Deputados, 1983. Disponível em: <https://encr.pw/QAsMW>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 5 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 14 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em: 14 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Seção). REsp 1.794.854/DF. Recurso Especial admitido como representativo da controvérsia. [...]. Rel. Min. Laurita Vaz, 23 jun. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 jul. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=1794854&O=JT>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 707.378/RJ. Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Estelionato previdenciário. Uso de documento falso. Dosimetria. [...]. Rel. Min. Messod Azulay Neto, 12 dez. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/7NA47>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 707.378/RJ. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Irresignação ministerial contra decisão monocrática. Tortura. [...]. Rel. Min. Messod Azulay Neto, 6 mar. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 mar. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/idJcm>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 747.770/SP. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Roubos Majorados. Dosimetria. Pena base [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 6 mar. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 mar. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/ywZGN>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 747.770/SP. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Crime de homicídio tentado. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 17 abr. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 abr. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201741418&dt_publicacao=10/03/2023. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). HC 766.531/RJ. Associação para o tráfico. Pena-Base. Maus antecedentes e personalidade.

[...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 27 abr. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 maio. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/sVdNu>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC 785236 / SC. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Decisão agravada que não conheceu do Writ. Estupro de vulnerável com resultado morte. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 21 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 nov. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/BdvcV>. Acesso em: 4 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg nos EDcl HC n. 788.543/SP. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 9 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 out. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/ZHeQx>. Acesso em: 4 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 791.600/PE. Processo Penal e Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Roubo majorado. Prisão preventiva. Supressão de instância. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 11 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 set. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/wHodw>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 798.776/SC. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Crime de Roubo. Pleito de desclassificação para furto. [...]. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 30 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 nov. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/tzNcT>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 821.673/PE. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Decisão Monocrática que não conheceu do Writ, mas concedeu a ordem, em menor extensão. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 12 dez.

2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/Bamjf>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no HC n. 835.094/RJ. Penal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Homicídio duplamente qualificado. Dosimetria. Personalidade violenta. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 2 out. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 out. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/RIAvC>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no AREsp 2.285.319/RJ. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Tráfico de Drogas. Condenação Confirmada pelo Tribunal Estadual. [...]. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 21 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 nov. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300212814&dt_publicacao=27/11/2023. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). AgRg no AREsp n. 2.364.840/TO. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Arts. 59 e 68 do CP. Dosimetria. Pena-Base. [...]. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 12 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 set. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/Gjppqf>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no HC n. 807.153/SP. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ameaça no contexto de Violência Doméstica. [...]. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 12 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/UZOJD>. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). HC n. 834.126/RS. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Dosimetria. Primeira fase. Aumento da pena-base. [...]. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 5 set. 2023.

Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 set. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/ePycs>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no REsp n. 1.695.880/RN. Agravo Regimental. Recurso Especial. Dosimetria. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e quadrilha. [...]. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6 fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 fev. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702340720&dt_publicacao=15/02/2018. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no REsp n. 1.710.960/PE. Agravo Regimental no Recurso Especial. Arts. 241-A (Transmissão de Material contendo sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente) [...]. Rel. Antonio Saldanha Palheiro, 14 ago. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 ago. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/oScEF>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no REsp n. 2.018.047/SP. Agravo Regimental em Recurso Especial. Legislação Extravagante. Tráfico de Drogas (22,3 Kg de maconha). [...]. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 12 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 set. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/IHggog>. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp 1.812.515/PE. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Estelionato previdenciário e uso de Documento Falso. [...]. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 5 set. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 set. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/cAkKR>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp 2.209.745/SP. Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial. Processual penal e penal. Organização criminosa. [...]. Rel. Min. Laurita

Vaz, 6 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 jun. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/LGVQb>. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp: 2312848/PB. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Homicídio Qualificado. Dosimetria. Primeira fase. [...]. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 30 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 dez. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/MIhuz>. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg AREsp n. 2.331.085/GO. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ameaça no contexto de Violência Doméstica. [...]. Rel. Des. Jesuíno Rissato, 5 dez. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 dez. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301018412&dt_publicacao=07/12/2023. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). AgRg no AREsp 2.239.473/PA. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Fundamento da Decisão que inadmitiu o recurso não combatido. [...]. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 20 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 jun. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203436716&dt_publicacao=28/06/2023. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 444. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?operador=e&b=SUMU&ordenacao=MAT%2CTIT%2CORD&thesaurus=JURIDICO&l=100&i=1&p=true&livre=444&inde=>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 120131 AgR. Penal e Processual Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Ordinário Constitucional. [...]. Rel. Min. Luiz Fux, 11

mar. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 mar. 2014. Disponível em: <https://abrir.link/RdFkt>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.227.91 MS. Habeas corpus. Penal. Tráfico interestadual de substância entorpecente (art. 33, caput, c/c o art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06). [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 17 nov. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 abr. 2016. Disponível em: <https://abrir.link/ZVzCde>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.686.74 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Crimes de Peculato. Dosimetria. Pena-Base. [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 17 ago. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://abrir.link/hSNXU>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 95.238. Direito Penal. Habeas corpus. Constitucional e penal. Crime de apropriação indébita previdenciária. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 6 abr. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2010. Disponível em: <https://abrir.link/PqkHh>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.074.09. Direito Penal. Habeas Corpus. Lesão Corporal Gravíssima. Dosimetria [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 10 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 maio 2012. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20107409%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 1.095.41. Habeas corpus. Penal. Roubo duplamente qualificado (CP, art. 157, § 2º, I e II). Fixação da pena. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 20 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 dez. 2012. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20109541%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). RHC 1.34491 AgR. Direito Penal. Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Penal e processo penal. Dosimetria. Matéria de estrito conhecimento. [...]. Rel. Min. Rosa Weber, 19 nov. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 nov. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RHC%20134491%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). HC 168119 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Crime de corrupção passiva (Art. 317, § 1º, do Código Penal). Declaração de perda do cargo de juíza federal [...]. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 29 abr. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 maio 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20168119%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 94.907. Direito Processual Penal e Direito Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Dosimetria da Pena e Fixação do Regime Prisional. [...]. Rel. Min. Ellen Gracie, 7 out. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 out. 2008. Disponível em: <https://abrir.link/VKPRd>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.137.79. Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Tráfico Ilícito de entorpecentes. Dosimetria da pena base. [...]. Rel. Min. Cármen Lúcia, 26 nov. 2013.

Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 2 dez. 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20113779%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.188.76. Habeas Corpus. Processual Penal. Penal. delito de corrupção passiva. Dosimetria. Fração da continuidade delitiva. [...]. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 18 dez. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 fev. 2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20118876%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.255.86. Habeas corpus. Crimes de moeda falsa e falsificação de sinal público (arts. 289, § 1º, c/c os arts. 29 e 71, e art. 296, II, e § 1º, III, todos do CP). [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 30 jun. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20125586%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 1.338.56. Habeas corpus. Penal. Lesão corporal grave (art. 121, § 1º, I, II e III, CP). Pena. Dosimetria. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 14 jun. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 jun. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20133856%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 2.046.51 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Penal. Paciente Condenado pelo

Crime de Organização Criminosa Armada e Transnacional [...]. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22 ago. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 ago. 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20204651%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 2.169.69 AgR. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Concessão da Ordem de Ofício: Possibilidade. [...]. Rel. Min. André Mendonça, 21 nov. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 dez. 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20216969%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.160.11. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Penal. Atentado Violento ao Pudor. [...]. Rel. Min. Teori Zavascki, 6 nov. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 dez. 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RHC%20116011%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.160.73. Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Homicídio duplamente qualificado. Condenação. 3. Alegação de excesso na dosimetria. [...]. Rel. Min. Gilmar Mendes, 17 set. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 3 out. 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RHC%20116073%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.727.85 AgR. Recurso Ordinário em “Habeas Corpus” -Pena-Base Estabelecida

acima do Mínimo Legal [...]. Rel. Min. Celso de Mello, 3 out. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 out. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RHC%20172785%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). RHC 1.159.94. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Roubo. [...]. Rel. Min. Cármen Lúcia, 2 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 abr. 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RHC%20115994%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). HC 2.046.51. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Penal. Paciente condenado pelo crime de organização criminosa armada e transnacional. [...]. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22 ago. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 ago. 2021. Disponível em: <https://l1nq.com/ho1Oi>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (6ª Turma). EDcl no HC n. 777.205/PB. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). RE nº 591.054-RG/SC. Pena - Fixação - Antecedentes Criminais - Inquiridos e processos em curso [...]. Rel. Min. Marco Aurélio, 17 dez. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 fev. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20591054%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 maio 2024.

BRUNELLI, Roberto Giordani. O equívoco da valoração da personalidade e conduta social do réu na fixação da pena. **Revista de Ciências do Estado**, v. 4, n. 2, p. 1-22, 12 nov. 2019.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. *In*: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**, p. 607-625. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: a crise do direito e do processo penal, o garantismo jurídico, as teorias da pena, os sistemas de execução, a lei de execução penal, os conflitos carcerários, os direitos (de resistência) dos presos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório GT: dosimetria da pena**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Discricionariedade e método na aplicação da lei penal. *In*: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2017. cap.18, p. 473-489.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FAYET, Fábio Agne; BAYS, Ingrid; BAYS, Isadora. A personalidade do agente e o dever de motivação das decisões: manifestação do direito penal do inimigo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 13, p. 95-107, 20 dez. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOIÂNIA. Tribunal de Justiça. (2ª Câmara Criminal) **Apelação Criminal 0045045-97.2019.8.09.0175**. Rel. Des. João Waldeck Felix de Sousa. Goiânia: TJGO, 7 fev. 2023. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/ConsultaJurisprudencia>. Acesso em: 26 maio 2024.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Unicoc**, v. 2, n. 2, 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 maio 2024.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/69909068/Greco-Luis-SOBRE-O-CHAMADO-DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO>. Acesso em: 26 maio 2024.

KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamin J.; GREBB, Jack A. **Compêndio de psiquiatria**: ciências do comportamento e psiquiatria clínica. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LOPES, Jair Leonardo. A súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça e seu significado para o critério trifásico de aplicação da pena. In: RESENDE, Sérgio Antônio de; PINTO, Felipe Martins; ESTEVES, He-loísa Monteiro de Moura (org.). **Análise de precedentes criminais do**

Superior Tribunal de Justiça: estudos em homenagem à desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Atualizar, 2009. p. 147-160.

MACHADO, Vinícius. O insustentável quadro de apreciação da personalidade do agente na prática penal brasileira. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n. 7, p. 89-114, 2008.

MIGUEL, Fabiano Koich; CARVALHO, Lucas de Francisco. Relações entre traços de personalidade mensurados por testes psicológicos e signos astrológicos. **Psico-USF**, Bragança Paulista, v. 19, n. 3, p. 533-545, set./dez. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (1ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.256119-1/001**. Apelação Criminal - Porte de Arma de Fogo - Dosimetria da pena - Redução da Pena-Base [...]. Rel. Des. Edison Feital Leite, 30 jan. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 31 jan. 2024. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000232561191001. Acesso em: 26 maio 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000044-8/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Absolvição por Insuficiência Probatória [...]. Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, 29 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 3 jul. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa?NumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0141.20.000044-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 26 abr. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (2ª Câmara Criminal). Apelação Criminal 1.0000.23.210781-3/001. Apelação Criminal - Art. 33, Caput, da Lei 11.343/06 - Recurso defensivo [...]. Rel. Des. Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues, 1 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 2 fev. 2024. Disponível em: <https://encr.pw/fuixe>. Acesso em: 26 abr. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.096992-5/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Absolvição - Desclassificação para uso - Não cabimento [...]. Rel. Des. Paulo de Tarso Tamburini Souza, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 9 fev. 2024. Disponível em: <https://11nq.com/bm7hc>. Acesso em: 26 abr. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0702.20.136494-1/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Pena-Base - Circunstâncias Judiciais - Culpabilidade [...] Rel. Des. Paulo de Tarso Tamburini Souza, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 16 fev. 2024. Disponível em: <https://11nq.com/TU81D>. Acesso em: 26 abr. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0699.18.008568-9/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Tentativa - Pena-Base - Desvalor. Rel. Des. Franklin Higino Caldeira Filho, 1 ago. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 11 ago. 2023. Disponível em: <https://11nq.com/H4BgX>. Acesso em: 26 abr. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.158072-1/001**. Apelação Criminal - Receptação - Absolvição Por Falta de Provas do Dolo [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 nov. 2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJE_speelhoAcor dao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.158072-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 4 abr. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.083483-0/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Porte Ilegal de Arma de fogo de uso permitido - Preliminar [...] Rel. Des. Valladares do Lago, 9 ago. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 11 ago. 2023. Disponível em: <https://encr.pw/GR6qH>. Acesso em: 26 set. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.210312-7/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Preliminar: Supressão de Instância - Não configurada – Mérito [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 nov. 2023. Disponível em: <https://encr.pw/O2IFa>. Acesso em: 26 set. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.165683-6/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Dosimetria - Redimensionamento da Pena-Base [...] Rel. Des. Valladares do Lago, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 9 fev. 2024. Disponível em: <https://encr.pw/WVgSp>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.097071-7/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Dosimetria - Redimensionamento da Pena-Base [...] Rel. Des. Corrêa Camargo, 13 dez. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 14 dez. 2023. Disponível em: <https://l1nq.com/j0mNA>. Acesso em: 17 nov. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.183860-8/001**. Apelação Criminal - Tribunal do Júri - Homicídio Duplamente Qualificado [...]. Rel. Des. Valladares do Lago, 7 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 9 fev. 2024. Disponível em: <https://encr.pw/fvsCa>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0702.21.015992-8/001**. Apelação Criminal - Furto qualificado - Redução das penas-base - Possibilidade [...]. Rel. Des. Corrêa Camargo, 6 dez. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 11 dez. 2023. Disponível em: <https://encr.pw/CCODq>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.202052-9/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Pena-Base - Circunstâncias do art. 59 do Código Penal [...]. Rel. Des. Rinaldo Kennedy Silva, 28 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG,

28 nov. 2023. Disponível em: <https://encr.pw/ClsyV>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.130908-9/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Recurso da Acusação [...]. Rel. Des. Rinaldo Kennedy Silva, em 7 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 7 nov. 2023. Disponível em: <https://11nq.com/4naWw>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.199649-7/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Corrupção de Menores – Absolvição [...]. Rel. Des. Rinaldo Kennedy Silva, em 28 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 nov. 2023. Disponível em: <https://encr.pw/ReBTh>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.078456-3/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Desclassificação do Crime de Tráfico para o De Uso [...]. Rel. Des. Marco Antônio de Melo, 17 out. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 18 out. 2023. Disponível em: <https://11nq.com/94qKf>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.083406-1/001**. Apelação Criminal - Tráfico De Drogas - Comprovadas Materialidade e Autoria [...]. Rel. Des. Bruno Terra Dias, em 27 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://11nq.com/t4ax3>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.092854-1/001**. Apelação Criminal - Preliminar defensiva suscitada em sede de contrarrazões [...]. Rel. Des. Bruno Terra Dias, 4 jul. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 5 jul. 2023. Disponível em: <https://surli.cc/uobaso>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.267760-9/001**. Apelação Criminal - Furto Qualificado - Autoria e Materialidade Delitivas Incontroversas [...]. Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, em 20 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.267760-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.265726-2/001**. Apelações Criminais - Furto qualificado - Recurso ministerial - Reconhecimento do repouso noturno [...]. Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, em 30 jan. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 31 jan. 2024. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.265726-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Criminal). **Emb Infring e de Nulidade 1.0000.22.196220-2/003**. Embargos Infringentes. Estelionato e Falsidade Ideológica. Dosimetria da Pena. [...]. Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, em 12 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 13 abr. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.196220-2%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.287648-2/001**. Apelação criminal. Recurso Defensivo. Delito de Tráfico. Absolvição ou eventual desclassificação. [...]. Rel. Des. Sálvio Chaves, 21 fev. 2024. Belo

Horizonte: TJMG, 22 fev. 2024. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.287648-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.056678-8/002**. Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio triplamente qualificado [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 1 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 5 fev. 2024. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.056678-8%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.106190-4/001**. Apelação Criminal - Tráfico de Drogas - Autoria e materialidade comprovadas - Desclassificação para o delito [...]. Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, 13 jul. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 14 jul. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.106190-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.169174-2/001**. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Resistência. Absolvição [...]. Rel. Des. Âmalin Aziz Sant'Ana, 9 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 10 nov. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.183860-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.021108-8/001**. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Resistência. Absolvição. Impossibilidade. [...]. Rel. Des. Henrique Abi-Ackel Torres, 18 maio 2023. Belo Horizonte: TJMG, 19 maio 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.169174-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0024.20.029259-7/001**. Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Preliminar. Intempestividade do apelo ministerial. [...]. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni, 30 mar. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 4 abr. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.20.029259-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0702.18.065347-0/001**. Apelação criminal - Receptação simples - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade e autoria delitivas [...]. Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, 30 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 1 dez. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.18.065347-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.22.215577-2/001**. Apelação Criminal - Lesão corporal praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino [...]. Rel. Des. Valeria Rodrigues, 12 abr. 2023.

Belo Horizonte: TJMG, 12 abr. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.215577-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.130243-1/001**. Apelações Criminais - Tribunal do júri - Femicídio, tortura e extorsão [...]. Rel. Des. Eduardo Machado, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEselhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.130243-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.152231-9/001**. Apelação Criminal - Descumprimento de Medidas Protetivas (Lei n. 11.340/06, art.24-A) [...]. [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 8 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 8 nov. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.152231-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.168441-6/001**. Apelação Criminal - Perseguição no âmbito doméstico - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade e autoria [...]. Rel. Des. Walner Barbosa Milward de Azevedo, 22 nov. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 22 nov. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/hMSlK>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0026.19.004048-0/001**. Apelação Criminal - Violação de domicílio e lesão corporal praticados em contexto de

violência doméstica [...]. Rel. Des. Valeria Rodrigues, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0026.19.004048-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0672.21.007348-8/001**. Apelação Criminal - Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) - Extorsão (CP, art.158) e descumprimento de medida [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 21 jun. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 23 jun. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.21.007348-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.223599-4/001**. Apelação Criminal - Crimes praticados no âmbito doméstico e familiar - Preliminar de nulidade [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 21 fev. 2024. Belo Horizonte: TJMG, 21 fev. 2024. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.223599-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000264-2/001**. Apelação Criminal - Lei Maria da Penha - Lesão corporal - Recurso da defesa - Preliminar [...]. Rel. Des. Haroldo André Toscano de Oliveira, 26 abr. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 28 abr. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0141.20.000264-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>.

roUnico=1.0141.20.000264-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0141.20.000208-9/001**. Apelação Criminal - Ameaça e lesão corporal - Insuficiência de provas - Não constatação [...]. Rel. Des. Valeria Rodrigues, 30 ago. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 30 ago. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0141.20.000208-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.23.183268-4/001**. Apelação Criminal. Ameaça. Vias de fato. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitiva [...]. Rel. Des. Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues, 13 dez. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 14 dez. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.183268-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (9ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0000.22.287946-2/001**. Apelação Criminal - Furo qualificado pelo abuso de confiança (CP, Art. 155, § 4º, II), Lesão for praticada contra a mulher [...]. Rel. Des. Kárin Emmerich, 5 jul. 2023. Belo Horizonte: TJMG, 5 jul. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.287946-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2024.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. **Personalidade**: teoria e pesquisa. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.

PORTUGAL, Daniela. A autopoiese no direito e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs na aplicação da lei penal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. /UFRGS**, v. 8, n. 2, 30 dez. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (4ª Câmara Criminal). APL: 00072141620098190004 202305000262. Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira, 3 abr. 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 abr. 2023.

SANTOS, Pedro Sérgio dos; VIEIRA, Mara Lúcia Almeida. Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/454/r141-09.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2024.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2092666>. Acesso em: 13 maio 2025.

STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09082017-110945/pt-br.php>. Acesso em: 26 maio 2024.

STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TEIXEIRA, Adriano. **Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito**: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena. *In*: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 1, p. 23-42.

VIANNA, Túlio Lima; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. *In*: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANEXO A - UNIVERSO DE ACÓRDÃOS ANALISADOS

Categoria de análise	Nº do processo	
STJ	Inquéritos e ações penais em curso	AgRg no AREsp n. 2.331.085/GO
	Condenações transitadas em julgado	AgRg no REsp n. 1.695.880
	Prática de delito durante cumprimento de pena	AgRg no HC n. 747.770/SP
		AgRg no HC n. 807.153/SP
		AgRg nos EDcl nos EDcl no HC n. 726.639/PE
	Falas e mensagens do réu	AgRg nos EDcl no HC n. 788.543/SP
	Circunstâncias do crime	AgRg no AREsp n. 2.239.473/PA
		AgRg no HC n. 806.294/SP
		AgRg no REsp n. 1.710.960/PE
		AgRg no HC n. 785.236/SC
AgRg no HC n. 798.776/SC		
AgRg no HC n. 793.221/ES		
AgRg no AREsp n. 2.364.840/TO		

		Categoria de análise	Nº do processo
STJ	Decisões que confirmaram a desvalorização da personalidade	Conduta pós-crime	AgRg no AREsp n. 2.404.460/SP
			AgRg no AREsp: 2312848
			AgRg no HC n. 821.673/PE
			AgRg no HC n. 747.029/PE
			AgRg no AREsp n. 1.812.515/PE
	AgRg no HC n. 791.600/PE		
		Relatos de terceiros	AgRg no AgRg no AREsp n. 1.965.392/CE
	AgRg no HC n. 835.094/RJ		
		Inquéritos e ações penais em curso	AgRg no HC n. 766.531/RJ
	AgRg no AREsp n. 2.202.830/SP		
AgRg no REsp n. 2.018.047/SP			
	Motivação do crime	AgRg no HC n. 778.150/SP	
	Conclusão genérica	EDcl no HC n. 777205/PB	
		AgRg no AREsp n. 2.209.745/SP	
	Circunstâncias do crime	AgRg no HC n. 707378/RJ	
		AgRg no HC n. 796.142/RJ	
		AgRg no AREsp n. 2.285.319/RJ	
	Conduta pós-crime		

		Categoria de análise	Nº do processo
STF	Decisões que confirmaram a desvalorização da personalidade	Inquéritos e ações penais em curso	RHC 134.491
			HC: 168674
			RHC 103542
			HC 121602
			HC 95238
			HC 101785
			HC 112774
			HC 104902
			ARE 705620
			RHC 122977
			RHC 115218
			RHC 114968
			RHC 115994
			RHC 116011
			HC 84782
			HC 113662
		Prática de delito durante cumprimento de pena	
		Condenações transitadas em julgado	

		Categoria de análise	Nº do processo
STF	Decisões que con-firmaram a desvalor-a-ção da per-sonalidade	Falas e mensagens do réu	HC 118876 HC 204651
		Motivação do crime	HC 168119 RHC 94907
		Conclusão genérica	HC 113779
		Circunstâncias do crime	HC 133856
			HC 98729 HC 121548
		Conduta pós-crime	HC 120131 HC 120145
		Relatos de terceiros	RHC 116073
		Inquéritos e ações penais em curso	RHC 123-529
			HC 216969 HC 125586
		Condenações transitadas em julgado	RHC 172785 RHC 144337
			Prática de delito durante cumprimento de pena
		Relatos de terceiros	RHC 135295

		Categoria de análise	Nº do processo
STF	Decisões que afastaram a desvalorização da personalidade	Inquéritos e ações penais em curso	RHC 123.529
			HC 216969
			HC 125586
		Condenações transitadas em julgado	RHC 172785
			RHC 144337
		Prática de delito durante cumprimento de pena	HC 109541
		Relatos de terceiros	RHC 135295
		Inquéritos e ações penais em curso	Apelação Criminal 1.0024.20.029259-7/001
			Apelação Criminal 1.0024.21.018741-5/001
			Apelação Criminal 1.0175.20.000723-5/001
TJMG	Decisões que confirmaram a desvalorização da personalidade	Condenações transitadas em julgado	Apelação Criminal 1.0000.23.128296-3/001
		Circunstâncias do crime	Emb Infring e de Nulidade 1.0525.21.000141-4/002
		Relatos de terceiros	Apelação Criminal 1.0040.08.075379-7/002
			Apelação Criminal 1.0000.23.314424-5/001
		Inquéritos e ações penais em curso	Apelação Criminal 1.0000.23.097071-7/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.130243-1/001
			Apelação Criminal 1.0024.17.002468-1/001

		Categoria de análise	Nº do processo
TJMG	Decisões que afastaram a desvalorização da personalidade	Inquéritos e ações penais em curso	Apelação Criminal 1.0000.22.287946-2/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.079926-4/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.201122-1/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.129236-8/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.208409-5/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.123657-1/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.190324-6/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.183268-4/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.256119-1/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.267760-9/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.076214-8/001
			Apelação Criminal 1.0287.20.000334-4/001
			Apelação Criminal 1.0702.21.015992-8/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.096992-5/001
Apelação Criminal 1.0000.23.265726-2/001			
Apelação Criminal 1.0000.23.021108-8/001			
Apelação Criminal 1.0000.23.158669-4/001			
Apelação Criminal 1.0000.23.185896-0/001			
Apelação Criminal 1.0000.23.210312-7/001			
		Condenações transitadas em julgado	

		Categoria de análise	Nº do processo
TJMG	Decisões que afastaram a desvalorização da personalidade	Condenações transitadas em julgado	Apelação Criminal 1.0000.23.168441-6/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.201710-3/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.198397-4/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.268515-6/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.212000-6/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.171783-6/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.210781-3/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.254543-4/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.206646-4/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.265726-2/001
			Emb Infring e de Nulidade 1.0000.22.196220-2/003
			Apelação Criminal 1.0000.23.072640-8/001
			Apelação Criminal 1.0000.23.092854-1/001
			Apelação Criminal 1.0699.18.008568-9/001
Apelação Criminal 1.0000.23.092131-4/001			
Apelação Criminal 1.0000.23.176639-5/001			
Apelação Criminal 1.0000.23.185199-9/001			
Apelação Criminal 1.0000.23.176505-8/001			
Apelação Criminal 1.0000.23.175627-1/001			

		Categoria de análise	Nº do processo
<p style="text-align: center;">TJMG</p> <p style="text-align: center;">Decisões que afastaram a desvalorização da personalidade</p>		<p>Prática de delito durante cumprimento de pena</p>	<p>Apelação Criminal 1.0000.23.063218-4/001</p>
		<p>Falas e mensagens do réu</p>	<p>Apelação Criminal 1.0000.23.183860-8/001</p> <p>Apelação Criminal 1.0026.19.004048-0/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.097071-7/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.141735-3/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.202052-9/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.199649-7/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.249948-3/001.</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.083483-0/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.083406-1/001</p>
		<p>Conclusão genérica:</p>	<p>Apelação Criminal 1.0231.20.010917-2/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0141.20.000264-2/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0141.20.000208-9/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.108115-9/001</p>
			<p>Apelação Criminal 1.0000.23.130908-9/001</p>
		<p>Apelação Criminal 1.0000.23.118538-0/001</p>	
		<p>Apelação Criminal 1.0000.23.189265-4/001</p>	
		<p>Apelação Criminal 1.0702.20.136494-1/001</p>	

	Categoria de análise	Nº do processo
TJMG	Conclusão genérica	Apelação Criminal 1.0141.20.000044-8/001
		Apelação Criminal 1.0210.21.001710-4/001
		Apelação Criminal 1.0000.23.078456-3/001
		Apelação Criminal 1.0000.23.180478-2/001
		Apelação Criminal 1.0701.20.007599-5/001
	Circunstâncias do crime	Apelação Criminal 1.0525.21.000141-4/001
		Apelação Criminal 1.0000.23.167370-8/001
		Apelação Criminal 1.0701.15.023911-2/002
		Apelação Criminal 1.0000.23.223599-4/001
		Apelação Criminal 1.0000.23.106190-4/001
	Conduta pós-crime	Apelação Criminal 1.0000.23.158072-1/001
		Apelação Criminal 1.0702.18.065347-0/001
		Apelação Criminal 1.0000.23.287648-2/001
		Apelação Criminal 1.0000.23.056678-8/002
Relatos de terceiros	Apelação Criminal 1.0000.23.169174-2/001	
	Apelação Criminal 1.0672.21.007348-8/001	
	Apelação Criminal 1.0000.23.152231-9/001	
	Apelação Criminal 1.0000.23.177731-9/001	
	Apelação Criminal 1.0000.22.215577-2/001	

Fonte: Elaborado pelo autor, com dados extraídos do STF, STJ e TJMG.

CAPÍTULO II

**ANÁLISE DO MANUSEIO JURISPRUDENCIAL DA
PERSONALIDADE ENQUANTO CIRCUNSTÂNCIA
JUDICIAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS PENAIS**

ANÁLISE DO MANUSEIO JURISPRUDENCIAL DA PERSONALIDADE ENQUANTO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Francisco de Aguiar Menezes^{255}*

Sumário: 1 Introdução. 2 Personalidade e legalidade. 3 Personalidade e secularização. 4 Personalidade e culpabilidade. 5 Personalidade e contraditório. 6 Personalidade e ne bis in idem. 7 É necessário valorar a personalidade para individualizar a pena? (uma perspectiva agnóstica-redutora da atividade dosimétrica). 8 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo parte dos resultados da pesquisa realizada e apresentada por Arthur Ferreira Gil no capítulo precedente e será voltado à análise da jurisprudência colacionada à luz dos princípios constitucionais penais.

Winfried Hassemer²⁵⁶ ensina que a vinculação do juiz de direito aos ditames da lei possui seu ponto central no direito penal material e seus pressupostos de punibilidade. Contudo, as chances de tal vinculação diminuem a partir de normas de semântica vaga ou da adoção de uma pragmática porosa e permeável aos vícios da conveniência punitiva. O mesmo autor afirma que, lamentavelmente, a dogmática da determinação da pena não alcançou, nem de muito longe, o grau de clareza e sofisticação que é perceptível nas estruturas da teoria do delito. Outrossim, as normas tangentes à dosimetria da

255 * Advogado criminalista, graduado em direito, especialista, mestre e doutorando em direito penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), professor de direito penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Faculdade Supremo e da Pós Graduação em Direito da PUC Minas Virtual.

256 HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 241-246.

sanção penal no direito brasileiro estão entre as mais lacunosas de nosso direito positivo, mormente no que tange à pena-base. Soma-se a isso uma jurisprudência inconstante e desapegada das poucas construções dogmáticas concernentes às corretas interpretações das chamadas “circunstâncias judiciais”, e o resultado deste diagnóstico é uma (quase) completa imprevisibilidade no que se refere ao *quantum* da pena criminal.

Se tal imprecisão está presente, em maior ou menor medida, em todas as normas jurídicas que estruturam a atividade dosimétrica, a pesquisa que embasa o presente trabalho demonstrou que a personalidade é, sem dúvida, de notável fragilidade semântica, além de apresentar, em sua operacionalidade, inexistente critério metodológico para sua aplicação. Se é cediço que os juízes torturam a significação normativa dos termos legais para que estes confessem, ao final da sentença, uma pena que não esteja prescrita e que justifique o regime inicial querido pelo julgador, tem-se na personalidade o alvo mais frágil para tal coação.

Não se olvida o fato de que as circunstâncias judiciais são assim chamadas por serem elementos normativos, cujo conteúdo semântico deve ser deduzido a partir de um juízo de valor operado pelo julgador durante a individualização da pena. Contudo, conforme lembra Salo de Carvalho²⁵⁷, a função garantista do princípio da legalidade se estende indubitavelmente à teoria da pena, ordenando o mínimo de determinação dos significados possíveis às circunstâncias e critérios dosimétricos. O mesmo pode ser dito de vários outros princípios constitucionais que devem ser levados em conta pelos operadores do direito ao se visualizar o horizonte semântico dos institutos dosimétricos. Mesmo porque, conforme apregoa Eugênio Raul Zaffaroni²⁵⁸, a dogmática penal tem a função não apenas de sistematizar as estruturas do direito positivo, mas, precipuamente,

257 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 328.

258 ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

oferecer um dique de racionalidade e contenção ao poder punitivo e suas pulsões políticas beligerantes.

Conforme ensina Salo de Carvalho²⁵⁹, a pena-base, primeira etapa da dosimetria da pena privativa de liberdade, consiste na análise, por parte do julgador, de oito categorias abertas chamadas circunstâncias judiciais, listadas pelo art. 59 do Código Penal²⁶⁰. São assim chamadas por atuarem como espécies de extensões abertas dos preceitos secundários dos tipos penais, compostas de elementos normativos que devem ser valorados pelo juiz com base na prova colhida na instrução processual.

Segundo Regis Prado²⁶¹, elementos normativos são aqueles que requerem um juízo de valor para seu conhecimento e podem tangenciar aos dados da realidade ou da ordem jurídica. Dividem-se, pois, em elementos normativos empírico-culturais (que demandam juízos de valor fundados na sociedade e na cultura) e elementos normativos jurídicos, cujo juízo de valor é retirado da própria norma jurídica. É bem verdade que a natureza de tais elementos dá maior discricionariedade ao julgador e que certa vagueza é inerente à textura aberta da linguagem da qual é feita o direito positivo. Contudo, tem razão Alexandre Morais da Rosa²⁶² quando afirma que a imensa pluralidade de significantes afixados às circunstâncias judiciais conduz a uma pragmática antigarantista, que agride o próprio processo de secularização da sociedade contemporânea, por desprezar os princípios estruturantes do direito penal.

São, pois, os princípios penais, marcos civilizacionais consagrados de forma implícita ou explícita pelo texto constitucional, que devem servir como delimitadores da semântica de cada uma das

259 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 327.

260 BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

261 PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 517.

262 ROSA, Alexandre de Morais. **Decisão penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 346.

circunstâncias judiciais, de forma a proibir interpretações autoritárias ou decisionistas que ofendem as premissas de um Estado democrático. É a partir dos princípios penais constitucionais que a dogmática deve buscar o desenvolvimento de uma teoria da pena que dê previsibilidade às decisões judiciais, de forma semelhante àquela que ocorre na teoria do crime.

2 PERSONALIDADE E LEGALIDADE

Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. A célebre fórmula constante no art. 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e no art. 1º do Código Penal foi, segundo Juarez Cirino dos Santos²⁶³, cunhada por Feuerbach e se traduz em quatro das mais importantes diretrizes de proteção individual no moderno Estado de direito: a irretroatividade de normas penais gravosas (*lex praevia*), a impossibilidade de criminalização pelos costumes (*lex scripta*), a proibição de analogia *in malam partem* (*lex stricta*) e a taxatividade dos tipos penais (*lex certa*). Esta última garantia exige uma determinação das normas incriminadoras, cujas elementares devem apresentar um mínimo de certeza quanto a seu conteúdo semântico.

Contudo, a superficial teorização da prática penal costuma negligenciar o fato de que **o mandado de determinação que advém da legalidade também deve se estender à pena cominada e, mais importante, à sanção aplicada em todas as suas fases**. São acertadas as palavras de Paulo César Busato ao dizer que

a indeterminação resulta mais grave quando ultrapassa o aspecto da incriminação e atinge o âmbito da pena. Isso porque a incerteza da incriminação

263 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22.

abre o espaço processual de obter uma sentença absolutória, a incerteza do castigo, não²⁶⁴.

Assim, é evidente que o mandado constitucional de determinação alcança a moldura semântica dos fatores que determinam a pena base. Luigi Ferrajoli²⁶⁵, ao esboçar o que considera um ordenamento jurídico-penal de estrita legalidade, afirma que o próprio princípio da legalidade das penas consubstancia a solução dada ao excessivos espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial na determinação da sanção penal, problema este que se constituiu no maior inspiração da batalha iluminista pela reforma penal historicamente encabeçada por Cesare Bonesana Beccaria²⁶⁶.

Rodrigo Duque Estrada Roig²⁶⁷ acrescenta que o princípio da legalidade é o fundamento precípua da limitação constitucional à discricionariedade do juízo aplicador da pena, mas apenas quando se constitui em axioma de tutela do indivíduo perante possíveis iniquidades do Poder Judiciário.

Nesta ordem de ideias, a legalidade não pode ser reduzida a mero postulado de previsão formal das balizas dosimétricas. Por respeito à legalidade estrita, é necessário dar aos institutos da teoria da pena o mesmo rigor concedido aos substratos do delito. Nesta ordem de ideias, as circunstâncias judiciais, juntamente com a personalidade, não são meros guias interpretativos ao juiz, pois, se o julgador deve navegar as escalas do tipo penal a partir de tais normas, é forçoso reconhecer que estas se vinculam ao preceito secundário dos tipos enquanto elementos normativos.

264 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 46.

265 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 370-371..

266 BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

267 ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72.

Salo de Carvalho²⁶⁸ aponta que existem duas razões para considerarmos o artigo 59, *caput*, como espécie de tipo penal aberto:

- a. a inexistência de indicadores que informem como e quanto às circunstâncias devem influenciar o juiz ao atribuir a pena-base; e
- b. a presença marcante de elementos normativos como critério de determinação dos marcadores da dosimetria nesta primeira fase.

Tal constatação nos permite conectar a moderna teoria do delito, com toda a sua maior sofisticação e robustez teórica, com a muito menos desenvolvida teoria da pena, porém, nos abre a nova tarefa de investigar como os elementos normativos do tipo podem ser delimitados em seu significado concreto.

Não há, todavia, uma definição uníssona do que seja um elemento normativo do tipo. Segundo Ana Elisa Bechara²⁶⁹, convivem, hoje, duas correntes de pensamento. A primeira caracteriza o elemento normativo a partir de um referencial valorativo e até cultural. A segunda defende que só pode se chegar ao sentido de tal elemento recorrendo-se a outras normas, jurídicas ou não. Investiguemos cada uma das perspectivas.

No direito brasileiro, Cláudio Brandão²⁷⁰ afirma que os elementos normativos dependem de “um juízo de valor, que visa ser uma abertura conceitual para complementar a matéria de proibição, porque em alguns casos não é possível que se recorra exclusivamente aos elementos objetivos”. O autor acrescenta que este juízo de valor pode ser cultural ou jurídico.

268 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 328.

269 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre elementos normativos no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 192.

270 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 111.

Para uma segunda corrente doutrinária, os elementos normativos são compreensíveis apenas quando contemplados em vinculação com outra norma. Santiago Mir Puig afirma que os elementos normativos são identificados por aludirem a uma realidade determinada por uma norma jurídica ou social²⁷¹.

Vários autores admitem os problemas do suposto dilema quanto à distinção entre elementos descritivos e normativos. Claus Roxin²⁷², de forma precisa, afirma que até mesmo elementos supostamente objetivos como “coisa” ou “ser humano” dependem de valorações jurídicas para serem precisados, de forma que a maior parte dos elementos típicos constituem um amálgama de descrição e valoração. No Brasil, Francisco de Assis Toledo já afirmava que os elementos normativos são aqueles cujo significado é atingido a partir de um juízo de valor referente a outras normas que são ético-sociais ou jurídicas. Nota-se um hibridismo entre os referenciais normativos e valorativos²⁷³.

Creemos que a suposta dicotomia é inútil, uma vez que as duas posições apenas se dedicam a descrever as distinções entre elementos descritivos e normativos ao invés de contribuir para a construção de critérios de limitação do arbítrio judicial na flexibilização de significados.

Embora adote a referência normativa como delimitação semântica dos elementos normativos do tipo, no sentido de que a remissão às normas jurídicas ou extrajurídicas é um marco denotativo mais preciso do que a valoração cultural, Ana Elisa Bechara²⁷⁴ erige interessante labor teórico na tentativa de delimitar criticamente

271 MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005, p. 235.

272 ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução da 2. ed. alemã por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p. 306.

273 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 154.

274 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre elementos normativos no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 222-226.

os possíveis sentidos de um elemento normativo do tipo. A autora afirma que, para operar tal restrição semântica, é necessário recorrer ao conteúdo material do tipo, referente à finalidade protetiva do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, assim como aos princípios penais fundamentais que demarcam um direito penal democrático, tornando a atividade integrativa do julgador permeada por uma dogmática político-criminalmente vinculada.

A interpretação teleológica é, segundo Ana Elisa Bechara²⁷⁵, o melhor caminho para a estruturação dogmática de delimitação dos elementos normativos do tipo. Embora as conclusões da autora sejam mais pertinentes aos elementos constantes nos preceitos primários dos tipos penais, ao se perceber as circunstâncias judiciais como elementos do preceito secundário do tipo, seus valorativos de denotação devem se vincular precipuamente à teleologia da pena e suas limitações constitucionais.

Perante os resultados da pesquisa realizada no primeiro capítulo, é fácil perceber como a práxis jurisprudencial tangente à personalidade do réu tende a ignorar a legalidade de pelo menos 3 formas. De início:

- a. a indefinição e imprecisão do conceito de personalidade permite que os magistrados utilizem critérios subjetivos e intuitivos, muitas vezes recorrendo a conceitos da psicologia ou psiquiatria sem o devido rigor técnico e sem que haja um consenso científico sobre o tema.
- b. a valoração negativa da personalidade frequentemente desvia o foco da análise do “fato típico” praticado pelo agente para o seu “modo de ser” ou suposta inclinação para o crime, afastando o desvalor da ação da conduta típica prevista pela lei penal.
- c. as justificativas para negatar a personalidade muitas vezes se baseiam em juízos de valor morais sobre o acusado,

275 *Ibidem.*

como “má índole”, “insensibilidade ético-social”, “desvio de caráter”. Tais conceitos são amplos e subjetivos, carecendo da taxatividade exigida pelo princípio.

3 PERSONALIDADE E SECULARIZAÇÃO

O processo de secularização da sociedade ocidental, e a consequente laicização dos ordenamentos jurídicos que encontrou seu ápice no iluminismo, se manifestou em mais do que a privatização da fé ou a pluralização dos valores. Conferiu maior autonomia aos indivíduos para a construção de suas identidades e, em que pese também ter proporcionado um sentimento de vazio existencial e fragmentação social, desafiou a coesão comunitária e a possibilidade de um consenso ético universal. Deu-se legitimidade ao individual.

Salo de Carvalho²⁷⁶ trata do **princípio da secularização**, e seus diversos efeitos nos sistemas de penas do direito contemporâneo. O processo de secularização resultou na cisão entre a moral eclesial e as doutrinas filosóficas, produzindo uma laicização do saber e, mais tarde, do próprio direito.

No contexto processual penal, a secularização provocou uma reação humanista contra o estilo inquisitório, resultando no retorno a um sistema acusatório racional e que prestigia o contraditório, a publicidade de atos processuais e a ampla defesa. No campo do direito material, a secularização permitiu o afastamento entre delito e pecado, de forma que a sanção penal passa a não mais possuir (legítimas) funções morais. Nas palavras de Salo de Carvalho²⁷⁷ “a perspectiva de um direito penal laico se consolida na imunização da esfera de consciência”.

276 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 245.

277 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 247.

Rodrigo Duque Estrada Roig²⁷⁸ acrescenta que o pluralismo social pressupõe uma multiplicidade de acepções do que seria ou não correto, e a construção de um modelo único de uma personalidade ou de um modo de ser ideal é projeto que costuma contemplar apenas os interesses político-econômicos de classes dominantes.

A secularização, considerada enquanto princípio, embora não seja prevista de forma expressa pelo texto constitucional, encontra plasmada em diversos dispositivos da constituição, tal como os incisos que garantem a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), a livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IX)²⁷⁹. A concatenação de tais postulados não só consubstancia, no ordenamento jurídico brasileiro, os de tal princípio como, ao transbordar para o direito penal, passa a exigir uma culpabilidade do fato que rechaça qualquer conteúdo moralista na sentença penal, típico em uma culpabilidade do autor.

A secularização apresenta precioso filtro semântico às circunstâncias judiciais que devem ser expurgadas de qualquer conteúdo eticizante e, acima de tudo, precisam ser afinadas com os critérios que avaliam a culpabilidade do fato e a lesividade causada pela conduta, jamais cedendo ao direito penal do autor ou à elevação do juiz à condição de “árbitro do bom-viver”, capaz de ditar as formas corretas de se viver e, pior, os retratos psíquicos que devem ser cultivados por quem quer que seja.

Em três pontos fundamentais, a atual pesquisa demonstra que a avaliação da personalidade pela jurisprudência nacional ofende o princípio da secularização.

278 ROING, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

279 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. [2024].

- a. a dosimetria frequentemente se baseia em **juízos axiológicos emorais** por parte dos magistrados. Termos como “má índole”, “insensibilidade ético-moral” e “desvios de caráter” são abundantemente utilizados para descrever a personalidade negativa do acusado. Prática que inegavelmente remete a uma **concepção pré-secular do direito**;
- b. a ausência de uma definição legal precisa de personalidade e a predominância da noção de que o exame pode ser feito pelo magistrado leigo (no que se refere à anamnese técnica da personalidade) levam a que se utilize o **senso comum e a intuição moral** na sua avaliação. O significado amplíssimo dado ao termo permite que juízos de valor apartados dos fatos típicos apurados sejam incorporados. Essa falta de critérios objetivos e científicos abre espaço para que **concepções morais subjetivas, pessoais, condicionadas por projeções religiosas e/ou guiadas pelo imaginário popular influenciem a dosimetria da pena**;
- c. a possibilidade de o direito penal justificar o agravamento da pena com base em “projetos de vida”, “sentimentos”, “pensamentos” e “emoções” do réu representa uma **ingerência na esfera íntima do indivíduo**, que deveria ser protegida em uma sociedade secularizada. O princípio da secularização, ao conferir maior autonomia aos indivíduos para a construção de suas identidades, implica um limite à intervenção estatal em questões de foro íntimo que não causem lesão a bens jurídicos. Punir alguém por sua suposta “insensibilidade” extrapola a esfera do fato delitivo e adentra em um juízo sobre o “ser” do acusado.

4 PERSONALIDADE E CULPABILIDADE

O vocábulo “culpabilidade”, conforme ensina Paulo César Busato²⁸⁰, possui múltiplos sentidos e vasta importância na dogmática jurídico-penal. Trata-se, historicamente, de uma garantia contra a responsabilidade penal objetiva, uma vez que, em seus primórdios, a culpabilidade era definida por Liszt como o vínculo psicológico entre o resultado e o autor da conduta. Em tempos atuais, enquanto substrato do conceito analítico de crime, a culpabilidade exige, para a existência do delito, um juízo de reprovação pessoal do injusto penal, que deve passar pela análise da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Porém, como elemento de graduação de pena, a culpabilidade impõe uma relação proporcional entre culpa e castigo. É neste último sentido que o princípio da culpabilidade nos é valioso. Conforme César Roberto Bitencourt²⁸¹, este princípio constitucional implícito apregoa que “o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado”. Conversa, aqui, com o princípio da secularização, proibindo, na dosimetria da pena, que se faça conjecturas baseadas nos caracteres pessoais do agente, sua etnia, condição econômico-social ou suas escolhas de vida (culpabilidade do autor), permitindo apenas que se analise a ofensividade da conduta e do resultado que esta produz como elemento de graduação de pena (culpabilidade do fato).

A melhor forma de valorar a culpabilidade enquanto medida de pena, isto é, se seu fundamento material está no livre-arbítrio do homem (Welzel), na dirigibilidade normativa (Roxin) ou nas necessidades preventivas gerais positivas (Jakobs), ultrapassa o escopo deste trabalho. Porém, é evidente que a pesquisa realizada no primeiro capítulo aponta que a valoração da personalidade

280 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 67.

281 BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020, p. 73.

frequentemente consagra um **inadmissível Direito Penal do Autor**, que condena a pessoa do réu. Esse modelo penal é criticado por se basear em características pessoais do agente, e não na culpabilidade em concreto do fato.

A ideia de punir um indivíduo por uma suposta “personalidade voltada para o crime”. reflete um **juízo moral sobre a sua essência**, em vez de uma avaliação objetiva da sua conduta delituosa. O Direito Penal do Fato, exigido pelos ordenamentos jurídicos laicos contemporâneos, no qual a Constituição brasileira nos insere, deve se concentrar na ação criminosa e na lesão ao bem jurídico.

5 PERSONALIDADE E CONTRADITÓRIO

Nas palavras de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o contraditório pode ser definido como “a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-lo”²⁸². A CRFB/1988 expressamente garante o direito ao contraditório, ampla defesa e os meios e recursos a ela inerentes a todos os acusados no processo penal em seu art. 5º, LV.

Aury Lopes Júnior, adotando a perspectiva teórica de Elio Fazzalari, afirma que o contraditório é elemento essencial do próprio processo, além de ser pilar do sistema acusatório e garantia jurídica e política de legitimidade do sistema punitivo. O mesmo autor expõe que são elementos do contraditório:

- a. o direito à informação;
- b. a possibilidade efetiva e igualitária de reação;
- c. a igualdade de oportunidades e, em matéria probatória, a garantia do contraditório deve ser observada na postulação, admissão, produção e valoração da prova. Em suma, a

282 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

sentença jurídico penal deve ser construída a partir do procedimento em contraditório²⁸³.

Luigi Ferrajoli²⁸⁴ eleva ao contraditório à posição de décimo axioma do garantismo penal. Isso é explicado pelo fato de que o garantismo é construído como um modelo cognitivo de identificação do desvio punível, baseado em uma epistemologia convencionalista que comporta a possibilidade de refutação das hipóteses acusatórias. Essa refutação é justamente viabilizada pelo princípio do contraditório consubstanciado pela real capacidade de reação e persuasão das partes processuais.

A avaliação da “personalidade” como circunstância judicial para a dosimetria da pena viola o princípio do **contraditório** de pelo menos 4 maneiras.

Conforme se depreende da pesquisa, a) a **natureza flexível da denotação da personalidade** permite que toda sorte de juízos axiológicos apartados dos fatos típicos apurados sejam incorporados à avaliação, de forma que é impossível para o acusado saber exatamente o que está sendo avaliado e, conseqüentemente, como se defender dessa avaliação. b) Predomina a noção de que o **exame da personalidade** pode e deve ser feito **sem a necessidade de conhecimentos técnicos de psicologia ou psiquiatria**. Essa falta de expertise e de um método científico claro impede que a defesa possa apresentar argumentos técnicos ou contraprovas eficazes contra uma avaliação subjetiva do magistrado.

Outrossim, c) a jurisprudência admite que a **personalidade do agente** seja **extraída virtualmente de qualquer sinal existencial do acusado**, dificultando a possibilidade de o réu se defender de inferências subjetivas baseadas em sua vida pregressa ou em aspectos de seu “ser”.

283 LOPES JUNIOR, Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 445.

284 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 564.

Por fim, o que parece ser o maior dos problemas envolvendo a avaliação da personalidade na jurisprudência, d) a aparente **ausência de um critério metodológico racional** frequentemente resulta em fundamentações genéricas e superficiais, nas quais não há um percurso intelectual claro e de um método de subsunção dos fatos a um critério seguro de avaliação. Tal estado da arte dificulta o exercício do contraditório e a própria revisibilidade das decisões pelas instâncias superiores.

A carência de um critério metodológico rigoroso é abordado por parte da doutrina que tenta salvar a legitimidade da personalidade enquanto circunstância judicial. Paulo César Busato²⁸⁵, em tentativa de erigir um conceito jurídico de personalidade, defende que a circunstância à qual se refere o art. 59 do Código Penal não se confunde com o conceito psicológico ou psiquiátrico, uma vez que esta definição não possui uniformidade mesmo dentro destas ciências. Para o doutrinador, a personalidade demanda a análise das qualidades morais, da índole, do sentimento moral do agente, bem como sua agressividade e sua tendência de se antepor ao ordenamento jurídico e deve ser verificada nos elementos informativos que revelam a maneira de ser e de agir do criminoso.

Juarez Cirino dos Santos²⁸⁶ discorda, apregoando que, no contexto do art. 59 (o que se percebe até mesmo pela exposição de motivos do Código Penal) personalidade não possui e nem pode possuir um conceito exclusivamente jurídico. A definição passa, inevitavelmente, pelos paradigmas das ciências *psi* e, bem por isso, o juiz de direito lida com obstáculos intransponíveis referentes às controvérsias destas delimitações. O julgador considerará apenas o *eu* perceptivo-consciente do *ego* ou incluirá, na análise da vida diária do agente, como as instâncias psíquicas do *superego* e pulsões intuitivas do

285 BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 850-851.

286 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 528.

id afetam sua índole e visão de mundo? Ou abandonará a iconografia freudiana por preferir as visões de Lacan?

Ainda que se admita um conceito estritamente jurídico da personalidade, esta consideração não eximiria a circunstância em questão das críticas construídas acima. Afinal, o uso de elementos informativos que revelam a maneira de agir do criminoso não afasta a principal consequência da ausência de um critério metodológico: o decisionismo judicial através do uso de impressões pessoais subjetivas e não falseáveis, mantendo-se a violação ao contraditório.

6 PERSONALIDADE E *NE BIS IN IDEM*

O *ne bis in idem* é o terceiro dos valiosos princípios na construção de nossa crítica. Keity Saboya²⁸⁷, afirma que as origens do princípio são impossível de se definir, havendo corrente que marca seu início no direito romano, vinculando-se ao conceito de coisa julgada, embora outra corrente afirme que seu começo se deu na Grécia. Independentemente de sua etimologia, o *ne bis in idem* é princípio que proíbe a dupla criminalização pelo mesmo fato e, se trata de princípio constitucionalmente implícito, que se desdobra a partir da garantia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CRFB/1988). Mesmo os que discordam de seu berço constitucional precisam reconhecer que o postulado se encontra previsto em múltiplos tratados internacionais adotados pelo direito brasileiro, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.7)²⁸⁸ ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 8.4)²⁸⁹.

287 SABOYA *apud* ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

288 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. [Nova Iorque]: ONU, 1966.

289 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969**. [San José]: CIDH, 1969.

Regis Prado²⁹⁰ ensina que, na vertente processual, o *ne bis in idem* proíbe o duplo processo e julgamento por fato que do qual o réu já tenha sido condenado ou absolvido. Do ponto de vista do direito material, o princípio proíbe que a mesma conduta delitiva se subsuma a mais de um tipo penal (gerando a dogmática do conflito aparente de normas incriminadoras) e que o Estado-juiz valere negativamente duas vezes o mesmo fato na aplicação da pena. Defendemos que, mais do que buscar a ausência de tautologias punitivas nos institutos relativos à sanção penal, o *ne bis in idem* nos obriga a restringir o horizonte semântico das circunstâncias dosimétricas com vista a se evitar contradições e, ao mesmo tempo, reconhecer a invalidade (por controle de constitucionalidade ou convencionalidade) de inegáveis duplicidades punitivas em nosso sistema.

Em diversos dos julgados estudados, os julgadores demonstram um esforço formal para evitar o *bis in idem*, porém, a **vagueza e a amplitude do conceito de personalidade** permitem que o magistrado extraia juízos negativos de praticamente qualquer aspecto da vida do acusado, inclusive de elementos que já deveriam ser considerados em outras vetoriais do artigo 59 do Código Penal ou em fases posteriores da dosimetria. Por exemplo, a especial crueldade na execução de um delito poderia levar a um aumento da pena-base pelas “circunstâncias do crime” e, simultaneamente, ser utilizada para caracterizar uma “personalidade fria e calculista”, resultando em um novo aumento da pena pela vetorial da personalidade.

Ademais, em que a pese a pesquisa concluir que, conforme entendimento jurisprudencial majoritário, inquéritos policiais, ações penais em curso e sentenças penais, ainda que transitadas em julgado, não podem servir para negatar a personalidade do agente, uma vez que já são utilizadas na valoração dos antecedentes. Verificou-se que os magistrados possuem a tendência de empregar um “toque alquímico” para burlar o entendimento mencionado, produzindo um juízo de valor acerca da intimidade do réu por meio de seus registros

290 PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 163.

criminais, afirmando que sua **personalidade anormal ou voltada para o crime** é um corolário de seu histórico delitivo, violando-se de forma sub-reptícia um dos únicos obstáculos usualmente respeitados à exacerbação da pena pela jurisprudência: o princípio do *ne bis in idem*.

7 É NECESSÁRIO VALORAR A PERSONALIDADE PARA INDIVIDUALIZAR A PENA? (UMA PERSPECTIVA AGNÓSTICA-REDUTORA DA ATIVIDADE DOSIMÉTRICA)

A individualização da pena é entendida, segundo Salo de Carvalho²⁹¹, como a exigência de se limitar a sanção ao grau de culpabilidade dos coautores e partícipes do delito, o que demanda uma adequação tanto quantitativa quanto qualitativa em todos os níveis de exercício do poder punitivo. Guilherme de Souza Nucci ressalta que a função primordial desse princípio é evitar a padronização da pena, rompendo com a “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, sem que o juiz seja tratado apenas como um executor desprovido de reflexão crítica. Conforme o autor, o postulado visa viabilizar a imposição de uma pena justa e adequada tanto ao delito quanto ao delinquente²⁹².

Na perspectiva de Luiz Regis Prado²⁹³, o princípio constitui uma diretriz constitucional orientadora para a imposição, aplicação e execução da pena, de modo que o condenado receba uma sanção compatível com a reprovação e prevenção do crime. O autor destaca que a individualização se opera em três fases distintas:

291 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265.

292 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Forense, 2015, p. 27.

293 PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 769.

- a. na fase legislativa, a qual orienta a cominação de penas, exigindo do legislador a previsão de uma escala penal adequada e proporcional à conduta incriminada;
- b. na fase de individualização judicial, onde o juiz, na sentença penal condenatória, deve ajustar, em conformidade com o delito e o perfil do delinquente, a espécie de pena dentre aquelas previstas, bem como a quantidade de pena privativa de liberdade, o regime inicial aplicável e as medidas de substituição ou suspensão condicional da pena; e,
- c. na fase executiva, na qual a atividade judicial abrange a progressão ou regressão de regime, o livramento condicional, além de outros institutos como remição, detração e comutação, permitindo a modificação da quantidade e qualidade da sanção durante sua execução.

Mais do que impedir uma sanção padronizada desde a fase legislativa até a execução, o princípio da individualização da pena, conforme Salo de Carvalho²⁹⁴, mantém a ideia de que, nos países ocidentais democráticos – principalmente naqueles que adotam a tradição romano-germânica – a individualização está intrinsecamente vinculada às funções da pena. Essa concepção tem respaldo constitucional, uma vez que o art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/1988 delega à legislação infraconstitucional a regulamentação da individualização da pena, o que se concretiza na fase judicial da aplicação da pena privativa de liberdade, por meio dos arts. 68 e 59 do Código Penal – sendo que este último dispõe, ao listar os critérios para a avaliação das circunstâncias judiciais, que o juiz deve orientar sua decisão pela pena “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”²⁹⁵.

Todavia, apesar das orientações contidas no art.59 do Código Penal, que fundamentam a pena em retribuição e prevenção,

294 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267.

295 BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

observa-se que a atual Constituição provocou uma ruptura com os objetivos clássicos da pena, uma vez que a Carta Constitucional não endossa de forma inequívoca nenhuma das funções tradicionais da sanção – funções essas que se encontram esvaziadas pela ilegitimidade (ao incorrer em afronta a direitos fundamentais) ou pela ineficácia, considerando que o propósito preventivo nunca pôde ser empiricamente demonstrado.

Apesar dessas críticas, a estrutura teleológica da individualização da pena permanece como justificativa. Segundo Rodrigo Duque Estrada Roig²⁹⁶, o princípio impõe ao julgador duas obrigações:

- a. adotar, a partir de uma perspectiva redutora de danos, medidas para mitigar a irracionalidade inerente ao poder punitivo e à abrangência dos efeitos dessa sanção sobre o indivíduo; e
- b. afastar os fundamentos baseados na gravidade abstrata do delito, os quais dificultam a formulação de uma decisão suficientemente argumentada para conter a ação punitiva do Estado.

Dessa forma, a interpretação teleológica-constitucional da individualização da pena – orientada pelo intuito de reduzir a irracionalidade intrínseca à natureza político-punitiva do sistema penal – consubstancia, em essência, a teoria da pena. Tal abordagem, fundamentada em contribuições teóricas de autores como: Eugênio Raul Zaffaroni²⁹⁷, Salo de Carvalho²⁹⁸ e Rodrigo Duque Estrada Roig²⁹⁹, propõe uma limitação necessária à atividade dosimétrica,

296 ROING, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

297 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Culpabilidad y vulnerabilidad social*. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: BdeF. 2005; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

298 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

299 ROING, *op. cit.*

especialmente no que se refere ao campo semântico das circunstâncias judiciais.

Conclui-se, assim, que a teleologia presente na atual valoração da personalidade não é compatível com uma visão constitucionalizada da individualização da pena, pois, desvendar a periculosidade do réu através do exame de fatos e características que supostamente revelam sua índole (tal qual é feito pela jurisprudência brasileira) não é atividade capaz de garantir a reprovação e prevenção do crime, seja porque as tradicionais teorias fundamentadoras da pena são empiricamente indemonstráveis, logicamente falaciosas ou constitucionalmente ilegítimas ou simplesmente porque a descoberta de uma “personalidade voltada ao crime” é caudatária de um positivismo criminológico que pressupõe a existência de “criminosos naturais” contra os quais a pena deve servir como instrumento de defesa social, presunção esta inconstitucional por ofender os inúmeros princípios aqui esboçados.

A discricionariedade individualizadora da pena por parte dos magistrados deve ser mantida, nos termos de Rodrigo Duque Estrada Roig³⁰⁰, apenas para que o juiz “exerça audazmente seu dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo”. Assim, em resposta à pergunta feita ao início: não, a avaliação subjetivista, sempre enviesada e metodologicamente precária da personalidade do agente não é necessária para a individualização da pena.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida ao longo deste estudo evidencia, de forma incontestada, as fragilidades intrínsecas ao emprego da personalidade como circunstância judicial na dosimetria da pena. Consta, assim, que a indefinição e a ambiguidade semântica do conceito, aliadas à subjetividade inerente à avaliação dos juízes e a completa ausência de um critério metodológico racional, implicam em sérias violações

300 ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 112.

aos princípios constitucionais que devem nortear a aplicação do direito penal, sobretudo no que tange à legalidade, secularização, contraditório e *ne bis in idem*.

É possível sintetizar as conclusões em 8 assertivas.

- a. Evidencia-se que o vagaroso manuseio da personalidade como elemento de dosimetria acarreta uma ampliação indevida da discricionariedade judicial, ferindo o princípio estrito da legalidade.
- b. A ausência de delimitação jurídica precisa sobre o conceito de personalidade consubstancia a fragilidade semântica e metodológica necessária para uma avaliação objetiva, permitindo a prevalência de juízos subjetivos.
- c. A incorporação de critérios axiológicos e morais na análise penal resguarda uma prática que se distancia da necessária neutralidade e imparcialidade exigidas por um Estado Democrático de Direito.
- d. A secura conceitual da personalidade enquanto circunstância judicial revela a tensão entre os fundamentos históricos do Direito Penal e as demandas contemporâneas de uma abordagem laica e desprovida de moralismos.
- e. A indeterminação dos elementos normativos que compõem as circunstâncias judiciais compromete a previsibilidade das decisões, promovendo uma judicialização que carece de critérios de fundamentação robustos e cientificamente embasados.
- f. Torna-se patente que a avaliação subjetivista da personalidade é incompatível com o respeito aos princípios do contraditório, pois obscurece os parâmetros de defesa e inviabiliza uma contestação técnica e precisa dos fundamentos utilizados.
- g. O emprego exacerbado da personalidade na dosimetria enseja a duplicidade punitiva, afrontando o preceito do *ne bis in idem* e ampliando indevidamente a reprovabilidade do fato delitivo.

- h. Finalmente, a indispensabilidade da individualização da pena não pode se submeter à avaliação subjetiva da personalidade, mas deve privilegiar a análise do fato e da culpabilidade concreta, a fim de preservar os pilares constitucionais que garantem a racionalidade e a proporcionalidade da sanção penal, promovendo a diminuição da afetação do indivíduo em redução à beligerância do poder punitivo.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre elementos normativos no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos delitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 34, 1994, p. 282-283. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1077>. Acesso em: 14 maio 2025.

BOSHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 2 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicao-demotivos-pe.pdf>. Acesso em: 26 maio 2024.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.** [San José]: CIDH, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 maio 2025.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal.** São Paulo: Juspodivm, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Buenos Aires: BdeF, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 3.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Editorial Reus, 1927. t. II.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 445.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal: parte geral** - livro de estúdio. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1955.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. [Nova Iorque]: ONU, 1966. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/1/pactos.htm#:~:text=O%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos,o%20direito%20%C3%A0%20liberdade%3B%20a>. Acesso em: 15 dez. 2024.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Decisão penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução da 2. ed. alemã por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória.** 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena:** a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena. São Paulo: D'Plácido, 2022.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Culpabilidad y vulnerabilidade social. *In:* ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal.** Buenos Aires: BdeF. 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPÍTULO III

O DISCERNIMENTO ACERCA DA LEI E A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE

O DISCERNIMENTO ACERCA DA LEI E A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE

*Klelia Canabrava Aleixo*³⁰¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Por outra epistemologia para o direito penal. 3 O limite da lei, a pessoa e os direitos humanos. 4 Bases para uma epistemologia do direito penal para a vida. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este texto parte de algumas conclusões dos capítulos anteriores, dentre elas, a da arbitrariedade, incontornável, da circunstância judicial da personalidade prevista no art. 59 do Código Penal (CP) brasileiro³⁰² e da violação desta circunstância à principiologia constitucional penal.

Sendo a lei penal manifestação do poder político que habilita o exercício do poder punitivo pelo Estado, cabe ao direito penal, enquanto saber, interpretar tal dispositivo legal a partir da proposta de contenção deste poder.

Este capítulo buscará, pois, refletir sobre as referidas conclusões à luz da proposta da construção de outra epistemologia para o direito penal, delineada na seção 2 informada pelas lutas empreendidas pelos juristas na América Latina que resistem a intervenção penal deslegítima em razão das arbitrariedades e violências causadas pelo próprio sistema penal.

301 * Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora Adjunta de Direito Penal, Criminologia e Política Criminal nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

302 BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

Considerando a proposta de incorporação das lutas ao saber jurídico penal, a luta empreendida por Amilton Bueno de Carvalho³⁰³ é referência e enfrentou também a questão da lei penal, seu sentido e sua aplicação, que será trazida na seção 3.

A partir dela, apresenta-se a hipótese de que há limites à lei penal, sendo a pessoa o principal deles. Considerando a pessoa como limite, a circunstância judicial da personalidade, além dos problemas apresentados, violaria também o direito humano básico do agente de ser considerado como pessoa e não como objeto de intervenção penal.

Isto posto, será trabalhada a importância do discernimento acerca da lei e das instituições, conforme delineado no pensamento de Franz Hinkelammert³⁰⁴ exposto também na seção 3.

Em seguida, na seção 4; serão indicadas algumas bases para a construção de uma epistemologia do direito penal fundada na pessoa e na ética da vida que, conseqüentemente, rechaça a lei que assim não considere.

As considerações finais serão apresentadas na seção 5.

2 POR OUTRA EPISTEMOLOGIA PARA O DIREITO PENAL

No campo do saber jurídico penal, a crítica não tem apenas a função de desconstrução. Dentre as urgências prementes neste âmbito, a de contenção da violência extrema produzida pelo poder punitivo estatal é imperativo máximo do processo de humanização.

A proposta de um pensamento crítico tem, pois, como horizonte o avanço do processo civilizatório na história que passa também pela contenção do poder de punir exercido pelos tribunais.

303 CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei penal**: sentido e aplicação (e outros ensaios críticos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

304 HINKELAMMERT, Franz Josef. La rebelión en la tierra y la rebelión en el cielo: el ser humano como sujeto. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo. (org.). **Anuário Ibero-americano de direitos humanos (2001-2002)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; HINKELAMMERT, Franz Josef. **Hacia una crítica de la razón mítica**: el labirinto de la modernidad. México: Editorial Driada, 2008.

Parte da consideração de que tal violência, além de recair sobre as pessoas, sustenta as estruturas de subdesenvolvimento na América Latina através do discurso jurídico penal. No tocante ao Brasil, Ílison Dias dos Santos³⁰⁵ detalha que não se trata unicamente de reivindicar a dignidade humana, valor universalmente válido e suficiente, mas, de reconstruir o próprio Estado, debilitado não apenas na sua qualidade de Estado de Direito, mas, também como Estado em si.

Nesta conjuntura, a resistência torna-se fundamental. Eugenio Raúl Zaffaroni observa que graças às resistências estamos aqui e podemos ser-aqui tentando projetar mudanças a partir de nossa margem. Para tal, é importante que as táticas de resistência sejam identificadas e incorporadas ao saber jurídico penal³⁰⁶.

Em outra obra, o autor esclarece juntamente com Ílison Dias dos Santos que como, em definitivo, é o poder quem decide o que é (ou não) ciência, para descartar todo conhecimento disfuncional e deslegitimá-lo cientificamente apresentando-o como política, folclore, tradição, etc., ainda estamos sujeitos às epistemologias do Norte e, os discursos críticos de pensadores e lutadores não são considerados³⁰⁷.

A dominação epistemológica que relega muitos saberes a espaços de subalternidade é problema também enfrentado por Boaventura de Souza Santos que propôs a constituição de Epistemologias do Sul, que incorporem na ciência os saberes produzidos a partir das lutas empreendidas por aqueles que resistem às mazelas produzidas pelo subdesenvolvimento colonialista. Neste sentido, considera que:

As epistemologias do Sul aportam instrumentos teóricos e metodológicos que permitem desenvolver

305 Informações fornecidas por Ílison Dias dos Santos, 2025, sobre a publicação em fase de elaboração intitulada *La política criminal del "outro": de la inclusión del estado de derecho a la exclusión del actual estado de castas*.

306 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro**: a criminologia do ser-aqui. Tradução e apresentação de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021, p. 130.

307 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 36.

um diagnóstico crítico do presente que tem como seu elemento constitutivo a possibilidade de reconstruir, formular e legitimar alternativas para uma sociedade mais justa e livre³⁰⁸.

Denota-se, pois, que a busca por alternativas para uma sociedade mais justa e livre passa também pela construção de outra epistemologia para os saberes, incluindo o direito penal, não mais alicerçado em teorias, métodos e leis voltados à legitimação expressa ou aparente da intervenção punitiva estatal.

Tal epistemologia parte da deslegitimação ab initio de tal intervenção, explicitada pela criminologia crítica, que evidenciou e evidencia as violências causadas pelo próprio sistema penal³⁰⁹.

Neste contexto, a discussão sobre a lei que será empreendida neste capítulo torna-se essencial enquanto “o direito penal não sobrevive sem lei, sem a legalidade; é a lei que cria o crime em determinado momento da história [...]”³¹⁰. É a lei penal que autoriza o exercício do poder punitivo estatal através do processo de criminalização e da previsão da sanção. Ocorre que a lei encontra limites à atuação deste poder.

3 O LIMITE DA LEI, A PESSOA E OS DIREITOS HUMANOS

Dentre os autores que enfrentam questões cruciais acerca da lei, a reflexão empreendida por Amilton Bueno de Carvalho³¹¹ acerca do seu sentido e aplicação é referência, pelo seu trabalho incessante

308 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 10.

309 Sobre o detalhamento do giro epistemológico ocorrido na criminologia e as vertentes contemporâneas da criminologia crítica no Brasil ver: CARVALHO, Salo de. **Criminologia crítica brasileira: dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

310 CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei penal: sentido e aplicação (e outros ensaios críticos)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

311 *Ibidem*.

de luta pela garantia da vida humana, especialmente da pessoa que sofre os efeitos da lei penal. O seu pensamento é essencial também para constituir uma epistemologia jurídica penal latino-americana, incorporando os saberes produzidos a partir das lutas empreendidas em nossa região por aqueles que resistem ao poder punitivo estatal.

Sobre a questão da lei penal, ele considera que, “tem-se claro que é impossível vivência em sociedade sem lei (aqui no sentido de norma), sem mínima regulação social. Não se vislumbra possibilidade do humano sem ela”³¹².

A essência da lei está em ser limite: “[...] limite de mim-para-com-outro, limite do outro- para-comigo, limite ao próprio “fazedor” da lei: o Estado”³¹³.

Inobstante a necessidade da lei, a análise da legalidade não pode se dar de maneira rasteira, adstrita à interpretação e aplicação do que nela está previsto, independentemente do que esteja. Este processo encontra limites.

Amilton Bueno de Carvalho destaca alguns aspectos da lei, a de ser um ponto final, um acabamento que nada mais cria, que conserva o passado no presente, impedindo o devir. Outro aspecto está voltado para o fato de que a lei aterrizava conquistas da humanidade, quando ela instrumentaliza princípios, vitórias que o homem alcança na caminhada histórica contra a barbárie, como, por exemplo, o princípio da vida digna para todos. Nesse sentido, a lei é impeditiva de retrocesso³¹⁴.

A essência da lei está em ser limite, mas ela encontra limites também.

O limite da lei não está em outra lei, seja a constituição, tratados ou convenções internacionais, que são filtros, mas não limites. O principal limite, intransponível, da lei é a pessoa, dessa forma considerada, a intangibilidade de sua subjetividade e seus direitos

312 *Ibidem.*, p. 17.

313 CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei penal**: sentido e aplicação (e outros ensaios críticos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 20.

314 *Ibidem.*, p. 29.

humanos, entendidos na perspectiva concreta, daquilo que a pessoa necessita para viver com dignidade em sociedade.

Quando a pessoa não é assim considerada pela lei, faz-se necessário minar o muro da lei: “Neste último momento, o que pretendo discutir aqui- há que se minar o muro, há que se ultrapassar a legalidade em favor das garantias da humanidade, garantias que possibilitem a vida [...]”³¹⁵.

O art. 59 do CP³¹⁶. ao indicar a personalidade do agente como circunstância a ser considerada pelo juiz na fixação da pena, considera a pessoa como um objeto de intervenção estatal e a lei um meio, instrumento de defesa social. Acredita ser possível ao juiz capturar a pessoa e neutraliza-la por meio da aplicação da pena.

Este dispositivo legal viola os direitos humanos que, no âmbito das práticas punitivas, impedem que qualquer ser humano seja considerado como um objeto, estigmatizado pela periculosidade³¹⁷.

A partir da pesquisa jurisprudencial empreendida no primeiro capítulo deste livro, verifica-se que nenhuma suposta avaliação da personalidade do agente considerou eventual aspecto positivo da mesma. As decisões que dizem considerar a personalidade do agente a restringe a indicações de periculosidade. Nesse sentido, evidenciou-se que o juízo acerca da personalidade do condenado é determinado pelo estigma do crime enquanto sinal de periculosidade e a, supostamente, defender a sociedade através da pena.

Ignora-se o arbítrio presente na fixação da pena que, dissociando-se do fato praticado, valora a personalidade do autor, considerando-o como objeto de intervenção punitiva:

Logo, são admissíveis apenas normas que proíbem e previnam fatos, e não normas que proíbam ou

315 *Ibidem*.

316 BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

317 CARVALHO, Salo de. ‘Criminologia, garantismo y teoria crítica de los derechos humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos’. **NOVUMJUS**, v. 3, n. 1, p. 161-200, Enero/Junio. 2009, p. 198.

desmoralizam identidades, apenas juízos que acertem a prova de uma ação e não valorações sobre a personalidade do réu; apenas tratamentos punitivos relacionados ao fato previsto como delito e resolvido mediante provas, e não tratamentos individualizados e modelados sobre a personalidade do imputado ou recluso³¹⁸.

Em outro trabalho, Salo de Carvalho ressalta que a visualização do processo de objetivação do sujeito criminalizado proporciona elementos de compreensão tanto das práticas penais colonizadoras da América Latina, forjadas pela escola positiva, como das atuais tendências reconstrutoras da perigosidade presentes no funcionalismo penal do inimigo. “Em todas elas se percebe a exclusão da humanidade no sentido positivo do humano (criminalizado), legitimando atos radicais de violência”³¹⁹.

A premissa básica do saber jurídico penal e de sua aplicação deve estar no reconhecimento e consideração de que todo ser humano, incluindo o condenado, é uma pessoa humana “única e irrepetível na história”³²⁰ e não um objeto.

O dispositivo legal previsto no art. 59 do CP³²¹, ao determinar que o juiz considere na fixação da pena a personalidade do agente, acaba por objetificá-lo, instrumentalizá-lo, negá-lo, enquanto tal consideração é voltada à prevenção do crime e à defesa da sociedade. Sendo o ser humano sujeito e não objeto, no tocante a este aspecto, a lei não deve ser aplicada, nem mesmo ser considerada fonte do direito penal por violar o direito humano básico do ser humano de ser pessoa.

318 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 61.

319 CARVALHO, *op. cit.*, p. 178.

320 CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei penal: sentido e aplicação** (e outros ensaios críticos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 47.

321 BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

O não cumprimento da lei, neste particular aspecto, não representa inobservância do direito penal, que é um saber constituído também por teorias e princípios. A proposta deve ter como ponto de partida a diferença existente entre o poder punitivo, manifesto na lei, e o direito penal que é um

[...] ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito³²².

Ocorre que, conforme demonstrado no segundo capítulo deste livro, a circunstância judicial da personalidade também viola a principiologia do direito penal.

Ressalta-se que uma lei penal que viola direito humano é uma lei penal desumana e conseqüentemente configura um direito penal desumano³²³. Retorna-se, pois, à questão epistemológica inaugural do texto indicativa de que o direito penal, enquanto saber, não pode ter em sua estrutura lei penal desumana que, de qualquer forma e sob qualquer custo, busca legitimar a intervenção punitiva estatal.

Eugênio Raúl Zaffaroni relembra que o direito penal desumano opera sempre pela milenar tática de fabricação do inimigo, figura que percorre toda a história do direito penal, como reflexo de um marcado vazio antropológico muito mais amplo³²⁴.

Franz Hinkelammert observou que o nefasto circuito da construção do monstro aparece constantemente nos conflitos

322 ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1, p. 40.

323 Sobre a necessidade de constituição de um direito penal humano e alguns problemas do direito penal desumano ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal humano e poder no século XXI**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021b.

324 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal humano e poder no século XXI**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021b.

políticos mundiais, mas também pode aparecer de uma forma surpreendentemente análoga nas instituições. Ocorre que a produção do outro como monstro não diz sobre ele, mas sobre aquele que o produziu³²⁵.

Na prática da aplicação da pena, a circunstância judicial da personalidade enseja tal construção. Assim, a “personalidade perversa, agressiva, voltada para o crime” construída em várias decisões judiciais presentes no primeiro capítulo deste livro, acabam por identificar o agente ao monstro, inimigo que deve ser neutralizado através da aplicação da pena para a defesa social.

Portanto, faz-se necessário discernimento acerca da lei e das instituições, “o ser humano tem que possuir a capacidade de discernir sobre os excessos do poder e as instituições que o representam”³²⁶.

O professor Pablo Richard considerou, dentre os fetichismos, o fetichismo da lei o mais opressor e destruidor do homem por constituir um fetiche que perverte a própria consciência humana. Nessa senda, pondera que “[e]m si, a lei é boa; mas, quando o homem busca salvação na lei, esta se converte em um ídolo que mata. A lei não tem nenhuma força libertadora [...]”³²⁷.

A questão da afirmação e negação do ser humano como sujeito na história é trabalhada por Franz Hinkelammert a partir de mitos fundantes de nossa tradição, alcançando a questão do discernimento acerca da lei e das instituições.

O autor considera que o ser humano se afirma como sujeito na história através do descumprimento da lei sem sentido, arbitrária, mero ato de poder que fere a dignidade humana. Desta forma, o não cumprimento da lei representa uma rebelião legítima, obrigatória,

325 HINKELAMMERT, Franz Josef. **Hacia una crítica de la razón mítica**: el labirinto de la modernidad. México: Editorial Driada, 2008, p. 208.

326 RUBIO, David Sánchez. Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo. (org.). **Anuário Ibero-americano de direitos humanos (2001-2002)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 89.

327 RICHARD, Pablo. Nossa luta é contra os ídolos. In: RICHARD, Pablo (org.). **A luta dos deuses**: os ídolos da opressão e a busca do Deus libertador. São Paulo: Paulinas, 1982, p. 34-35.

necessária. Não ocorrendo, o ser não merece ser humano dotado de liberdade e dignidade. A transgressão humaniza e é dignificação. O ser se torna humano por um ato de liberdade que consiste na rebelião contra uma lei arbitrária. Diante de uma lei que expressa uma mera ordem arbitrária, a única coisa que resta a um ser digno é violá-la. Caso contrário, perderia a sua dignidade e com ela a sua liberdade. Assim, o ser humano se constitui como sujeito na história através da rebelião contra a lei que não é voltada para a vida³²⁸.

A lei absoluta, reduzida ao simples legalismo da lei, absolutiza as instituições cuja centralidade das ações sociais e políticas não giram em torno da pessoa, mas, em torno do “desenvolvimento” e manutenção das próprias instituições. Para Franz Hinkelammert, este problema não conduz à abolição das leis e das instituições, já que elas são essenciais para a organização da vida em sociedade, mas, na necessidade do discernimento acerca do sentido da lei e das instituições³²⁹.

O discernimento acerca da lei e das instituições deve ser feito a partir da consideração do ser humano concreto como sujeito necessitado dos direitos humanos para viver. Os direitos humanos formulam exigências frente à lei e às instituições, tornando imprescindível um processo contínuo de recuperação dos direitos humanos das pessoas em relação às instituições, sejam sociais ou jurídicas. Na esteira de Hinkelammert, é necessário a recuperação do sentido da lei e das instituições que é o ser humano como sujeito vivo e necessitado dos direitos humanos para viver³³⁰.

Sendo o ser humano, enquanto pessoa, o critério de discernimento da lei e das instituições, a lei que o considera como objeto não pode ser aplicada, da mesma forma que as instituições, vazias de sentido, não podem ser legitimadas.

328 HINKELAMMERT, Franz Josef. **La rebelión en la tierra**, p. 255.

329 *Ibidem*.

330 *Ibidem*.

4 BASES PARA UMA EPISTEMOLOGIA DO DIREITO PENAL PARA A VIDA

No texto *Provocaciones para una nueva epistemologia. Conversaciones con Franz Hinkelammert*, escrito em homenagem a Franz Hinkelammert, o professor Norman José Solórzano Alfaro destaca que a reconstituição das ciências empíricas, especialmente das ciências sociais, é um projeto que foi considerado incompleto pelo homenageado, que deixou em seu pensamento algumas pistas para a sua realização.

Parte da consideração de que, tradicionalmente, o processo de conhecimento é apresentado como sendo realizado a partir de um observador externo, considerado imparcial, abstrato, ou seja, a-histórico. Ele se coloca alheio à realidade sobre a qual tende a legislar³³¹.

A posição de externalidade frente à realidade analisada em que o observador é colocado pelo discurso metodológico científico o incapacita a compreender fenômenos complexos, como a vida, o impossibilita de dialogar com aqueles que são impactados pela ação do conhecimento e o faz acreditar que não tem nenhuma responsabilidade sobre ela³³².

Diante disso, Franz Hinkelammert reage e denuncia a evidência de que o interesse disso é eliminar qualquer possibilidade de impor algum tipo de ética ao exercício das ciências sociais, eliminando através da inércia qualquer possibilidade de ação. “Este observador onisciente é somente observador, não ser vivente que atua”³³³.

331 SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. *Provocaciones para una nueva epistemologia: conversaciones con Franz Hinkelammert*. **Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica**, v. 62, n. 162, p. 155-165, Enero/Abr. 2023, p. 159.

332 *Ibidem*.

333 “Este observador onisciente es solamente observador, no ser viviente que actúa”. HINKELAMMERT *apud* SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. *Provocaciones para una nueva epistemologia: conversaciones con Franz Hinkelammert*. **Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica**, v. 62, n. 162, p. 155-165, Enero/Abr. 2023.

Tal afastamento resulta em epistemologias sem sujeito que mantêm uma alienação do observador acerca de questões vitais, que vinculam o ser humano. Por tal razão, ele as considera incompatíveis com a dignidade humana³³⁴.

Para Franz Hinkelammert, o sujeito que (realmente) conhece é um sujeito vivo, ativo, que se aproxima da realidade, aprende e se humaniza³³⁵. Tal sujeito se descobre limitado pela morte e necessita das condições que o permitem viver. Assim, a epistemologia se vincula à realidade da vida dos sujeitos humanos vivos e deve estar a serviço dela. Ele propõe uma epistemologia com sujeitos.

Surge, portanto, um postulado ético em que o ser humano emerge como sujeito para afirmar a vida, tornando-se sujeito na luta para evitar o assassinato. Neste contexto, emerge a ética da vida que parte da luta para não matar.

Partindo destas bases epistemológicas, o direito penal, enquanto saber voltado à contenção da violência estatal, também deve ter como critério de discernimento a pessoa, sua vida e seus direitos. Este deve ser o pressuposto ético do saber jurídico penal³³⁶. Assim, o jurista não deve ser um observador externo, imparcial e a-histórico. Ele deve se vincular à realidade social local das pessoas que sofrem a intervenção penal e seus efeitos, devendo estar a serviço de suas vidas, o que implica em ações de redução de danos. Deve assumir como pressuposto da ciência penal a ética da vida, que parte da luta contra processos e espaços de morte produzidos no campo penal em nossa margem latino-americana.

334 HINKELAMMERT *apud* SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. Provocaciones para una nueva epistemología: conversaciones con Franz Hinkelammert. **Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica**, v. 62, n. 162, p. 155-165, Enero/Abr. 2023.

335 Para Franz Hinkelammert a capacidade transformadora é fator central no processo de humanização. *Ibidem*.

336 A proposta de uma nova forma de compreensão do direito penal a partir da pessoa, com matrizes teóricas diversas das empregadas nesse texto, foi apresentada também por Francisco Vilas Boas em sua tese de doutorado que originou a obra *Bases para uma teoria antropocêntrica de direito penal*. VILAS BOAS, Francisco. **Bases para uma teoria antropocêntrica de direito penal**. São Paulo: Editora Trevo, 2022.

Sendo uma epistemologia de aproximação, de sujeitos, voltada para a vida, deve enfrentar o problema da intervenção penal que ocorre a partir da racionalidade “Eu sou se te derroto” identificando e propondo caminhos para uma intervenção do direito a partir da racionalidade “Eu sou se tu és”, tema que demanda outros estudos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal limite da lei, intransponível, é a pessoa, desta forma considerada, a intangibilidade de sua subjetividade e seus direitos humanos, entendidos na perspectiva concreta, daquilo que a pessoa necessita para viver com dignidade em sociedade. Quando a pessoa não é assim considerada pela lei, faz-se necessário minar o muro da lei.

O art. 59 do CP brasileiro, ao indicar a personalidade do agente como circunstância a ser considerada pelo juiz na fixação da pena, considera a pessoa como um objeto de intervenção estatal e a lei um meio, instrumento de defesa social. Esta previsão legal viola os direitos humanos que, no âmbito das práticas punitivas, impede que qualquer ser humano seja considerado como um objeto, estigmatizado pela periculosidade. Representa o arbítrio presente na fixação da pena que, dissociando-se do fato praticado, valora a personalidade do autor, considerando-o como objeto de intervenção punitiva.

Tal dispositivo legal, ao determinar que o juiz considere na fixação da pena a personalidade do agente acaba por objetificá-lo, instrumentalizá-lo, negá-lo, enquanto esta análise é voltada à prevenção do crime e à defesa da sociedade. Sendo o ser humano sujeito e não objeto, no tocante a este aspecto, a lei não deve ser aplicada, nem mesmo ser considerada fonte do direito penal por violar o direito humano básico do ser humano de ser pessoa.

A premissa básica do saber jurídico penal e de sua aplicação deve estar no reconhecimento e consideração de que todo ser humano, incluindo o condenado, é uma pessoa humana e não um objeto.

O não cumprimento da lei, neste particular aspecto, não representa inobservância do direito penal, que é um saber constituído também por teorias e princípios. Ocorre que a circunstância judicial da personalidade também viola a principiologia do direito penal.

Enquanto saber, o direito penal não pode estar alicerçado em lei penal desumana que, de qualquer forma e sob qualquer custo, busca legitimar a intervenção punitiva estatal. Portanto, faz-se necessário discernimento acerca da lei e das instituições.

Tal discernimento deve ser feito a partir da consideração do ser humano concreto como sujeito necessitado dos direitos humanos para viver. Os direitos humanos formulam exigências frente à lei e às instituições, tornando imprescindível um processo contínuo de recuperação dos direitos humanos das pessoas em relação às instituições, sejam sociais ou jurídicas.

Sendo o ser humano, enquanto pessoa, o critério de discernimento da lei e das instituições, a lei que o considera como objeto não pode ser aplicada, da mesma forma que as instituições, vazias de sentido, não podem ser legitimadas.

O direito penal, enquanto saber voltado à contenção da violência estatal, também deve ter como critério de discernimento a pessoa, sua vida e seus direitos. Este deve ser o pressuposto ético do saber jurídico penal. Assim, o jurista não deve ser um observador externo, imparcial e a-histórico. Ele deve se vincular à realidade social local das pessoas que sofrem a intervenção penal e seus efeitos, devendo estar a serviço de suas vidas, o que implica em ações de redução de danos. Deve assumir como pressuposto da ciência penal a ética da vida, que parte da luta contra processos e espaços de morte produzidos no campo penal em nossa margem latino-americana.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei penal: sentido e aplicação** (e outros ensaios críticos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Criminologia crítica brasileira: dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

CARVALHO, Salo de. 'Criminologia, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos'. **Novum Jus**, v. 3, n. 1, p. 161-200, Enero/Junio. 2009.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicao-demotivos-pe.pdf>. Acesso em: 26 maio 2024.

HINKELAMMERT, Franz Josef. La rebelión en la tierra y la rebelión en el cielo: el ser humano como sujeto. *In*: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo. (org.). **Anuário Ibero-americano de direitos humanos (2001-2002)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **Hacia una crítica de la razón mítica: el labirinto de la modernidad**. México: Editorial Dríada, 2008.

RICHARD, Pablo. Nossa luta é contra os ídolos. *In*: RICHARD, Pablo (org.). **A luta dos deuses: os ídolos da opressão e a busca do Deus libertador**. São Paulo: Paulinas, 1982, p. 9-38.

RUBIO, David Sánchez. Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades. *In*: RÚBIO, David

Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo. (org.). **Anuário Ibero-americano de direitos humanos (2001-2002)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Boitempo, 2016.

SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. Provocaciones para una nueva epistemología: conversaciones con Franz Hinkelammert. **Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica**, v. 62, n. 162, p. 155-165, Enero/Abr. 2023.

VILAS BOAS, Francisco. **Bases para uma teoria antropocêntrica de direito penal**. São Paulo: Editora Trevo, 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser-aqui**. Tradução e apresentação de Juares Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021a.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal humano e poder no século XXI**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.