

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIAS

Douglas Hippmann Jaques

FIXAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE
NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Porto Alegre

2023

DOUGLAS HIPPMANN JAQUES

**FIXAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE
NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Orlando Faccini Neto.

Porto Alegre

2023

CIP - Catalogação na Publicação

Jaques, Douglas Hippmann

Fixação da pena: Análise da personalidade do agente na doutrina e jurisprudência brasileiras / Douglas Hippmann Jaques. -- 2023.

98 f.

Orientador: Orlando Faccini Neto.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Dosimetria. 2. Personalidade do agente. 3. Direito penal do fato. 4. Direito penal do autor. 5. Princípio da individualização da pena. I. Neto, Orlando Faccini, orient. II. Título.

Douglas Hippmann Jaques

**FIXAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE
NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 04 de setembro de 2023, com obtenção de conceito A.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orlando Faccini Neto

— Orientador —

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof.^a Ana Paula Motta Costa

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Porto Alegre

2023

AGRADECIMENTOS

Para mim, o término deste TCC muito significa; simboliza o encerramento de um importantíssimo ciclo de minha vida: período marcado por grandes aprendizados, valorosas experiências e indissolúveis laços – em suma, por preciosas recordações que, como inseparáveis bagagens que, hoje, alegremente carrego, fizeram valer a pena todo o esforço e dedicação por mim empreendidos ao longo destes longos (mas inesquecíveis) anos em que, por uma mais que acertada escolha, mergulhei no honroso e desafiador mundo do Direito. E em meio a esta efusão de sentimentos e realizações, eu não poderia deixar de agradecer àqueles que, a meu ver, detêm, se não todo, pelo menos a maior parte do mérito no tocante às conquistas acima elencadas.

Em primeiro lugar, eu gostaria de agradecer a Deus, não apenas por Seu cuidado diário, mas também por sempre estar a guiar os meus passos. Mesmo – várias vezes – sem saber para aonde ou por qual caminho prosseguir, Ele a todo momento foi a minha direção e a minha maior fonte de força, certeza e esperança. Se hoje aqui estou, faço-me presente graças ao bondoso e benevolente suster Divino. Com o coração transbordante de alegria e gratidão, faço das palavras do profeta Samuel as minhas: “Até aqui nos ajudou o SENHOR.” (I Samuel 7:12).

Em segundo lugar, eu gostaria de agradecer à minha família, e, em especial, à minha querida mãe Liane Hippmann. Faltam-me palavras para descrever sua imensurável importância não somente em minha breve trajetória estudantil, mas em minha vida. Agradeço-lhe por estar sempre presente, sendo, a todo momento, minha auxiliadora, aconselhadora e companheira; em outras palavras, uma verdadeira e inspiradora mãe – meu maior exemplo de força, bondade, amor abnegado e doação, virtudes que sempre carregarei comigo no fundo do meu coração. Muito obrigado por tudo! Tenho muito orgulho de ser seu filho!

Em terceiro lugar, agradeço aos meus amigos, especialmente ao nobre Solano Rosa, que, surgido na hora certa e com o transcorrer do tempo, passou de um simples colega para um insubstituível e valoroso irmão, alguém que muito admiro e que para sempre levarei em meu coração. Muito obrigado por todo o apoio, auxílio e irmandade! Como muito bem expressa o nosso lema, “daqui para a eternidade”.

Em quarto lugar, eu gostaria de agradecer ao Prof. Orlando Faccini Neto por ter-me orientado durante o desenvolvimento dessa pesquisa. Indubitavelmente, dedicação, atenção, presteza, finesse e compreensão são alguns dos muitos adjetivos que o acompanham, em virtude de seu admirável tratamento humano. Assim, reitero a honra de tê-lo como meu orientador.

Por fim, agradeço à minha gentil madrinha Inês Reckziegel. Se hoje estou para graduar-me em Direito, devo os créditos aos seus preciosíssimos conselhos. Muito obrigado!

Não torcerás o juízo, não farás acepção de pessoas, nem receberás peitas; porquanto a peita cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos. A justiça, somente a justiça seguirás [...].

Deuteronômio 16:19, 20

RESUMO

O presente estudo propõe-se a analisar o entendimento da circunstância judicial personalidade do agente na doutrina brasileira e seus reflexos na jurisprudência do TJ/RS e do STJ, tendo-se como panorama os sistemas de direito penal do fato e do autor, e o princípio constitucional da individualização da pena. Tendo-se em vista a alegação crítica de que tal vetor consiste em um resquício do já superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato, esta pesquisa visará demonstrar que a valoração negativa da circunstância judicial personalidade do agente, na primeira fase da dosimetria da pena, não possui qualquer relação com o pretérito sistema, sendo tal entendimento um equívoco. A aplicação desse vetor consiste tão somente na concreta realização do princípio e mandamento constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), uma vez que, ao garantir que indivíduos com expressivos defeitos de caráter tenham suas condutas delitivas mais intensamente reprovadas, atua diretamente na prevenção da reiteração criminal, permitindo, assim, com maior veemência, que as penas a eles impostas possam cumprir, efetivamente, suas funções. Far-se-á o uso do método indutivo, procedendo-se à compilação, cotejo e confronto de diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de chegar-se a uma conclusão universal quanto à possibilidade ou não, em conformidade com a Constituição Federal, de seu sopesamento negativo.

Palavras-chave: Dosimetria. Personalidade do agente. Direito penal do fato. Direito penal do autor. Princípio da individualização da pena.

ABSTRACT

This study aims to analyse the understanding of the judicial circumstance personality of the agent in the Brazilian doctrine and its consequences in the jurisprudence of the TJ/RS and STJ, having as a background the systems of criminal law of the fact and the author, and the constitutional principle of the individualization of the penalty. Having in mind the critical allegation that such vector consists in a remnant of the already outdated criminal law of the author, in detriment of the criminal law of the fact, this research will seek to demonstrate that the negative valuation of the judicial circumstance personality of the agent, in the first phase of the dosimetry of the penalty, does not have any relation with the former system, being such understanding a misconception. The application of this vector consists only in the concrete realization of the principle and constitutional commandment of the individualization of the penalty (art. 5, XLVI, CF), once, by guaranteeing that individuals with expressive character defects have their criminal conducts more intensely reproved, it acts directly in the prevention of criminal reiteration, thus allowing, with greater vehemence, that the penalties imposed on them may, effectively, fulfil their functions. It will be used the inductive method, proceeding to the compilation, comparison and confrontation of various doctrinal and jurisprudential positions, in order to reach a universal conclusion as to the possibility or not, in accordance with the Federal Constitution, of its negative weighting.

Keywords: Dosimetry. Personality of the agent. Criminal law of the fact. Criminal law of the author. Principle of the individualization of the penalty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A PERSONALIDADE DO AGENTE.....	12
2.1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	12
2.2. A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PERSONALIDADE DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA.....	14
3. SISTEMAS DE DIREITO PENAL.....	19
3.1. DIREITO PENAL DO FATO.....	19
3.2. DIREITO PENAL DO AUTOR.....	26
3.3. A PERSONALIDADE EM MEIO AOS SISTEMAS.....	28
4. A PERSONALIDADE DO AGENTE À LUZ DA DOUTRINA.....	31
4.1. SOB UMA PERSPECTIVA FAVORÁVEL À SUA VALORAÇÃO.....	31
4.1.1. Aníbal Bruno.....	31
4.1.2. Celso Delmanto; Fabio Machado de Almeida Delmanto; Roberto Delmanto; e Roberto Delmanto Junior.....	32
4.1.3. Cezar Roberto Bitencourt.....	32
4.1.4. Guilherme de Souza Nucci.....	33
4.1.5. Juarez Cirino dos Santos.....	35
4.1.6. Paulo José da Costa Júnior.....	36
4.1.7. Roberto Lyra.....	36
4.2. SOB UMA PERSPECTIVA DESFAVORÁVEL À SUA VALORAÇÃO.....	37
4.2.1. Américo Bedê Júnior.....	37
4.2.2. André Callegari; e Eugênio Pacelli.....	39
4.2.3. José Antonio Paganella Boschi.....	40
4.2.4. Paulo Queiroz.....	42
4.2.5. Rogério Greco.....	43
4.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS.....	44
5. A PERSONALIDADE DO AGENTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA.....	62
5.1. JULGADOS RELEVANTES DO TJ/RS.....	62

5.1.1. Sob a perspectiva do Direito Penal do Fato.....	62
5.1.1.1. ACR 70075059014/RS – Juiz de Direito Felipe Keunecke de Oliveira.....	62
5.1.1.2. ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS – Des. Luciano Andre Losekann.....	66
5.1.2. Sob a perspectiva do Direito Penal do Autor.....	67
5.1.2.1. ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS – Manifestação do Juiz de Direito Leandro Augusto Sassi no exercício de sua reserva de posição	67
5.1.2.2. ACR 70056568405/RS – Des. Francesco Conti.....	69
5.1.2.3. ACR 70049884760/RS – Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro.....	71
5.2. JULGADOS RELEVANTES DO STJ.....	72
5.2.1. Sob a perspectiva do Direito Penal do Fato.....	72
5.2.1.1. HC 278.514/MS – Min. ^a Laurita Vaz.....	72
5.2.1.2. AgRg no HC 438.168/MS – Min. Antonio Saldanha Palheiro.....	73
5.2.1.3. AgRg no REsp 1.538.567/RN – Min. Nefi Cordeiro.....	75
5.2.1.4. HC 420.344/RJ – Min. ^a Maria Thereza de Assis Moura.....	76
5.2.1.5. HC 215.133/PE – Min. ^a Laurita Vaz.....	77
5.2.1.6. AgRg no REsp 1.918.046/SP – Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....	78
5.2.2. Sob a perspectiva do Direito Penal do Autor.....	80
5.2.2.1. REsp 1.528.244/PE – Min. Ribeiro Dantas.....	81
5.2.2.2. RHC 105.761/PE – Min. Felix Fischer.....	82
5.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS.....	84
6. CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS.....	94

1. INTRODUÇÃO

As circunstâncias judiciais foram introduzidas na legislação brasileira por meio do Decreto-Lei nº 2.848/1940, ato normativo que instituiu o Código Penal. Em sua redação original, tais elementos se encontravam em seu art. 42, *caput* e incisos I e II, segundo o qual:

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 da pena aplicável.¹

Por sua vez, o Código Penal sofreu uma profunda alteração em sua Parte Geral com o advento da Lei nº 7.209/1984, tendo as circunstâncias judiciais sido, além de transferidas para o art. 59 do dispositivo legal, acrescidas de outros dois elementos valorativos (conduta social e comportamento da vítima), *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.²

Embora seja cediço que tais vetores consistem em elementos possibilitadores da individualização da pena no momento de sua fixação, consideráveis segmentos doutrinários e jurisprudenciais têm compreendido e adotado o posicionamento de que a avaliação negativa da personalidade do agente consistiria em um resquício do direito penal do autor, sistema segundo a qual o criminoso teria sua pena definida com base em suas características pessoais e não no fato delituoso propriamente cometido, acusação que, se verdadeira, implicaria a inconstitucionalidade de sua aplicação.

Entretanto, vale salientar que esse entendimento inovador não é unânime, estando o

¹ BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:

<[² BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=1%C2%BA%20N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime%20sem,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.&text=penal%20no%20tempo-,Art.,efeitos%20penais%20da%20senten%C3%A7a%20condenat%C3%B3ria.>. Acesso em 04 dez 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 dez 2022.

debate marcado por expressivas discordâncias interpretativas.

Nesse contexto, diante das substantivas divergências tanto na doutrina brasileira quanto nas jurisprudências oriundas do TJ/RS e do STJ, no que diz respeito à possibilidade ou não de se valorar negativamente a circunstância judicial personalidade do agente na primeira fase da dosimetria da pena – ora interpretada como um reminiscência do direito penal do autor (que conclui por seu afastamento), ora como um eficaz elemento individualizador da pena –, tal tema torna-se de suma relevância.

Estreme de dúvidas, seu correto entendimento é imprescindível à adequada aplicação do direito penal material na fixação das penas e, por conseguinte, à efetiva segurança jurídica do país.

Dessa forma, este estudo tem por objetivo demonstrar que a valoração negativa do vetor em questão não possui qualquer relação com o direito penal do autor, sendo tal entendimento um equívoco. O sopesamento dessa circunstância judicial consiste tão somente na concreta realização do princípio e mandamento constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), visto que permite que os indivíduos com expressivos defeitos de caráter tenham suas condutas delitivas mais intensamente reprovadas e prevenidas, a fim de que as penas a eles impostas possam cumprir efetivamente sua função.

Para tanto, esta pesquisa pretende compilar, analisar e confrontar o entendimento doutrinário e jurisprudencial (em especial, do TJ/RS e do STJ) brasileiros acerca da possibilidade ou não da avaliação negativa da vetor personalidade do agente, tendo por panorama os sistemas de direito penal do fato e do autor, e o princípio constitucional da individualização da pena.

Especificamente, em termos de organização estrutural, o estudo começará abordando o princípio constitucional da individualização da pena, sua função e sua importância na dosimetria da sanção, destinando-se uma subseção para uma breve apresentação da circunstância judicial em análise.

Na terceira seção, serão apresentadas os sistemas de direito penal do fato e do autor, a partir das quais se desenvolverão os questionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Por sua vez, a quarta seção abrigará o arcabouço doutrinário referente à personalidade do agente e importantes reflexões. Para tanto será dividida em três subseções: a primeira destinar-se-á a uma perspectiva favorável à sua valoração; a segunda, a uma perspectiva desfavorável; e a terceira, a considerações, onde serão analisadas as informações doutrinárias obtidas.

Da mesma forma, na quinta seção, compilar-se-á as principais jurisprudências no

tocante ao vetor em comento, tecendo-se, ao final, relevantes comentários. Também estará dividida em três subseções, tratando-se, separadamente, das decisões jurisprudenciais provenientes do TJ/RS, daquelas oriundas do STJ e reservando-se um espaço para seu cotejo, respectivamente. Vale pontuar que as duas primeiras subseções se fragmentarão de modo a abordar a avaliação da personalidade sob uma perspectiva favorável e uma desfavorável.

Por fim, na sexta seção, concluir-se-á se a circunstância judicial personalidade do agente consiste em um resquício do direito penal do autor ou se corresponde tão somente a um dos importantes elementos concretizadores do princípio constitucional da individualização da pena.

Ademais, utilizar-se-á o método indutivo, isto é, proceder-se-á à compilação, ao cotejo e ao confronto das diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais individuais para, assim, chegar-se a uma conclusão universal quanto à possibilidade ou não da valoração negativa do vetor em comento.

2. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A PERSONALIDADE DO AGENTE

2.1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, prevê que “a lei regulará a individualização da pena [...]”.³

Nas palavras do penalista José Antonio Paganella Boschi, “individualizar a pena é torná-la única, singular, específica para o caso concreto e seu autor. A garantia previne o tratamento de massa em direito penal”.⁴ Logo, pode-se dizer que a individualização permite sua adequação caso a caso.

Ora, a individualização da pena se desenvolve em três fases distintas, sucessivas e complementares: (1) a legal; (2) a judicial; e (3) a executiva.⁵

Em um primeiro momento, ocorre sua individualização em abstrato, por meio do Poder Legislativo, que o faz baseado em critérios políticos, sociais, econômicos, ideológicos e morais, dentre outros.⁶ Com efeito, a lei estabelece para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem jurídico tutelado e à gravidade da ofensa cometida pelo agente.⁷

A determinação legal da pena (cominação) consiste na fixação da sanção penal e de seus respectivos marcos penais. As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime (art. 53, CP).⁸

Na segunda etapa, “a pena é individualizada em concreto, pelo juiz competente para a prolação da sentença, tendo como referência as margens mínimas e máximas estabelecidas pelo legislador”.⁹ Nesse momento, o julgador, para fixar a pena aplicável, deve levar em conta as particularidades da espécie concreta e determinados fatores previstos em lei, obedecendo

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 04 dez 2022.

⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 52.

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume Único**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 310.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 572. BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 52.

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume Único**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 46.

⁸ *Ibidem*, p. 311.

⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 145.

os marcos legais.¹⁰

De fato, a determinação judicial da pena refere-se, além do *quantum* de pena a ser cumprida, ao estabelecimento da espécie de pena aplicável, ao regime de execução e à sua possível substituição ou cabimento do *sursis*.

Cabe salientar que a individualização da sanção penal na fase judicial abre certa margem para a discricionariedade do julgador. Em razão disso, sua elaboração deve ser balizada pelos critérios do art. 59, CP e pelos princípios penais de garantia, a fim de se evitar qualquer forma de desvio ou excesso. Trata-se de uma “discricionariedade juridicamente vinculada”.¹¹

No mais, conforme o professor Luiz Regis Prado, “é imprescindível a observância, pelo juiz, do dever processual de motivação e da obrigação jurídico-material de fundamentação do ato decisório.”¹² Caso contrário, todos os seus atos encontram-se eivados de nulidade, por descumprimento de preceito de ordem primariamente constitucional (art. 93, IX, CF).

Ora, nesse momento ocorre a denominada dosimetria da pena, também composta por três fases, a saber: (1) a fixação da pena-base; (2) a fixação da pena provisória; e (3) a fixação da pena definitiva.¹³

Por fim, na terceira etapa, ocorre a execução da sanção penal mediante a atuação jurisdicional e a coparticipação dos órgãos da administração pública.¹⁴ Preponderantemente de ordem administrativa, por meio da fase de cumprimento da pena, atende-se às “exigências de retribuição e de prevenção geral (exemplaridade) e especial (reeducação e reinserção social do delinquente).”¹⁵

Vale pontuar que “a individualização executória da pena – constitucionalmente garantida (art. 5º, XLVI, XLVIII, XLIX e L, CF) – vem a ser consequência necessária dos princípios de legalidade e humanidade.”¹⁶ Como pode ser visto, a individualização da pena é uma atividade mais ampla e complexa do que apenas aplicar propriamente uma determinada sanção penal.¹⁷

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume Único. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 46.

¹¹ *Ibid.*, p. 311.

¹² *Ibid.*, p. 311.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 573.

¹⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 52.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume Único. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 312.

¹⁶ *Ibid.*, p.312.

¹⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 52.

Em suma, resta evidente que a pena deve ser proporcional e adequada à magnitude da lesão causada ao bem jurídico representada pelo delito; e a medida de segurança, à periculosidade criminal do agente.¹⁸

Dessa forma, para que possam cumprir devidamente suas finalidades, as penas devem ser individualizadas, levando-se em conta as peculiaridades dos fatos e as singularidades de seus agentes – em observância de princípio constitucional.¹⁹

2.2. A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PERSONALIDADE DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA

Como mencionado na subseção anterior, a dosimetria da pena é feita em três etapas (art. 68, CP). Na primeira fase, o juiz deve valorar as circunstâncias judiciais, determinando a pena-base. Na segunda, o magistrado analisa a ocorrência de agravantes e/ou de atenuantes, estabelecendo a pena provisória. Por último, o julgador considera a incidência das causas de aumento e de diminuição da pena, ou seja, a existência de majorantes e/ou minorantes no caso concreto, fixando, então, a pena definitiva. Essas duas últimas fases envolvem o exame das denominadas circunstâncias legais.

Para fins desse trabalho, deter-nos-emos especificamente na primeira etapa da individualização da pena (momento em que se realiza o cotejo do vetor personalidade do agente), com enfoque na circunstância em comento.

Ademais, cabe salientar que a personalidade será mais profundamente abordada e examinada na seção de análise doutrinária, motivo pelo qual, a fim de se evitar enfadonha repetição de conceitos, será tratada aqui de forma ampla e geral, isto é, como uma abertura, visando-se tão somente situar o leitor acerca de suas características como um todo, as quais, ressaltado, serão pormenorizadamente, em suas diversas facetas, discutidas mais à frente.

Ora, as circunstâncias judiciais – assim nominadas pela doutrina e pela jurisprudência, uma vez que susceptíveis de valoração pelo juiz, a depender do caso em questão –, encontram-se elencadas no art. 59, CP.²⁰

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume Único. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 46.

¹⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 141.

²⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 157.

crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...] II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; [...].²¹

Conforme o jurista Aníbal Bruno, “a pena não tem de referir-se unicamente ao crime, na sua objetividade, mas também ao homem que o cometeu”, devendo-se considerar sua personalidade, seus antecedentes e sua relação com o delito, na figura dos motivos que o impeliram a praticá-lo, à natureza e ao grau de sua culpa.²²

De maneira sintética e objetiva, o penalista Luiz Regis Prado disserta sobre as circunstâncias judiciais da seguinte forma, *in verbis*:

A *culpabilidade* corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, funcionando aqui como limite máximo da pena; os *antecedentes* são os fatos anteriores da vida do agente, positivos ou negativos; a *conduta social* compreende o comportamento do réu em seu meio familiar e laboral; a *personalidade* é a índole, o caráter do indivíduo; os *motivos* são ‘toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir para uma só direção dinâmica todas as nossas forças psíquicas’; as *circunstâncias do crime* são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais; as *consequências do crimes* são os desdobramentos advindos da conduta do agente; por fim, é imperiosa a análise do *comportamento da vítima*, que poderá aumentar ou diminuir a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita [...].²³ (Grifo do autor).

Nas lições de Aníbal Bruno, a personalidade do agente pode ser definida como “um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinaram ou influenciaram o comportamento humano.”²⁴

A consideração da personalidade do criminoso impõe a do seu mundo circundante, das condições em que se formou e em que vive. Encontraremos aí muito elemento para discerni-la e explicá-la, porque sabemos que a personalidade não é uma figura estática, uma vez por todas definida, mas resulta de um processo contínuo, em que sobre o herdado se vai enxertando, para completá-lo ou modificá-lo, o adquirido através do curso da existência, sob as pressões estimulantes ou traumatizantes do meio no qual se trava o debate da vida.²⁵

Por sua vez, o professor Paulo José da Costa Júnior afirmou que ela se encontra

²¹ BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 dez 2022.

²² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral** (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 154.

²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume Único**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 258 e 259.

²⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral** (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 154.

²⁵ *Ibid.*, p. 155.

intimamente ligada à conduta do agente, “integrada por elementos psicológicos, derivados de forças hereditárias ou de elementos adquiridos por influência ambiental.”²⁶ Sob a ótica da psiquiatria, por personalidade, há de se compreender a “totalidade dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo em sua vida cotidiana, sob condições normais”, o que se dá de forma dinâmica.²⁷

No mais, complementando seu pensamento, o penalista Aníbal Bruno frisa que:

Será em todo caso importante determinar se o fato punível é expressão autêntica da personalidade do autor ou um extravio insólito da sua linha de conduta habitual, condicionado decisivamente por influências estranhas à sua própria natureza. E o peso da reprovabilidade será tanto mais forte quanto maior for a cota do pessoal e íntimo do agente na determinação do seu ato, isto é, quanto mais profundamente mergulharem as raízes do crime na sua personalidade. Mas tudo isso o juiz fará na medida em que for necessário e lhe seja possível investigar.²⁸

Ou seja, cabe ao magistrado, na medida do possível, examinar o quanto de participação volitiva teve o agente na consecução do ato ilícito penalmente punível, estando a reprovabilidade de sua conduta diretamente vinculada à sua quota de participação. Sendo o fato punível uma expressão autêntica de sua personalidade e não um mero desvio isolado de sua conduta normal, maior será o peso de desaprovação.

Por outro lado, a fim de se conhecer a personalidade de certo indivíduo, o magistrado não deve analisá-lo de forma isolada, mas como este se relaciona em sociedade.²⁹ De fato, “deve ser valorada em seu aspecto global e dinâmico, considerando o agente em seu meio social circundante ou permanente, que o pressiona e que o faz reagir, de forma passiva ou agressiva.”³⁰

É imprescindível, no entanto, haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência.³¹

Ademais, vale salientar que Roberto Lyra, em sua doutrina, frisou o fato de que o juiz

²⁶ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 199.

²⁷ KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamim J.; GREBB, Jack A. **Compêndio de Psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 7ª edição. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1997. p. 686.

²⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral (Tomo 3)**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 155 e 156.

²⁹ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal: Volume II (arts. 25 a 74)**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 183.

³⁰ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 200.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

não dispõe de meios e nem de tempo para dedicar-se a meditações ou conjecturas desnecessárias à aplicação da lei penal. Em sua visão:

A apreciação da personalidade do homem, para bem afeiçoar-lhe a sanção, está ao alcance da experiência comum e obedece aos critérios habituais. Todos aprendem a bem distinguir os padrões de honestidade e de bondade [...]. Não é preciso consultar bibliografias para fixar em que medida o agente se afastou das normas condicionadoras do equilíbrio da sociedade ou dos sentimentos e das ideias fundamentais à sua vida.³²

Dessa forma, pode-se dizer que a valoração do vetor dispensa uma apreciação técnica, podendo ser empreendida por qualquer homem-médio, visto que os critérios de análise, como muito bem disposto pelo supracitado jurista, encontram-se ao alcance da experiência comum.

Por seu turno, o professor Guilherme de Souza Nucci, buscando trazer concretude à abstração da circunstância em análise, elencou algumas características indicativas de uma personalidade positiva ou negativa, a saber:

São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom-humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo.³³

É de referir que, nesse mesmo sentido o HC 50.331/PB foi julgado pela QUINTA TURMA do STJ, sob a relatoria da Ministra Laurita Vaz, em 17/05/2007, preceituando que “a personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito”, o que deve ser analisado no caso concreto.³⁴

Por fim, nas palavras de Aníbal Bruno:

[...] determinada a personalidade do réu, servirá também para o ajustamento da pena ao fim da sua recuperação social, uma vez que a pena não é só retribuição, mas esforço dirigido à ressocialização do criminoso. E se a pena tem de ser tratamento destinado a corrigir-lhe os extravios, tem de basear-se no que o criminoso realmente é, nas causas e no processo dos seus desajustamentos.³⁵

³² LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: Volume II (arts. 25 a 74). 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 183.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432 e 433.

³⁴ STJ – HC 50.331/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, v. u., Julgado em 17/05/2007.

³⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

Assim, a valoração da circunstância personalidade do agente, examinada em face da consecução delitiva, consiste em um instrumento viabilizador para a adequada individualização da pena, a fim de que, além de exercer sua função retributiva, também possa cumprir com sua finalidade de recuperação social, resultando na tão esperada ressocialização do criminoso.

3. SISTEMAS DE DIREITO PENAL

O Direito Penal pode ser conceituado como o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que determina as condutas delitivas (comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente certos bens jurídico-penais indispensáveis à sua própria conservação e progresso, sejam ações ou omissões), e, visando à proteção desses bens essenciais ao indivíduo e à comunidade, comina-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança.³⁶

Contudo, a depender do objeto a que se vincula a reprovação, o direito penal pode ser dividido em dois sistemas: (1) direito penal do fato; e (2) direito penal do autor.

3.1. DIREITO PENAL DO FATO

Em conformidade com o direito penal do fato, “o que se reprova ao homem é a sua ação, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto. Em síntese, a reprovabilidade de ato é a reprovabilidade do que o homem fez.”³⁷ Nesse sentido, visa-se à punição do agente tão somente em face do delito cometido, isto é, em decorrência do ilícito penal. Não se busca apená-lo em razão de suas características particulares, mas sim por conta de determinada conduta punível por ele realizada.

Nas palavras de Claus Roxin:

Por direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente [...] e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se tratará de um direito penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção.³⁸ (Tradução nossa).

Destarte, nesse sistema, o fundamento da reprovação penal reside puramente no cometimento de um fato típico e ilícito, penalmente punível.

Por sua vez, dentro do direito penal do fato, desenvolveram-se estudos atinentes à culpa do caráter, também denominada como culpa da vontade referida ao caráter, em que se entende

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume Único. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 4.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 (Parte Geral). 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 527.

³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General** (Tomo I). *Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Madrid: Editora Civitas, 1997. p. 176 e 177.

que, embora o agente deva ser punido unicamente com base em sua conduta criminosa, é inconcebível que a dimensão do humano materializada na ação ou omissão delitiva seja ignorada pelo direito na determinação da sanção.³⁹

De acordo com André Mauro Lacerda Azevedo, a doutrina da culpa do caráter, ao voltar-se ao fenômeno jurídico-penal, continua a ter por base o fato ilícito cometido, porém, diferentemente de um sistema de direito penal do fato inteiramente puro, traz juntamente “para a posição central da discussão a compreensão da pessoa que realizou a ação punível”.⁴⁰ Em suas palavras:

A culpa do caráter [...] não torna indispensável ou desnecessária a avaliação do fato praticado. Na realidade, identificamos em tal construção da culpa a necessária ligação que deve existir entre o autor e ação ilícita.⁴¹

Ou seja, o fato ilícito cometido permanece no centro (sem o qual não há crime); todavia, também se leva em consideração o indivíduo que o realizou, a fim de que a pena lhe seja devidamente individualizada.

Imprescindivelmente, acrescentou o autor:

Pensar-se o contrário seria reconhecer uma autonomia do caráter ou da personalidade, sem que se tenha como fundamento de legitimação o próprio fato, levando a uma situação de mera reprovação do agente pela sua personalidade, o que representaria um grave retrocesso, pois ao punir-se alguém simplesmente pelo que se é, voltaríamos ao terreno do direito penal do autor e da periculosidade.⁴²

Portanto, por meio da culpa do caráter, como uma ramificação do sistema de direito penal do fato, pune-se “o agente em decorrência do fato ilícito por ele praticado, levando-se em consideração, entretanto, no momento da avaliação desta ação típica e ilícita, o sujeito que cometeu o fato punível, sua história de vida, seus motivos, desejos, emoções, contexto sociocultural”, isto é, “todas as circunstâncias pessoais que tiveram relevância à decisão livre e que, por esta razão, se encontram refletidas no fato praticado”.⁴³

Ainda, cabe mencionar que o estudo da culpa do caráter passou por um significativo desenvolvimento na doutrina penal, tendo, por expoentes, quatro importantes juristas, a saber: (1) Edmund Mezger; (2) Manoel Cavaleiro de Ferreira; (3) Eduardo Correia; e

³⁹ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções**: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso. In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais**: A Ciência do Direito Penal e Discussão. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014. p. 43.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 43.

⁴¹ *Ibid.*, p. 44.

⁴² *Ibid.*, p. 44.

⁴³ *Ibid.*, p. 44.

(4) Jorge de Figueiredo Dias.⁴⁴

Ora, Edmund Mezger desenvolveu a ideia de culpa na condução da vida, concepção segundo a qual “a culpa residiria no fato de ter o agente, durante toda a sua existência, construído um modo de ser que se mostrou no fato praticado absolutamente incompatível com o Direito”.⁴⁵ Nessa perspectiva, a culpa se fundamenta em sua própria responsabilidade pelas decisões tomadas ao longo da vida. Salienta-se que “não se leva em consideração uma determinada decisão, mas sim o somatório de todas as decisões relevantes que o levaram a construir um caráter mais ou menos culpável”.⁴⁶

Cabe pontuar que o processo de construção e afirmação do caráter não culmina em uma espécie de determinismo caracterológico, uma vez que o ser humano é um ser moral e, portanto, livre para decidir, podendo assim o fazer, inclusive, contra seu próprio caráter.⁴⁷

Ademais, a fim de se investigar a personalidade do criminoso, “faz-se necessário avaliar todas as camadas de seu desenvolvimento”, não se levando em consideração somente aquelas disposições recentes do caráter, mas, conjuntamente, todas as anteriores.⁴⁸

Em contrapartida, como muito bem demonstrou Jorge de Figueiredo Dias, um dos obstáculos a esse modelo de culpa reside na dificuldade do indivíduo em reverter a direção censurável adotada na condução de sua vida.⁴⁹

Haveria, portanto, um grande e intransponível paradoxo na teoria de Mezger, pois o fundamento que levaria o agente censurado – uma condução da vida contrária aos mandamentos do Direito – seria exatamente o mesmo que geraria uma situação de desculpa, ou, no mínimo, de atenuação da culpa.⁵⁰

Assim, alerta-se que tal concepção corre o sério risco de colocar, “à margem, o próprio fato criminoso, concebendo-o apenas como uma justificativa inicial da intervenção penal para, em seguida, dirigir o foco da sanção penal exclusivamente para o caráter do delinquente e para uma condução de vida em desacordo com os valores dominante”, afastando, para um segundo plano, a gravidade e a relevância o fato ilícito cometido.⁵¹

Por outro lado, Manoel Cavaleiro de Ferreira construiu o conceito de culpa do caráter

⁴⁴ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções**: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso. In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais**: A Ciência do Direito Penal e Discussão. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014. p. 44.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 47.

⁵¹ *Ibid.*, p. 47 e 48.

do delinquente. Em seu modelo, o caráter do delinquente, visto como sua própria personalidade, uma vez refletida nos elementos constitutivos da infração penal, constitui a exteriorização do delito, razão por que consiste em um “elemento indispensável para a retribuição do crime, e, assim, um dos fundamentos da graduação da pena”, porquanto indica o grau de responsabilidade do agente, isto é, como e quanto é responsável.⁵²

Nesse sentido, o agente somente seria censurado em razão de sua personalidade extraída do fato ilícito cometido, o que, cabe destacar, resultaria em “uma pura censura da personalidade desvinculada dos comandos normativos, eis que a personalidade nada mais seria do que senão o próprio reflexo dos elementos do crime”. Dessa forma, propôs-se “a libertação da personalidade daquela dimensão interior do ser, projetando-a, ou melhor, retirando-a da própria infração penal ao concebê-la como um reflexo dos seus elementos constitutivos”.⁵³

No fundo, o que pretendeu não foi a construção de uma noção de culpa jurídico-penal fundada na personalidade, mas sim a edificação de uma doutrina da culpa que englobasse a censura do agente por aquilo que de fato praticou, mas também por aquilo que veio a se tornar.⁵⁴

Todavia, de acordo com a acurada crítica tecida por André Mauro Lacerda Azevedo, “ao defender um tipo criminógeno de delinquente, cuja personalidade podia ser analisada independentemente do fato criminoso, ainda que não constituísse propriamente uma defesa contra a criminalidade futura”, a teoria da culpa do caráter do delinquente, “acabou por firmar o acento tônico na personalidade que não representaria apenas um reflexo do fato criminoso, mas sim uma condição pessoal capaz de divorciar-se do crime e, dessa maneira, poder ser considerada independentemente do fato praticado”.⁵⁵

Assim, tal teoria não foi capaz de afastar-se das doutrinas da perigosidade que tanto visava refutar.⁵⁶

Por seu turno, Eduardo Correia desenvolveu a noção de culpa na formação da personalidade, segundo a qual, a culpa não reflete tão somente nos elementos constitutivos da infração penal, mas também sobre o próprio agente, consistindo em “um resultado da conjugação entre fato e personalidade”, culminando numa unidade incindível. Por conseguinte,

⁵² AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções**: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso. In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais**: A Ciência do Direito Penal e Discussão. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014. p. 49.

⁵³ *Ibid.*, p. 48 e 49.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 51.

o delito não seria um fato dissociado de seu autor, porém, sempre um facto de um certo sujeito.⁵⁷

O homem estaria, assim, numa eterna batalha contra si mesmo, procurando libertar-se de tendências ou disposições de caráter que o impediria de atuar em harmonia com os valores estabelecidos pela ordem jurídica. A pena, neste cenário, serviria como instrumento de libertação do homem quando este não conseguisse atuar de acordo com o Direito, tendo na prevenção e na recuperação social do delinquente a sua principal utilidade.⁵⁸

Dessa maneira, o indivíduo responderia pelo fato a ele imputado, mas sem perder de vista sua personalidade, que, juntamente com o fato, “constituiria a unidade destinada a fundamentar o juízo de culpa”.⁵⁹

Não obstante, tal modelo também é destinatário de eloquentes críticas. Tendo seu autor concluído pela “existência de tendências não dominadas pelo agente, apesar da possibilidade de fazê-lo, as quais, pela sua relevância, gerariam uma especial periculosidade”, acabou por tornar a “má-formação da personalidade uma justificativa autônoma à sua punição”. Em sua visão, a periculosidade não seria depreendida a partir dos elementos do próprio fato delitivo, porém, de maneira oposta, “consistiria numa análise criteriosa e isolada da individualidade do agente, para, a partir dela, deduzir a medida da pena”.⁶⁰

Logo, pode-se concluir que, em sua teoria, “o fato ilícito se limitaria a uma mera alegoria dentro do absoluto protagonismo da personalidade do agente, que, no fundo, acabaria respondendo pelo que é, e não pelo fato ilícito que efetivamente praticou”. Por tal motivo, seu modelo acaba deslocando-se para o sistema de direito penal do autor.⁶¹

Por último, Jorge de Figueiredo Dias criou a concepção de culpa pela personalidade. Em seus estudos, “buscou desenvolver um modelo de culpa que se fundasse no fato, porém sem perder de vista sua necessária dimensão ética, algo que jamais poderia ser alcançado através de um modelo de culpa alheio à atitude pessoal do agente”.⁶²

O autor parte da premissa de que “é o homem livre para dar sentido à sua vida, para conformar sua existência, e, nesta empreitada, decide sobre si mesmo, de modo que seus atos serão reflexo do seu ‘ser’, que não consiste num produto de meras determinantes endógenas e exógenas, mas sim da decisão existencial de um indivíduo que elege seus motivos ao decidir

⁵⁷ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso**. In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais: A Ciência do Direito Penal e Discussão**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014. p. 51.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 52.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 53 e 54.

⁶¹ *Ibid.*, p. 54.

⁶² *Ibid.*, p. 54.

sobre si mesmo”. E nessa perspectiva, compreende o dever-ser como o “dever do homem de exercer sua liberdade sem violar nem pôr em perigo os bens jurídicos penalmente tutelados”.⁶³

O dever-ser ético-existencial reside em suma, em geral, na realização, desenvolvimento e promoção do ser-livre – do meu e do dos outros – e a culpa ética na violação deste preciso dever. Com o que desembocamos precisamente na culpa jurídica e jurídico-penal.⁶⁴

Por seu turno, ao conceituar personalidade, o autor expande sua abrangência, criando uma ideia de personalidade total, que consistiria “no resultado do caráter somado à atitude pessoal do agente, sendo, assim, o produto de suas características individuais, motivações e atitude pessoal de ser-livre perante o seu próprio caráter, motivos e circunstâncias”.⁶⁵

E, por fim, encaixando a doutrina da culpa do caráter no sistema de direito penal do fato, concluiu que “neste existir humano a culpa jurídico-penal parte da ação concreta para a subjetividade do agente”. Ou seja, “primeiramente, deve existir uma violação ou exposição à situação de perigo de algum bem jurídico tutelado pelo direito penal, a partir do que se irá verificar a personalidade do agente que se refletiu e se atualizou nesta sua ação concreta”.⁶⁶

Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

Viramo-nos por isso agora, directamente, para a *culpa jurídico-penal*. E começamos por acentuar que, em certo sentido, toda ela tem de constituir uma *culpa referida ao facto*. Em um duplo sentido, aliás: primeiro, no sentido comum de que o direito penal parte, como todo direito, da exterioridade para a interioridade quando trata de aplicar as suas sanções [...]. Segundo, no sentido (para nós de maior interesse) de que a liberdade pessoal que é, como vimos, fundamento irrenunciável de toda a culpa, *só se realiza na acção concreta* – no fazer ou no omitir concretos –, pelo que nem teria sentido procurar uma culpa jurídico-penal que se não ancorasse, imediatamente, em um comportamento concreto, em uma acção ou omissão socialmente relevante.⁶⁷ (Grifo do autor).

Dessa forma, o conceito de culpa ultrapassa o plano do puro fato para penetrar no plano da pessoa do agente. Ora, “a liberdade existencial que a este pertence, e que fundamenta a culpa,

⁶³ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções**: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso. In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais**: A Ciência do Direito Penal e Discussão. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014. p. 56.

⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 159.

⁶⁵ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções**: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso. In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais**: A Ciência do Direito Penal e Discussão. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014. p. 56 e 57.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 161 e 162.

realiza-se ela também na acção concreta, transmudando-se, de liberdade existencial da pessoa, em liberdade ôntica da sua acção”.⁶⁸

Simplemente: é seguro que a liberdade existencial furta-se por completo à apreciação de terceiros, é para eles completamente indiscernível. Nós sabemos que ela existe na pessoa – mais: que a constitui –, que preside ao seu facto e o fundamenta, mas não podemos controlá-la, medi-la ou verificá-la. [...] Fora do campo da observação fica-nos então porém o mais importante: a ligação entre o facto e a pessoa do agente, a carga espiritual do facto, a íntima e mais decisiva pertinência do facto ao agente, como facto *do* agente.⁶⁹ (Grifo do autor).

Entende-se que é “na constatação de uma personalidade desvaliosa refletida no fato ilícito que incidirá o juízo de culpa”.⁷⁰ Nesse sentido, cabe registrar que, de acordo com o autor, “a culpa jurídico-penal nada mais é (mas também nada menos) do que o ficar aquém das exigências de conformação da personalidade com a que a ordem jurídica supõe e o ter que responder por essa diferença”, desde que seja fundamento de uma conduta típica e ilícita.⁷¹

In verbis:

É esta personalidade censurável, actualizada no facto praticado, que *fundamenta* o juízo de culpa; e é a medida da desconformação entre o (des)valor da personalidade do agente e o valor da personalidade jurídico-penalmente conformada que constitui a medida da *censura* pessoal que lhe deve ser feita.⁷² (Grifo do autor).

Assim, o juiz, ao emitir o juízo de culpa ou ao mediar a pena, não pode abster-se da “*compreensão* da personalidade do delinquente, a fim de determinar o seu desvalor ético-jurídico e a sua desconformação em face da personalidade suposta pela ordem jurídico-penal”.⁷³ (Grifo do autor).

Por outro lado – e em contrapartida –, Anabela Miranda Rodrigues adverte acerca da importância de se velar para que a teoria da culpa do carácter não acabe, por meio de uma interpretação extrema, desnaturando-se no sistema de direito penal do autor.

Em sua crítica, menciona que, no modelo de culpa da vontade referida ao carácter, o conceito de juízo de culpa se alarga “à personalidade ou ao carácter do autor do facto. Este, como

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 162.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 162.

⁷⁰ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso**. In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais: A Ciência do Direito Penal e Discussão**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014. p. 58.

⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 177.

⁷² *Ibid.*, p. 176.

⁷³ *Ibid.*, p. 184 e 185.

acontecimento isolado, deixa de ser o que fundamentalmente conforma a determinação da pena”, tornando-se decisivo a este respeito o ser assim do autor e o ter-se tornado no que é. Ademais, frisa que o núcleo problemático desta concepção residiria em saber se, para esgotar a censura dirigida ao agente, basta a culpa referida ao fato isolado ou, pelo contrário, deve ser o caráter ou a personalidade do indivíduo, “mais do que o facto, o objecto daquele juízo”.⁷⁴

Por sua vez, no tocante ao fundamento da aludida teoria, afirmou o seguinte:

[...] pode assinalar-se como nota comum a todos eles a de que o facto isoladamente considerado se mostra excessivamente *incolor* para servir de base a uma censura da culpa adequada à sua gravidade material. De tal modo que, para isso, torna-se indispensável a apreciação da personalidade do agente – a censura transcende o acto isolado para se relacionar com o seu *ser assim* ou com o *ter-se tornado no que é*.⁷⁵ (Grifo do autor).

Assim, em tom de alerta, a autora sustenta que, com a adoção da teoria da culpa do caráter, do ponto de vista da medida da pena, corre-se o risco de alargar o juízo de culpa à consideração de elementos cujos limites seriam difíceis de serem fixados. Nessa perspectiva, “o facto não seria mais do que o *pretexto* necessário para dar início, perante o agente, a um juízo de culpa *sem limites*”.⁷⁶ (Grifo do autor).

3.2. DIREITO PENAL DO AUTOR

De acordo com os penalistas Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, embora não haja um critério unitário quanto ao que seja o direito penal do autor, consideram que, “ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que **não** se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de um ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva.”⁷⁷

O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc.⁷⁸

Nesse sentido, reprova-se a personalidade do indivíduo, não por sua conduta ilícita, mas

⁷⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**. 1ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 402 e 403.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 404.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 403 e 404.

⁷⁷ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 (Parte Geral). 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 110.

sim pelo que o é.⁷⁹ Vale salientar que o direito penal do autor “pretende alcançar uma ‘forma de ser’ e não um fazer. Nada melhor, pois, que ao nível do tipo renuncie a tipificar ações ou condutas e se dedique a tipificar ‘personalidades’.”⁸⁰

Ademais, é de referir que o direito penal do autor secciona-se em uma dupla vertente: (1) uma concepção determinista ou biológica do ser humano; e (2) uma concepção fundada em seu livre arbítrio ou autonomia moral.⁸¹

A primeira parte de uma concepção antropológica do ser humano, considerando-o um ser incapaz de autodeterminação, isto é, sem autonomia moral e, em última análise, sem capacidade para escolher entre o bem e o mal. Em contrapartida, a segunda “parte da premissa de que a personalidade que se inclina ao delito é gerada na repetição de condutas que num começo foram livremente escolhidas”, atribuindo-se a reprovação ao autor não em virtude de seus atos, “mas em função da personalidade que este ato revela”.⁸²

Em termos históricos, pode-se afirmar que o direito penal do autor, como sistema, encontrou seu ápice durante o regime nazista na Alemanha, período em que não foi apenas legalmente adotado, mas também desenvolvido teoricamente por diversos juristas.

Eugenio Raul Zaffaroni descreve que, na época, o próprio positivismo jurídico – ao suscitar a ideia de que não se pune o fato, mas o autor – acabou por deslocar “boa parte do interesse da doutrina para a personalidade do delinquente, em busca de critérios de *periculosidade* conforme os quais se impunha uma pena a partir dos princípios da prevenção especial”. Dessa forma, “quando o nazismo chegou ao poder, a tendência a incorporar o autor ao direito penal não era nova”.⁸³

Ora, um dos primeiros e principais juristas a desenvolver essa concepção foi Erik Wolf, o qual, em seus escritos, afirmou o seguinte:

[...] quando a essência da pena se encontra na concreta valoração da comunidade do povo sobre o delinquente e não meramente na formal retribuição da culpabilidade individual, então a pena tampouco é mais o sofrimento individual do delinquente com o fim de satisfazer ao lesado, mas sim uma diminuição da personalidade do autor na comunidade, que, portanto, encontrava-se em sua existência social e não na privada.⁸⁴

⁷⁹ *Ibid.*, p. 527.

⁸⁰ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 (Parte Geral). 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

⁸¹ *Ibid.*, p. 110 e 111.

⁸² *Ibid.*, p. 100 e 111.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista**: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945. 1ª edição. Florianópolis: Editora *Tirant lo Blanch*, 2019. p. 196.

⁸⁴ WOLF, Erik. *Das Künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze*, em ZStW (54), 1935. p. 544 e ss., *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista**: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945. 1ª edição. Florianópolis: Editora *Tirant lo Blanch*, 2019. p. 196 e 197.

Nesse sentido, a pena deveria ser estabelecida conforme o autor se mostrasse em maior ou menor medida como membro da comunidade. Com efeito, a sanção penal estaria vinculada à perda da honra, isto é, à “perda de confiança em relação ao seu comportamento segundo a ética da comunidade popular, quer dizer, segundo o grau de traição à comunidade que tinha confiado nele”.⁸⁵

A partir dessas premissas, Erik Wolf desenvolveu a teoria do tipo de autor normativo, segundo a qual deveria haver uma dupla verificação típica: (1) o tipo do fato objetivo; e (2) o tipo de autor subjetivo. Nessa concepção, “a ilegalidade de cada delito tem de fundar-se objetivamente no tipo de fato e subjetivamente no tipo de autor”, isto é, “na violação ao dever segundo sua posição na comunidade popular”. Dessa forma, “propõe que junto a cada tipo objetivo se pense em um tipo subjetivo particular, que não abrange o dolo, mas sim a disposição interna do sujeito contrária à ética da comunidade popular”.⁸⁶

Não se trata de valorar os sentimentos individuais do autor, porque o Estado não é o vingador dos sentimentos de dor do lesado, mas o executor do juízo de desvalor do povo sobre um fato e um autor típicos.⁸⁷

Por sua vez, outros juristas continuaram a desenvolver a teoria, como Georg Dahm, que afirmou que “o tipo de autor normativo é uma unidade inseparável do objeto com o subjetivo (disposição interna)”, sendo a ilegalidade do fato constituído por intermédio dessa unidade objetivo-subjetiva.⁸⁸

Já Friedrich Schaffstein insistia que “o dever (*Pflicht*) de cuja contrariedade trata-se emerge do sistema imaginário chamado de *comunidade popular*, dependendo da posição que ocupasse o autor dentro desta”. Em seu entendimento, a ética “surgia do próprio sistema (comunidade do povo) e se tornava consciente no são *sentimento do povo alemão*”.⁸⁹ (Grifo do autor).

3.3. A PERSONALIDADE EM MEIO AOS SISTEMAS

A valoração da personalidade do agente na dosimetria da pena em nada afasta o direito penal do fato, pressuposto adotado no ordenamento jurídico pátrio e unanimemente consolidado na doutrina e da jurisprudência dos Tribunais.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945.** 1ª edição. Florianópolis: Editora *Tirant lo Blanch*, 2019. p. 197.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 197 e 198.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 198.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 199.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 204.

A apreciação de tal vetor tão somente permite que a pena – aplicada unicamente em virtude do crime cometido pelo réu – seja a ele devidamente individualizada, permitindo que cumpra sua finalidade de reprovar e prevenir a ocorrência de futuros delitos.

O agente em questão, nos moldes do direito penal do fato, é punido exclusivamente em função de sua ação ou omissão ilícita, “na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto”.⁹⁰

Entretanto, como muito bem postulado por Aníbal Bruno em sua doutrina, a pena consiste em um “tratamento destinado a corrigir-lhe os extravios”, logo é mister que se baseie “no que o criminoso realmente é, nas causas e no processo dos seus desajustamentos”.⁹¹

Nesse sentido, o sopesamento da personalidade, nas palavras do jurista, servirá “para o ajustamento da pena ao fim da sua recuperação social, uma vez que a pena não é só retribuição, mas esforço dirigido à ressocialização do criminoso.”⁹²

Assim, tal análise dosimétrica não pode ser considerada como resquício ou reminiscência do direito penal do autor, visto que em nenhum momento a personalidade do agente é posta como o objeto de punição. Sua avaliação é secundária e acessória, não buscando o juízo perseguir ou criminalizar o agente, seja por sua forma de ser ou por suas constituições morais, mas sim, e unicamente, pela realização de determinada conduta típica, ilícita e culpável, em conformidade com o princípio da legalidade.

A circunstância judicial em comento é apreciada simplesmente com o intento de se individualizar a pena à pessoa do infrator. Ora, não se trata de penalizá-lo por aquilo que o é, mas de o reprovar pelo crime cometido em conexão com suas características pessoais desviantes que merecem ser corrigidas para o bem comum. É mister que a pena seja individualizada, como preceitua o art. 5º, XLVI, CF, sob o risco de, em descompasso com a figura e com as reais disfunções do autor, não ser uma medida idônea para a consecução da tão esperada e necessária recuperação e ressocialização do preso.

O sistema penal deve ser um instrumento capaz de, além de reprovar o delito cometido, atuar na prevenção de futuros, objetivos esses que só podem ser alcançados mediante seu apropriado funcionamento. E, como elemento participante para tal resultado, as penas devem ser aptas a cumprir seus escopos.

Como muito bem exemplificou o penalista Paulo José da Costa Júnior em sua obra, não

⁹⁰ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 (Parte Geral). 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 527.

⁹¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 156.

⁹² *Ibid.*, p. 156.

é justo ou eficaz que aquele que, na prática do roubo, desfere socos na vítima e depois tenta enforcá-la receba a mesma pena que aquele que, ao efetuar o crime, apenas toma posse do bem e empreende fuga, deixando a vítima incólume.⁹³

Nessa questão, é preciso que o juiz atente para a existência de elementos negativos, como, v. g., maldade, brutalidade, covardia, insensibilidade, frieza, no comportamento do réu, que ultrapassem o estrito necessário para a realização do tipo penal previsto em lei.⁹⁴

Dessa forma, vale salientar que a adoção do direito penal do fato não exclui a necessidade da individualização da pena à figura concreta do agente criminoso; e isso, sem incorrer no direito penal do autor, uma vez que sua punição dá-se em razão do delito cometido e, de maneira alguma, por aquilo que é. Entretanto, não se pode negar à dosimetria da pena a avaliação das características pessoais negativas do autor, porquanto a pena diz respeito a um indivíduo com particularidades, as quais não podem retirar-se da fixação da pena, sob a condição de esta ser injusta, abstrata, não condizer com a realidade e, por conseguinte, além de não cumprir sua finalidade reprobatória e preventiva, ser inconstitucional por carência de individualização.

Por fim, é oportuno trazer a lume uma importante reflexão do jurista Francisco de Assis Toledo acerca do nosso sistema jurídico, no que diz respeito ao direito penal do fato e do autor, *in verbis*:

Na verdade, porém, nenhum sistema se apresenta com essa pureza. O que há são sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses dois extremos. [...] Entre essas duas posições opostas, situam-se as correntes moderadas em prol de um direito penal do fato que considere também o autor. Essa é a posição do moderno direito penal, predominantemente um moderado direito penal do fato.⁹⁵

Com efeito, o direito penal moderno consiste em uma corrente moderada do direito penal do fato, em que o agente é penalizado pelo fato ilícito cometido e não por sua natureza interior. Contudo, a adoção de tal sistema não exclui a possibilidade de se individualizar a pena com base nas características pessoais do acusado, a fim de que se adeque às necessidades do caso concreto, sejam estas relativas aos fatos ou referentes ao seu autor. Assim, diz-se utópica a visão que idealiza a existência de um sistema puro e independente.

⁹³ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 200.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 432 e 433.

⁹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 251.

4. A PERSONALIDADE DO AGENTE À LUZ DA DOCTRINA

A circunstância judicial personalidade do agente é um tema muito discutido na doutrina jurídico-penal brasileira, com relevantes posicionamentos de ambos os lados – seja de uma perspectiva favorável ou de uma concepção desfavorável quanto à apreciação negativa do vetor em questão, como se examinará a seguir.

4.1. SOB UMA PERSPECTIVA FAVORÁVEL À SUA VALORAÇÃO

4.1.1. Aníbal Bruno

Como já mencionado ao tratarmos da personalidade do agente na seção referente à individualização da pena, Aníbal Bruno a considera como “um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinaram ou influenciaram o comportamento humano”, isto é, como “uma realidade naturalista”.⁹⁶

Ao versar sobre a importância de seu sopesamento, defendeu que a pena não deve ater-se unicamente ao crime, na sua objetividade, a ponto de perder de vista o agente que o cometeu. Deve-se levar em conta a pessoa do criminoso, um vez que a sanção penal tem como objetivos não apenas reprovar, mas também prevenir a reincidência delitiva – o que tão somente pode ser assegurado mediante uma pena idônea, isto é, individualizada ao caso concreto, o que envolve, além da conduta ilícita praticada, aquele que a empreendeu.⁹⁷

Nesse sentido, a determinação da personalidade do réu serve “para o ajustamento da pena ao fim da sua recuperação social, uma vez que a pena não é só retribuição, mas esforço dirigido à ressocialização do criminoso.” Como a pena tem por finalidade a correção dos extravios do delinquente, logo deve também levar em conta quem o criminoso realmente o é, “nas causas e no processo dos seus desajustamentos.”⁹⁸

Vale salientar que a personalidade do criminoso deve ser considerada à luz de seu mundo circundante, das condições em que foi criado e de onde vive. Não se trata de uma figura estática ou cabalmente definida, mas sim de um “processo contínuo, em que sobre o herdado se vai enxertando, para completá-lo ou modificá-lo, [...] sob as pressões estimulantes ou

⁹⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral** (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 154 e 155.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 154.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 156.

traumatizantes do meio no qual” se vive.⁹⁹

Para o seu correto cotejo, é imperioso determinar “se o fato punível é expressão autêntica da personalidade do autor ou um extravio insólito da sua linha de conduta habitual, condicionado decisivamente por influências estranhas à sua própria natureza.” Obviamente, o grau de reprovabilidade delitivo deverá ser tanto mais expressivo quanto maior for a parcela pessoal e íntima do agente na determinação do seu ato.¹⁰⁰

No mais, Aníbal Bruno pontua que o magistrado procederá tal apreciação “na medida em que for necessário e lhe seja possível investigar.”¹⁰¹

4.1.2. Celso Delmanto; Fabio Machado de Almeida Delmanto; Roberto Delmanto; e Roberto Delmanto Junior

Na compreensão desses autores, a personalidade diz respeito à índole do agente, isto é, à sua maneira de agir e sentir – ao seu próprio caráter.¹⁰²

Caso o crime praticado se afine com sua individualidade psicológica, será considerado como possuidor de uma personalidade voltada ao delito, o que pesará em seu desfavor na dosimetria da pena.¹⁰³

Ora, faz-se mister salientar que a individualidade psicológica referida não diz respeito a limitações mentais ou deficiências cognitivas, as quais ensejariam, a depender do caso, a exclusão da culpabilidade, falando-se, então, de medida de segurança e não de pena; todavia, faz-se menção aos desvios de caráter perpetuados pela intransigência moral do agente, àquelas características nocivas diária e volitivamente por ele nutridas em sua personalidade.

4.1.3. Cezar Roberto Bitencourt

De acordo com o doutrinador, a personalidade deve ser entendida como uma síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Assim, ao ser analisada, o julgador deve “verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental

⁹⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral** (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 155.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 155 e 156.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 156.

¹⁰² DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. p. 104.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 104.

na vida do réu.”¹⁰⁴

Um dos pontos singulares e de suma relevância propostos em sua doutrina é a de que, nos casos de infrações criminais cometidas durante a menoridade, embora tais condutas não possam ser admitidas como maus antecedentes, “servem, contudo, para subsidiar a análise da personalidade do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime objeto do processo em julgamento.” Conforme sua visão, “essas duas circunstâncias – infrações penais praticadas durante a menoridade ou depois do crime objeto do cálculo da pena –,” não podem ser ignoradas.”¹⁰⁵

4.1.4. Guilherme de Souza Nucci

De acordo com o doutrinador, a personalidade consiste em uma estrutura deveras complexa: trata-se de um conjunto psicossomático, integrado pela conformação física (componente morfológico), pelo temperamento (componente fisiológico) e pelo caráter (componente de expressão psicológica do temperamento). Em sua configuração congregam-se elementos hereditários e socioambientais. Vale salientar que sua evolução transcorre por cinco fases, a saber: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice.¹⁰⁶

Para o seu correto sopesamento, é necessário que se analise o meio e as condições onde o agente se formou e vive, considerando-se que “o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência.”¹⁰⁷

No tocante ao lapso temporal passível de ser utilizado na avaliação da personalidade, o penalista considera que se deve restringir apenas ao período antecedente à data do fato criminoso, não importando o comportamento subsequente do agente, visto se tratar de um elemento mutável e dinâmico, que não se paralisa no tempo.¹⁰⁸

Embora já mencionado anteriormente, na seção referente à individualização da pena e à personalidade do agente, vale apresentar novamente certos atributos elencados por Guilherme de Souza Nucci, a título de exemplaridade, diante da sua extrema relevância prática

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** (Volume 1). 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 703.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 703.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 432.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 435.

para a adequada apreciação da personalidade em juízo. Tal empreendimento busca trazer objetividade, concretude e clareza na ocasião de sua percepção pelo julgador.

Assim, (1) “são exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom-humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade”; e (2) “são fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo”.¹⁰⁹

Além disso, o penalista destacou seu posicionamento no sentido de que indivíduos detentores de personalidades antissociais merecem ser mais severamente apenados pelo crime cometido, uma vez que “são sujeitos frios, insensíveis e, por vezes, calculistas. Valem-se de sua inteligência, para cometer os mais atroz delíto, ao menos à vista do senso comum. O ser humano maldoso sente prazer em atuar dessa forma.” Em seguida, comparou sua discrepância moral com aqueles que são seres humanos altruístas. Estes, sentem-se aliviados “ao promover o bem ao próximo”, ao passo que “o perverso age em sentido oposto. O seu alívio advém da maldade concretizada ao semelhante. Não se constituem doentes ou alienados mentais, pois têm inteligência e vontade preservadas.” Por sua perversidade, devem receber penas mais severas.¹¹⁰

Por fim, aborda e critica o recorrente uso da expressão “personalidade voltada ao crime”, deveras empregada nas jurisprudências dos Tribunais, afirmando que:

Trata-se de expressão utilizada com certa frequência, em decisões judiciais, embora não obedeça qualquer critério científico de análise e conceituação da personalidade. O modo de ser e agir do ser humano, advindo do seu temperamento e do seu caráter, não se reduz a uma determinada prática, mas a uma qualidade ou defeito. Portanto, mencionar que o réu tem *personalidade voltada ao crime* equivale a declará-lo delinquente por natureza, algo mais afeito à teoria de Lombroso (*o homem delinquente*) do que, propriamente, à personalidade.¹¹¹ (Grifo do autor).

Argumenta que, aquele que comete inúmeros crimes, certamente possui algum desvio de personalidade, cabendo ao magistrado apontar o transvio com base no conjunto probatório colhido. Embora considere que, em decorrência de ser um sujeito agressivo, o agente possa vir a praticar reiterados delitos de lesões corporais ou de homicídios, ou, por ser o indivíduo uma

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432 e 433.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 433 e 434.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 434.

pessoa preguiçosa e irresponsável, tenda a cometer ilícitos penais de ordem patrimonial, conclui que “não há *personalidade voltada à prática de crimes*, devendo-se cessar o uso de tal expressão como fundamento para agravar a pena-base do acusado.”¹¹² (Grifo do autor).

4.1.5. Juarez Cirino dos Santos

Conforme o doutrinador, a personalidade do agente, “como natureza concreta de sujeitos reais”, pode ser entendida como “um produto histórico em processo de constante formação, transformação e deformação [...]”. Salienta que “eventuais traços de caráter constituem *cortes* simplificados, imprecisos e transitórios da natureza humana, como produto biopsicossocial do conjunto das relações históricas concretas do indivíduo.”¹¹³ (Grifo do autor).

Dessa forma, a personalidade diz respeito a um resultado sempre em produção, dinâmico e não estático, sendo os traços de caráter meras manifestações do indivíduo em face do conjunto de elementos até então assimilados.

Ante o complexo conteúdo do supracitado conceito, o autor afirma que os juízes carecem de formação acadêmica que os permitiria decidir adequadamente sobre o assunto, a saber, os conhecimentos acadêmicos em matéria de psicologia e psiquiatria.¹¹⁴ Por conseguinte, asseverou que, em razão dessa deficiência, *in verbis*:

[...] a jurisprudência brasileira tem atribuído um significado leigo ao conceito, como conjunto de *sentimentos/emoções* pessoais distribuídos entre os polos de *emotividade/estabilidade*, ou de *atitudes/reações* individuais na escala *sociabilidade/agressividade*, que pouco indicam sobre a *personalidade* do condenado [...].¹¹⁵ (Grifo do autor).

Por fim, destaca que a legislação e a jurisprudência alemãs consideram, para fins de valoração da personalidade, “a *atitude concreta* do autor na realização do fato punível, indicadora de *rudeza* ou de *brutalidade*, de *má-fé* ou de *perfidia*, de *infâmia* ou de *abjeção*, de *desconsideração* ou de *crueldade*”, percebidos como elementos “capazes de revelar traços significativos da personalidade”, até então objetivamente “indetermináveis pelo emprego direto da *categoria abstrata* representada pelo conceito [...]”.¹¹⁶ (Grifo do autor).

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 434.

¹¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª edição. Florianópolis: Editora Conceito, 2010. p. 523.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 522.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 522.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 523.

4.1.6. Paulo José da Costa Júnior

Conforme o penalista, a personalidade do agente é composta por elementos psicológicos, os quais, por sua vez, são derivados de forças hereditárias e de fatores adquiridos por influência ambiental. Considera-se como imoral, antissocial ou até mesmo criminal aquela personalidade que apresenta uma discrasia com o ambiente social, uma vez que o indivíduo, ante as pressões ambientais, ao invés de sujeitar-se, procura dominá-lo.¹¹⁷

Vale pontuar que tal vetor deve ser valorado em seu aspecto global e dinâmico, considerando-se o criminoso em seu meio social circundante e permanente.¹¹⁸

Por seu turno, sustenta a possibilidade de o juiz elevar ou diminuir a pena pelo crime cometido, com base na personalidade do agente. Para tanto, amparou-se em jurisprudências oriundas de Tribunais de Alçada Criminais (transcritas a seguir), casos em que a necessidade de exasperação da pena-base encontra-se evidente.

Em função da personalidade, poderá o juiz exacerbar ou atenuar a sanção imposta. Se, *v. g.*, revelar “personalidade de acentuada indiferença afetiva”, como quando, “na prática do roubo, esfaqueia a vítima e posteriormente tenta enforcá-la”, haverá exacerbação da reprimenda imposta (JTACrim, 34:469). Se ao contrário, tratar-se “de simples batedor de carteira, que ama o lucro mas não odeia a vítima; que prefere a destreza à violência e que não ostenta a brutalidade obtusa e repulsiva dos que se dedicam à rapina”, deve ser-lhe concedido um tratamento menos rigoroso (JTACrim, 42:145).¹¹⁹

De acordo com os exemplos acima, tem-se que a personalidade do infrator pode ser negativamente valorada quando a conduta delitiva evidencia a presença de elementos como maldade, agressividade, covardia, frieza, dentre outros, que sobrepujam o mínimo necessário para se alcançar o fim desejado pelo agente – os pretensos benefícios da consecução do ilícito penal. Nesse caso, qualquer mal causado intencionalmente pelo réu que ultrapasse o imprescindível para a concretização do crime planejado poderá ser utilizado como fator fundamentador da exasperação da pena, com fulcro em sua personalidade.

4.1.7. Roberto Lyra

O jurista em questão é claro ao considerar a apreciação da personalidade do agente na dosimetria da pena como um elemento necessário e imprescindível, para que a sanção penal lhe

¹¹⁷ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 199 e 200.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 199.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 200.

seja bem afeiçãoada. Ressalta que seus critérios de avaliação encontram-se ao alcance da experiência comum e habitual. Em suas palavras, “todos aprendem a bem distinguir os padrões de honestidade e de bondade [...]”.¹²⁰

Ademais, frisa que não é mister consultar bibliografias para que se possa analisar e fixar o grau de afastamento do agente do padrão de conduta dele esperado pelos demais integrantes da sociedade.¹²¹

Roberto Lyra, inclusive, traz o método de estudo da personalidade do criminoso preconizado por Mendelssohn, o qual, por sua vez, fixa como elementos discriminadores (1) a herança, (2) o temperamento, (3) o meio, (4) os acidentes, e (5) outros fatores de análise (a família do acusado; a vida do criminoso até a época da acusação; o regime educativo no lar; o estado físico, psíquico e relacional do criminoso; e o desenvolvimento de sua sexualidade).¹²²

4.2. SOB UMA PERSPECTIVA DESFAVORÁVEL À SUA VALORAÇÃO

4.2.1. Américo Bedê Júnior

O autor em comento considera ser necessária uma alteração legislativa com o enfoque em delimitar, de forma mais detalhada, os conceitos que dizem respeito às hipóteses de argumentos que podem ser acolhidas pelo magistrado, a fim de que “possa realizar uma dosimetria da pena mais adequada”.¹²³

Nessa questão, tem-se um dilema: enquanto, por um lado, “a fixação da pena pelo legislador prestigia a segurança jurídica e o princípio da legalidade”, por outro, esse modelo, em um viés extremado, “não permite uma calibração do caso concreto, gerando injustiças”. Logo, conclui que se faz “necessário, então existir uma margem de argumentação, previamente definida na lei, que seja apta para aumentar ou reduzir a pena”, isto é, a existência de elementos que possam ser avaliados caso a caso.¹²⁴

Em suas palavras:

Entende-se que ambas as visões isoladas (predomínio do legislador ou do juiz)

¹²⁰ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: Volume II (arts. 25 a 74). 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 183.

¹²¹ *Ibid.*, p. 183.

¹²² *Ibid.*, p. 183 e 184.

¹²³ JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida**: A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena**: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 77.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 77.

são reducionistas, devendo existir um equilíbrio entre a individualização legal e a realizada pelo juiz. Esse equilíbrio é alcançado com um detalhamento aprofundado das hipóteses que devem ser levadas em consideração pelo juiz para a dosimetria.¹²⁵

Não obstante, ainda desenvolvendo seu raciocínio, o penalista salienta enfaticamente que o direito penal deve sancionar unicamente fatos, não devendo admitir a culpabilidade ou punição por um determinado modo de vida. Ora, “a existência de um pluralismo constitucional onde se verifica a validade de diversos modos de vida impelem uma releitura do direito penal para que a criminalização ocorra apenas de fatos específicos e não opções de vida”.¹²⁶

Em seguida, sustenta a inconstitucionalidade da previsão do Código Penal que atribui ao magistrado o dever de valorar a personalidade do agente e sua conduta social, uma vez que, assim determinando o diploma legal, acaba-se por adotar “critérios dissociados do fato e próximos de um direito penal do autor”. Complementando sua compreensão, declara que “a individualização da pena deve ter por base o fato e não a pessoa do acusado”.¹²⁷

Nessa linha, ainda pondera que, caso se adotasse uma teoria de prevenção especial da pena (doutrina que considera ser necessária uma maior pena de prisão para que aqueles com uma personalidade violenta ou uma péssima conduta social possam ser ressocializados), o que, em tese, justificaria o acréscimo sancionatório, mesmo assim seria “inconstitucional incluir um dia a mais de prisão com fundamento em uma possível melhora do réu pelo cárcere”.¹²⁸ Quanto à aludida teoria, cita um trecho em que Winfried Hassemer, a ela opondo-se, declara expressamente que o “êxito da prevenção e medida da pena podem estar bastante distanciados entre si”. Com efeito, “sob uma análise constitucional não pode haver dúvida de que a pena deve estar relacionada ao injusto e à culpabilidade da ação condenada e de que não se pode esperar por uma prevenção exitosa quando o *quantum* adequado da pena é exaurido”.¹²⁹

Outrossim, contrariando a teoria, Américo Bedê Júnior afirmou o seguinte:

A prisão só se justifica pelo fato praticado, portanto todo acréscimo de pena

¹²⁵ JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida**: A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena**: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 78.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 78 e 79.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 79.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 79.

¹²⁹ HASSEMER, Winfried. **Punir no Estado de Direito**. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). **Direito Penal Como Crítica da Pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012. p. 343, *apud* JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida**: A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena**: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 79.

precisa ser argumentado com o fato e não com a pessoa do réu. O Estado deve respeitar a liberdade, só podendo restringi-la em razão do crime praticado e não pelo tempo que o Estado acredita ser necessário para reintegrar o réu à sociedade.¹³⁰

Dessa forma, entende que a personalidade do agente não deveria ser objeto de análise por parte do julgador e, conseqüentemente, jamais utilizada com o intuito de exasperar sua pena, devendo o *quantum* sancionatório ser fixado tão somente a partir do fato ilícito cometido, independentemente de quaisquer características pessoais do indivíduo, mesmo que visivelmente negativas.

Por fim, encerra seu pensamento defendendo a redução – ante a inviabilidade de uma completa eliminação – na possibilidade de discricionariedade na fixação da pena, o que seria uma importante “garantia do réu e da sociedade”. Nesse sentido, apesar de compreender a impossibilidade de se “congelar uma interpretação ou fixar *a priori* todas as interpretações possíveis de uma texto”, sustenta que, “na medida do possível, devem ser utilizados conceitos determinados e baseados no fato praticado e não na pessoa do réu para a ampliação de sua condenação”, o que traria uma maior segurança jurídica à etapa de dosimetria.¹³¹

4.2.2. André Callegari; e Eugênio Pacelli

Ao versarem acerca da valoração da personalidade, os autores consideraram-na uma questão complexa, podendo ser abordada criticamente sob dois aspectos: (1) a incapacidade do magistrado para apreciá-la em sua inteireza; e (2) a necessidade de haver elementos objetivos para sua mensuração.¹³²

Primeiramente, trouxeram a debate o fato de não ser possível exigir-se de um julgador o conhecimento técnico necessário para se trabalhar com o vetor em questão. Logo, para que haja um adequado “juízo técnico sobre os contornos da personalidade do agente”, a psicologia, a psicanálise e a psiquiatria teriam muito a oferecer.¹³³

Em segundo lugar, consideraram que, a fim de se evitar a possibilidade de a circunstância em comento legitimar alguma forma de censura judicial em razão da vida

¹³⁰ JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida**: A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena**: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 80.

¹³¹ *Ibid.*, p. 83 e 84.

¹³² CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019. p. 504 e 505.

¹³³ *Ibid.*, p. 504.

pregressa do condenado, faz-se mister a adoção de circunstâncias objetivas de fatos, os quais “apresentariam um quadro *social*” da personalidade do agente.¹³⁴ (Grifo do autor).

FIGUEIREDO DIAS, autor do mais aprofundado tratado sobre as consequências jurídicas do crime, aponta os seguintes elementos que poderiam construir a ideia de personalidade do agente, para fins de consideração na dosimetria da pena: (a) condições pessoais e econômicas do agente; (b) sensibilidade à pena e suscetibilidade de ser por ela influenciado; (c) qualidade da personalidade manifesta no fato.¹³⁵

Com efeito, a criação e o acolhimento de um rol de elementos objetivos para a segura análise do vetor afastariam o risco de se permitir a ocorrência de arbitrariedades e ilegalidades na esfera do judiciário.

Impende salientar que, embora os doutrinadores em estudo não se posicionem contrariamente à valoração da personalidade, apresentam certos contrapontos à forma como sua análise tem sido procedida – motivo por que se encontraram classificados nesse tópico.

4.2.3. José Antonio Paganella Boschi

Ao versar acerca da personalidade, o penalista em comento a entende nos moldes de compreensão de Kaplan, Sadock e Grebb, ou seja, como a “totalidade dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo em sua vida cotidiana, sob condições normais.”¹³⁶

Em suas palavras:

[...] 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 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.¹³⁷

Nesse sentido, entende a personalidade como um traço essencialmente dinâmico, razão por que tece uma crítica à conceituação de Roberto Lyra, que a via como um “conjunto estático, permanente, de elementos hereditários ou atávicos de identificação humana.”¹³⁸

Com efeito, a personalidade envolve um conjunto demasiadamente complexo de fatores,

¹³⁴ CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019. p. 505.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 505.

¹³⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 168.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 168.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 168.

não sendo a determinação de seu conteúdo uma tarefa fácil. Um dos motivos de tal dificuldade reside no fato de que aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a apreendê-la a partir de seus próprios atributos de personalidade, elementos que não raramente são eleitos como paradigmas.¹³⁹

Assim, salienta que tendem a ser “considerados ‘ajustados’ (de personalidade equilibrada) os indivíduos que seguem a etiqueta e, pelo reverso, rotulados de ‘inconvenientes’, antissociais ou antipáticos, aqueles que não a seguem ou a violam deliberadamente.”¹⁴⁰

Por outro lado, José Antonio Paganella Boschi assinala, pesarosamente, o fato de que vários juízes, em suposto cumprimento do art. 59, CP, “limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, afirmações que nada dizem tecnicamente, salvo em nível de temperamento ou de caráter.” Demais, destacou que, nos julgamentos, “o mergulho na história pessoal e familiar do acusado é, em regra, bastante raso”, não imergindo o julgador até as “profundezas do grande caudal em que se estrutura e evolui a personalidade” do agente.¹⁴¹

Outrossim, sustenta a impossibilidade de conhecer-se realmente a personalidade dos indivíduos, visto que, além de inexistir um padrão para comparações, trata-se de algo dinâmico e em constante construção. Nesse sentido, “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?” Diante de tantas variáveis, postula a impossibilidade de as ciências *psi* atenderem às necessidades do Direito Penal, concluindo, como corolário lógico, pela incapacidade de o magistrado ser capaz de analisá-la adequadamente tão somente mediante seu “natural bom senso”.¹⁴²

Por fim, nesse quesito, pontua a importância de existir, previamente à sua aferição, uma base conceitual, uma metodologia empregada, determinados critérios e passos a serem seguidos, sem os quais não há condições mínimas para qualquer “estabelecimento seguro de juízos afirmativos ou negativos de personalidade.”¹⁴³

Ademais, o autor levanta a questão da legitimidade do juízo de desvalor sobre a personalidade do criminoso, afirmando que, mesmo que superadas as dificuldades relacionadas ao conhecimento sua personalidade e apontada, com um mínimo de segurança, a existência de

¹³⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 168.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 168.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 169.

¹⁴² *Ibid.*, p. 170.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 170.

determinado transtorno, permanece o óbice de encontrar-se uma justificativa filosófica que vislumbre a possibilidade de uma maior punição para o indivíduo não pelo seu feito, mas pelo seu modo de ser; em outras palavras, por aquilo que de fato é.¹⁴⁴

Ora, os indivíduos devem ser punidos pelos atos ilegais que praticarem, e não pelo que eles são ou pensam que são, para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao medievo, cujos tribunais os executavam porque pensavam, e não porque haviam feito algo.¹⁴⁵

Por conseguinte, defende veementemente que, se assim o fosse feito, sendo permitido ao Estado valorar a personalidade dos criminosos, ao invés de exasperar-lhes a pena – nos moldes preconizados pelo direito penal do autor –, sua apreciação negativa “deveria propiciar menor, e não maior censura pelo fato cometido, bem ao contrário do que recomenda a doutrina e procedem juízes e Tribunais.”¹⁴⁶

Dizendo em outras palavras: a eventual “deformação” da personalidade do réu oriunda de transtorno reconhecido (e por ele certamente não desejado ou buscado conscientemente) longe de servir como fundamento para a exasperação da pena-base precária, isto sim, propiciar o abrandamento da censura penal, porque o transtorno afeta a liberdade moral e a capacidade do indivíduo de formular juízos críticos e de atentar para o dever de viver em harmonia consigo e com os outros, como recomenda a ética e determinam as normas jurídicas.¹⁴⁷

Por último, o jurista encerra sua argumentação, primeiramente, reconhecendo a considerável complexidade do assunto em questão, e, em seguida, recomendando que “no momento da valoração das circunstâncias judiciais, o juiz se declarasse, simplesmente, sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado.”¹⁴⁸

4.2.4. Paulo Queiroz

De acordo com o doutrinador, a avaliação da personalidade do agente consiste em uma complicada tarefa a ser executada pelo juiz, seja porque não domina os conteúdos referentes à psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque também possui atributos próprios de personalidade.¹⁴⁹

Além disso, sua análise seria de todo ilegítima no contexto do direito penal do fato, uma

¹⁴⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 171 e 172.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 172.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 172.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 172.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 172.

¹⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 370.

vez que “além de possibilitar ao julgador invadir, arbitrariamente, âmbito da liberdade onde não lhe é lícito opinar (interioridade da pessoa), estabelece uma verdadeira porta aberta para a perversão do princípio da culpabilidade pelo fato.”¹⁵⁰ Nesse caso, em sua concepção, incorrer-se-ia no direito penal do autor.

Ademais, em suas palavras:

Logo, e de acordo com um direito penal garantista, são admissíveis apenas normas que proíbam e previnam fatos, e não normas que proíbam ou desmoralizem 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 crime e resolvido mediante provas, e não tratamentos individualizados e modelados sobre a personalidade do imputado ou recluso [...].¹⁵¹

Assim, por entender que a análise da personalidade do acusado consistiria em uma violação ao direito penal garantista, considera melhor que o julgador se abstenha de opinar a esse respeito.¹⁵²

4.2.5. Rogério Greco

O autor, ao definir a personalidade do agente, faz menção ao professor Ney Moura Teles, que a descreve não como sendo um conceito jurídico, mas sim pertencente ao âmbito de outras ciências, quais sejam, psicologia, psiquiatria, antropologia, devendo ser entendida como um “complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito.”¹⁵³

Demais, de acordo com seu entendimento, o magistrado não deveria levar tal vetor em consideração no momento de fixar a pena-base, uma vez que não possui capacidade técnica necessária para aferi-la. Sua avaliação exigiria uma análise detida e apropriada de toda a vida do acusado, empreendimento que é inacessível ao juízo. Nesse sentido, somente os profissionais da área da saúde talvez teriam condições para sopesar a circunstância judicial em comento.¹⁵⁴

Em conclusão, assevera que “a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado *direito penal do fato*, pois prioriza a análise das características penais do seu autor.”¹⁵⁵ Dessa maneira, entende sua avaliação como um retorno ao direito penal do autor.

¹⁵⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 370 e 371.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 371.

¹⁵² *Ibid.*, p. 371.

¹⁵³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral (Volume I). 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015. p. 635.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 635.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 635.

4.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

O desenvolvimento das considerações acerca dos posicionamentos doutrinários acima expostos está estruturado em duas partes:

- 1) a organização sistemática do instituto da personalidade do agente;
- 2) o enfrentamento das críticas tecidas pelos doutrinadores.

A primeira parte, por sua vez, será dividida em três pontos, a saber: (a) a definição de um conceito geral para o vetor; (b) a análise de como se dá sua avaliação; e (c) o exame do fundamento para sua aplicação.

Ademais, o segundo ponto, referente à avaliação da circunstância, será seccionado e analisado sob três aspectos, quais sejam, (i) os sujeitos aptos a valorá-la; (ii) os elementos levados em conta em sua avaliação; e (iii) o estabelecimento de limites para a recepção dos elementos a serem apreciados.

Já a segunda parte, atinente ao enfrentamento das críticas, também será segmentada em três pontos: (a) a determinação dos sujeitos aptos a valorar o vetor em questão; (b) o estabelecimento de limites na recepção dos elementos a serem apreciados pelo magistrado; e (c) as acusações de a circunstância ser um resquício do direito penal do autor.

Ora, no tocante à organização sistemática do instituto da personalidade do agente, é mister que comecemos o proposto exame com a definição de um conceito geral para o vetor.

Por sua vez, Aníbal Bruno a define como “um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinaram ou influenciaram o comportamento humano”.¹⁵⁶ De acordo com Juarez Cirino dos Santos, pode ser entendida como “um produto histórico em processo de constante formação, transformação e deformação”.¹⁵⁷ Por outro lado, Paulo José da Costa Júnior a considera como um conjunto de elementos psicológicos, derivados de forças hereditárias e de fatores adquiridos por influência ambiental.¹⁵⁸

Assim, em síntese, a personalidade pode ser conceituada como um todo complexo, também entendido como um conjunto psicossomático, formado por três componentes: (1) a conformação física (componente morfológico); (2) o temperamento (componente fisiológico); e (3) o caráter (componente de expressão psicológica do temperamento) – nos

¹⁵⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 154 e 155.

¹⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito Penal**: Parte Geral. 4ª edição. Florianópolis: Editora Conceito, 2010. p. 523.

¹⁵⁸ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 199 e 200.

termos propostos por Guilherme de Souza Nucci, em sua doutrina. Em sua configuração, congregam-se elementos hereditários (porção herdada) e socioambientais (porção adquirida por influência ambiental), os quais determinam ou influenciam o comportamento humano.¹⁵⁹ A questão da determinação será diligentemente abordada mais à frente, na parte de enfrentamento às críticas.

Vale salientar que, conforme José Antonio Paganella Boschi, “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” –, não se tratando, de uma figura estática, mas sim dinâmica.¹⁶⁰ Dessa forma, sua evolução transcorre por, pelo menos, cinco fases: a infância, a juventude, o estado adulto, a maturidade e a velhice.¹⁶¹ Por esse motivo, pode-se dizer que “eventuais traços de caráter constituem *cortes* simplificados, imprecisos e transitórios da natureza humana, como produto biopsicossocial do conjunto das relações históricas concretas do indivíduo”.¹⁶²

Por fim, compete destacar que Rogério Greco, em sua doutrina, observa que o vetor em comento não possui um conceito jurídico, “mas sim pertencente ao âmbito de outras ciências, quais sejam, psicologia, psiquiatria, antropologia”.¹⁶³ Quanto a tal questão, impende frisar que, embora a circunstância em comento lance mão de um conceito oriundo das ciências psicológicas, sua natureza é jurídica. Sua valoração e aplicação, dentro do Direito, satisfazem-se com uma análise jurídica, visto se tratar de um elemento claramente idealizado a fim de ser empregado em juízo. De qualquer forma, esse assunto será cuidadosamente abordado mais adiante.

Ao passarmos para a análise de como ocorre a avaliação da personalidade do agente, como já dito, o ponto será dividido em três aspectos, começando pela determinação dos sujeitos aptos a valorá-la.

Ora, conforme Aníbal Bruno, o magistrado responsável pelo caso é quem deverá proceder tal apreciação, “na medida em que for necessário e lhe seja possível investigar”.¹⁶⁴

¹⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

¹⁶⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 168.

¹⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

¹⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª edição. Florianópolis: Editora Conceito, 2010. p. 523.

¹⁶³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral (Volume I)**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015. p. 635.

¹⁶⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral (Tomo 3)**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 156.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, o julgador deve verificar a boa ou má índole do acusado, “sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu”.¹⁶⁵

Por seu turno, Roberto Lyra ressalta que os critérios de avaliação adotados pelo juiz encontram-se ao alcance da experiência comum e habitual, enfatizando a completa dispensabilidade de se consultar bibliografias para que se possa analisar e fixar a intensidade de afastamento do indivíduo do padrão de conduta dele esperado por todos os demais integrantes da sociedade, uma vez que “todos aprendem a bem distinguir os padrões de honestidade e de bondade”.¹⁶⁶

Nesse sentido, cabe ao julgador, com base em sua experiência comum, independentemente de conhecimento técnico, valorar ou não a personalidade do agente, ante a constatação de elementos idôneos que ensejem seu sopesamento e a necessidade de sua aplicação no caso concreto – ambos devidamente lastreados na extrapolação do mínimo necessário para a concretização do fato típico e ilícito (questões a serem atentamente tratadas adiante).

Agora, no que diz respeito aos elementos levados em conta na avaliação, tem-se que, conforme proposto por Paulo José da Costa Júnior, a personalidade do agente pode ser negativamente valorada quando a conduta delitiva evidenciar um caráter maldoso, agressivo, covarde, frio, dentre outras características, a partir da presença de elementos expressos no fato que ultrapassem o mínimo necessário para se auferir o fim desejado com a consecução do ilícito penal. Dessa maneira, qualquer mal causado intencionalmente pelo agente, que sobrepuje o imprescindível para a concretização do crime planejado, poderá ser utilizado como elemento fundamentador da exasperação da pena.¹⁶⁷

No mais, Guilherme de Souza Nucci, visando conferir objetividade, concretude e clareza à avaliação da circunstância, propôs um rol de características indicadoras de uma personalidade positiva e negativa. Como fatores positivos, têm-se “bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom-humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade”; e, como atributos negativos, “maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade,

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Volume 1)**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 703.

¹⁶⁶ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal: Volume II (arts. 25 a 74)**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 183.

¹⁶⁷ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 200.

imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo”.¹⁶⁸

Por outro lado, é mister salientar que a doutrina propõe algumas observações que devem ser levadas em consideração pelo magistrado, no momento de valorar a circunstância. Com efeito, Aníbal Bruno considera que a personalidade do criminoso deve ser ponderada à luz de sua realidade – das condições em que foi criado e de onde habita.¹⁶⁹ O acusado deve ser analisado tendo-se em mente seu meio social circundante e permanente.¹⁷⁰ Sob essa perspectiva, Guilherme de Souza Nucci registrou que “o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência.”¹⁷¹

Por fim, em se tratando ainda da valoração da personalidade do agente, é mister focar-se detidamente no estabelecimento de limites para a recepção dos elementos a serem apreciados em juízo, a fim de que o julgador, em sua discricionariedade, não ultrapasse para além das circunstâncias que dizem respeito ao processo em julgamento, acabando por extrapolar as precisas barreiras do fato delituoso e por invadir certas esferas particulares – constitucionalmente protegidas – do indivíduo em análise.

A doutrina brasileira não é unânime na fixação dessas balizas, havendo uma expressiva gradatividade nas interpretações quanto à amplitude dos elementos susceptíveis a serem recepcionados pelo magistrado.

Há desde correntes restritivas, que consideram que somente podem ser empregados no sopesamento da personalidade aqueles elementos precisamente adstritos ao caso concreto *sub judice* (entendimento ao qual esta pesquisa se vincula, pelos motivos em breve expostos), até compreensões mais amplas, que expandem os elementos aferíveis à toda a vida do acusado, autorizando um maior alcance analítico, que, por sua vez, adentra os íntimos redutos do indivíduo.

Ora, Juarez Cirino dos Santos, filiado a uma concepção restritiva, destaca a legislação e a jurisprudência alemãs, nas quais, para fins de valoração da personalidade, considera-se tão

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432 e 433.

¹⁶⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral (Tomo 3)**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 155.

¹⁷⁰ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 199.

¹⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

somente “a atitude concreta do autor na realização do fato punível, indicadora de *rudeza* ou de *brutalidade*, de *má-fé* ou de *perfidia*, de *infâmia* ou de *abjeção*, de *desconsideração* ou de *crueldade*”, percebidos como elementos capazes de revelar traços significativos da personalidade, até então objetivamente “indetermináveis pelo emprego direto da *categoria abstrata* representada pelo conceito”.¹⁷² (Grifo do autor).

A seu ver, somente podem servir, como elementos ensejadores da avaliação negativa da personalidade do agente, aquelas atitudes concretas manifestas pelo autor na realização do fato punível. Ou seja, os elementos capazes de serem aferíveis pelo magistrado devem possuir relação direta com o delito cometido, estando adstritos unicamente ao crime realizado e ao contexto que lhe cerca.

O mesmo foi proposto por Jorge de Figueiredo Dias, que, convencido da necessidade da adoção de critérios objetivos para o seguro sopesamento da personalidade do agente, sugeriu, dentre outros preceitos, sua limitação à “qualidade da personalidade manifesta no fato”.¹⁷³ Dessa forma, a qualidade da personalidade apta a ser examinada na dosimetria da pena é aquela estritamente manifesta no fato delituoso. Em outros termos, apenas pode ser apreciada pelo magistrado aquela parcela da personalidade circunscrita às condições do caso concreto, tendo o indivíduo sua penalização exasperada pelo que, de íntimo, foi manifesto tão somente durante o cometimento do fato típico, ilícito e culpável – exteriorização essa que extrapole o mínimo necessário para a realização do crime.

Em contrapartida, Guilherme de Souza Nucci, representando uma vertente mais ampla (mas ainda de espectro moderado), considera passíveis de serem utilizados, na avaliação da personalidade pelo julgador, apenas aqueles elementos restritos ao lapso temporal antecedente ao fato criminoso, restando vedada a apreciação do comportamento do agente subsequente ao delito cometido. Tal entendimento se pauta na essência da circunstância em análise, que, em se tratando de um elemento mutável e dinâmico, não se paralisa no tempo.¹⁷⁴

Nessa visão, a aferição da personalidade não se encontra limitada à conduta delitiva, podendo ser valorada a partir de uma digressão na vida do acusado. Em decorrência, questionamentos fazem-se necessários: Qual seria a relevância das características íntimas do agente – por ele não externalizadas em ações ou omissões penalmente puníveis – prévias ao

¹⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª edição. Florianópolis: Editora Conceito, 2010. p. 523.

¹⁷³ CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019. p. 505.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 435.

cometimento do crime em julgamento, uma vez que nem presentes em seu contexto? Será que todos os seus traços pessoais pregressos deveriam ser percebidos e examinados pelo magistrado, mesmo sem qualquer relação com o fato delituoso a ele imputado?

Por seu turno, Cezar Roberto Bitencourt, também reproduzindo uma corrente doutrinária mais ampla (agora, de espectro mais abrangente), ao discorrer sobre os casos em que as infrações penais são cometidas durante a menoridade, quando tais condutas não podem ser admitidas como maus antecedentes, posiciona-se no sentido de deverem servir “para subsidiar a análise da personalidade do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime objeto do processo em julgamento”. A seu ver, “essas duas circunstâncias – infrações penais praticadas durante a menoridade ou depois do crime objeto do cálculo da pena” – não podem ser ignoradas.¹⁷⁵

Em primeiro lugar, vale frisar que a utilização tanto de infrações penais praticadas durante a menoridade quanto daquelas cometidas após o crime objeto do processo para avaliar a personalidade do agente incorre nas mesmas questões aventadas acima, quais sejam: Qual seria a relevância dos atributos privados do acusado – por ele não externalizados no delito objeto da pena – prévios ou supervenientes aos seu cometimento, uma vez que não expressos em seu contexto? Ademais, será que todos os seus traços pessoais pregressos e futuros devem ser percebidos e examinados em juízo, mesmo sem qualquer relação com o fato criminoso pelo qual o indivíduo responde?

Em segundo lugar, é obrigatório destacar a tese fixada pelo STJ no Tema Repetitivo nº 1.077 (julgado pela TERCEIRA SEÇÃO do STJ, com votação unânime, sob a relatoria da Ministra LAURITA VAZ, em 26/06/2021, e publicado em 01/07/2021), segundo a qual “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”.¹⁷⁶

Assim, se nem as condenações já transitadas em julgado não utilizadas na caracterização da reincidência podem ser recepcionadas na figura da personalidade – por serem aptas a desfavorecer o vetor maus antecedente –, por que motivo as infrações penais cometidas durante a menoridade, que nem peso de condenação possuem, seriam idôneas a servir de subsídio para

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral (Volume 1). 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 703.

¹⁷⁶ STJ: Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900355571&dt_publicacao=01/07/2021>. Acesso em 09 mar 2023.

a negatização da personalidade? No tocante aos crimes praticados após o delito objeto do processo, da mesma forma, a tese, por si só, é clara em vetar sua aplicação à personalidade, uma vez que dispõem de uma circunstância judicial a elas específica.

Não obstante e superior a todos os argumentos anteriormente apresentados, encontra-se o fim do célebre vetor. Ora, não se pode perder de vista a finalidade de a personalidade do agente estar no rol de circunstâncias do art. 59, CP – individualizar a pena do agente a partir dos elementos presentes no cometimento do fato ilícito; jamais se utilizar de um delito como subterfúgio para validar a invasão de suas esferas particulares que carecem de qualquer relação com o processo ao qual responde. Conforme a compreensão adotada nessa pesquisa, é imprescindível que haja nexos entre a conduta criminosa e os elementos empregados na negatização do vetor em questão.

Ainda, também externalizando uma corrente de interpretação ampla, há os doutrinadores Celso Delmanto, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Roberto Delmanto, e Roberto Delmanto Junior, segundo os quais, havendo afinidade entre a individualidade psicológica do acusado e o delito por ele praticado, pode ser considerado como possuidor de uma personalidade voltada ao crime, o que deverá pesar em seu desfavor na fixação da pena-base.¹⁷⁷

Cabe salientar que a individualidade psicológica referida pelos autores não diz respeito a limitações mentais ou deficiências cognitivas que afetem sua capacidade de autodeterminação ou sua consciência moral, condições que, a depender do caso, ensejariam a exclusão da culpabilidade, falando-se, então, de aplicação de medida de segurança e não de pena. Logo, alude-se a desvios de caráter perpetuados unicamente pela intransigência moral do indivíduo, isto é, aquelas qualidades diárias e volitivamente por ele cultivadas em sua intimidade.

Retornando à expressão personalidade voltada ao delito, Guilherme de Souza Nucci empreende uma relevante crítica ao seu emprego, afirmando que “o modo de ser e agir do ser humano, advindo do seu temperamento e do seu caráter, não se reduz a uma determinada prática, mas a uma qualidade ou defeito”. Conclui que “mencionar que o réu tem personalidade voltada ao crime equivale a declará-lo delinquente por natureza, algo mais afeito à teoria de Lombroso [...] do que, propriamente à personalidade”.¹⁷⁸

Ora, impende comentar que a imposição de uma personalidade como voltada ao delito,

¹⁷⁷ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. p. 104.

¹⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 434.

de certa forma, impõe ao acusado uma condição de predeterminação, retirando do acusado sua capacidade de autogoverno. Com efeito, não existe personalidade voltada ao delito; há personalidades (demonstradas mediante características pessoais) que facultam inúmeras possibilidades ao indivíduo, mas nenhuma lhe é obrigatória ou previamente decidida. Da mesma forma que, v.g., uma pessoa amorosa não se encontra impedida de cometer um homicídio (se assim o desejar) e uma pessoa agressiva não está invariavelmente fadada a responder criminalmente por lesão corporal.

Como já sustentado anteriormente, a personalidade é uma característica dinâmica e mutável, jamais estática. Uma pessoa não pode ser definida pelo resto de sua vida pelo que foi ontem ou é hoje. Indivíduos possuidores de um bom caráter podem tê-lo corrompido, uma vez que não o busquem preservar, aplicando-se o mesmo raciocínio ao oposto. O potencial de transformação constante é uma das principais características inatas à humanidade. Assim, definir alguém como detentor de uma personalidade voltada ao crime consiste em restringir-lhe as infinitas possibilidades de vir a ser, no porvir, aquilo a que seu âmago se dirigir.

Com efeito, a personalidade, por ser uma figura não estática, deve ser analisada pontualmente e, mais especificamente, no fato ilícito cometido, sob o risco de estar-se penalizando o indivíduo por algo que não mais existe, preservado tão somente nas meras sombras do passado.

Por fim, ao encerrarmos o terceiro aspecto referente à avaliação da personalidade, cabe enfatizar a imperiosa necessidade de se estabelecer inequívocos limites à recepção dos elementos a serem apreciados pelo julgador no sopesamento do vetor.

Tal posicionamento é defendido por Américo Bedê Júnior, que adverte acerca da indispensabilidade de uma delimitação, de forma detalhada, dos conceitos a serem acolhidos pelo magistrado, a fim de que a dosimetria da pena seja adequada¹⁷⁹, e por André Callegari e Eugênio Pacelli, os quais, por sua vez, asseveram a premente importância de se restringir a apreensão dos elementos às circunstâncias objetivas dos fatos, que “apresentariam um quadro social” fidedigno da personalidade do agente a ser levada em consideração pelo juiz. Além de trazer segurança jurídica à análise do vetor em questão, tal critério evitaria o risco de arbitrariedades e ilegalidades na esfera do Poder Judiciário.¹⁸⁰

¹⁷⁹ JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida: A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica.** In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade.** Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 77.

¹⁸⁰ CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019. p. 504 e 505.

Dessa forma, pelos motivos acima expostos, essa pesquisa se filia à corrente restritiva, entendendo pela limitação da recepção dos elementos a serem apreciados. Estes, para serem examinados pelo julgador, devem possuir relação direta com o fato delituoso cometido, estando adstritos unicamente ao crime realizado e ao contexto que lhe cerca – apreendidas na externalização que extrapola o mínimo necessário para a realização do ilícito penal.

Encerrando o ponto concernente à organização sistemática do instituto da personalidade do agente, passemos ao exame do fundamento para sua aplicação.

Conforme Aníbal Bruno, a determinação da personalidade do acusado serve “para o ajustamento da pena ao fim da sua recuperação social, uma vez que a pena não é só retribuição, mas esforço dirigido à ressocialização do criminoso”.¹⁸¹ A pena imposta, conquanto estabelecida com base no fato típico e ilícito cometido pelo réu, não pode se demonstrar alheia, em sua dosimetria, à personalidade do autor, isto é, às suas características imanentes, visto que a finalidade sancionatória não se restringe a um mero *quantum* retributivo, mas também engloba a pretensão de recuperá-lo socialmente, culminando em sua ressocialização. Assim, para cumprir tal propósito, a pena não deve ater-se unicamente ao crime, em sua objetividade, a ponto de perder de vista o indivíduo que o cometeu.

Nesse mesmo sentido posicionou-se Roberto Lyra, ao julgar imprescindível a apreciação da personalidade do agente na dosimetria da pena, a fim de que a sanção penal lhe seja bem afeiçoada.¹⁸² Ora, o cálculo sancionatório não pode deixar de levar em conta a pessoa do acusado, a fim de que pena a ele cominada seja proporcional à sua necessidade mínima de reprimenda, a fim de que lhe seja oportunizada uma real reabilitação social.

Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci destaca que indivíduos detentores de personalidades antissociais merecem ser mais severamente apenados pelo delito cometido, já que “são sujeitos frios, insensíveis e, por vezes, calculistas. Valem-se de sua inteligência, para cometer os mais atrozes delitos, ao menos à vista do senso comum. O ser humano maldoso sente prazer em atuar dessa forma”.¹⁸³ O doutrinador defende que aqueles indivíduos cultivadores de personalidades desviadas devem ser mais severamente punidos, a fim de se demonstrar o desvalor de sua conduta frente ao risco ou ao dano causados a certos bens juridicamente protegidos – nessa situação, a sanção é exasperada tendo-se em vista sua esfera

¹⁸¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 156.

¹⁸² LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: Volume II (arts. 25 a 74). 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 183.

¹⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 433 e 434.

retributiva, que também implicará reflexos no âmbito educativo.

Com efeito, é evidente que aquele que, ao cometer determinado delito, age de forma cruel, impiedosa ou sádica deve ser mais severamente repreendido pelo Estado do que aquele que tão somente empreende o mínimo necessário para a realização do delito, visando apenas a consecução de seu objetivo. Ambos são merecedores de penas; todavia, o primeiro, indubitavelmente, atrai sobre si uma reprimenda mais acentuada.

Por fim, é mister registrar que as razões acima expostas constam no art. 59, CP, o qual, em sua prescrição, impõe ao juiz o dever de estabelecer, dentro dos limites previstos, a quantidade de pena aplicável, conforme seja necessário e suficiente para (1) a reprovação, e (2) a prevenção de crimes futuros. A pena, além de ter um importante caráter retributivo, deve ser capaz de proporcionar a ressocialização do criminoso – o que, decerto, não ocorrerá caso esta não se encontre adequada às suas necessidades particulares de correção.

Em outras palavras, a justificação de sua aplicação encontra-se na imprescindibilidade de uma correta individualização da pena, para que as finalidades sancionatórias, expressas no supracitado dispositivo legal, sejam efetivamente cumpridas, a saber: o estabelecimento de um *quantum* de pena que seja necessário e suficiente para a devida reprovação pelo crime cometido e uma eficaz prevenção quanto aos futuros.

Dessa forma, a personalidade do agente – unida às demais circunstâncias judiciais – atua como um importante mecanismo de individualização da pena, para que esta cumpra seu fim.

Como muito bem expressou o professor André Mauro Lacerda Azevedo:

[...] do mesmo modo que não podemos divorciar uma obra-prima do seu autor, já que tal obra consiste na expressão legítima do seu criador, de maneira alguma poderíamos enxergar na ação concreta tão somente a mera realização de elementos típicos, dissociados dos desejos, do caráter, das emoções e da atitude pessoal do agente.¹⁸⁴

Vale mencionar que sua individualização nada mais é do que a simples aplicação do princípio da proporcionalidade ao *quantum* sancionatório. A pena deve ser proporcional ao delito cometido (previamente estabelecido no tipo penal, em cumprimento do princípio da legalidade) e às características pessoais do criminoso externalizadas no momento de sua realização. Assim, em observância aos princípios constitucionais, deve-se levar em conta tanto as peculiaridades dos fatos quanto as singularidades de seus agentes.¹⁸⁵

¹⁸⁴ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso.** In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais: A Ciência do Direito Penal e Discussão.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014. p. 43.

¹⁸⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 8ª edição. Porto Alegre: Editora

Por último, cabe pontuar que, diferentemente das considerações apresentadas por Américo Bedê Júnior¹⁸⁶ e Winfried Hassemer¹⁸⁷ acerca da teoria da prevenção especial da pena, a sanção penal não se vincula à recuperação do agente, embora a tenha como uma de suas finalidades. De fato, é evidente que a individualização da pena tem como um de seus fins a pretensão de adequar a sanção de forma a prevenir a reincidência criminal, porém jamais atrela seu *quantum* – fixado a partir do fato ilícito cometido – à condição de ressocialização do preso. O que fundamenta e baliza a consequência jurídica (pena) é sua causa (delito realizado), e, de forma alguma, seus objetivos intrínsecos (reprovação e prevenção).

Neste momento, uma vez finda a análise sistemática de inúmeros pontos demasiadamente importantes para o devido entendimento da personalidade do agente, passemos a segunda parte das considerações, isto é, propriamente ao enfrentamento das críticas a ela tecidas por parte da doutrina.

A primeira divergência sobre a qual é válido determo-nos é aquela referente à determinação dos sujeitos aptos a valorá-la.

Segundo Paulo Queiroz, a avaliação da personalidade do agente consiste em uma complexa tarefa a ser executada pelo juiz, seja por não dominar os conteúdos referentes à psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja por também possuir atributos próprios de personalidade.¹⁸⁸ Em sua doutrina, Juarez Cirino dos Santos pontua que os juízes carecem de formação acadêmica que os permitiria decidir adequadamente sobre o assunto.¹⁸⁹ Já André Callegari e Eugênio Pacelli são mais incisivos em suas considerações, ao afirmarem não ser possível exigir-se de um julgador o conhecimento técnico necessário para se trabalhar com o vetor em questão. Para que haja um adequado “juízo técnico sobre os contornos da personalidade do agente”, a psicologia, a psicanálise e a psiquiatria teriam muito a oferecer.¹⁹⁰

Livraria do Advogado, 2020. p. 141.

¹⁸⁶ JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida**: A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena**: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 79.

¹⁸⁷ HASSEMER, Winfried. **Punir no Estado de Direito**. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). **Direito Penal Como Crítica da Pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012. p. 343, *apud* JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida**: A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena**: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 79.

¹⁸⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 370.

¹⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito Penal**: Parte Geral. 4ª edição. Florianópolis: Editora Conceito, 2010. p. 522.

¹⁹⁰ CALLEGARI, André; PACHELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019. p. 504.

Nesse sentido, José Antonio Paganella Boschi aconselha que, no momento da apreciação das circunstâncias judiciais, o magistrado se declarasse sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado.¹⁹¹ Outrossim, Rogério Greco orienta o julgador, na ocasião da fixação da pena-base, a não levar o vetor em comento em consideração, visto que não possui a capacidade técnica necessária para valorá-la. Pontua que sua avaliação exigiria uma análise aprofundada de toda a vida do indivíduo, o que é inacessível ao juízo. Em sua visão, somente os profissionais da área da saúde talvez teriam condições de sopesá-la.¹⁹²

Com efeito, não assiste razão à crítica, uma vez que se baseia em um entendimento errôneo acerca da circunstância em questão e de sua finalidade ao ser aplicada na dosimetria da pena.

Ora, embora a personalidade possua um conceito oriundo das ciências psicológicas, cuida-se de uma circunstância de natureza e de aplicação totalmente jurídicas. Trata-se de um juízo de intensidade de afastamento do acusado do padrão de conduta dele esperado por todos os demais integrantes da sociedade, consistindo sua avaliação na distinção, v.g., dos padrões de honestidade e de bondade do acusado – elementos que se encontram ao alcance da experiência comum e habitual de qualquer indivíduo, independentemente de possuir conhecimento técnico.¹⁹³

A exigência da atuação de profissionais técnicos para seu exame somente seria necessária caso seu objetivo fosse o diagnóstico de doenças mentais – averiguação pertinente ao juízo de culpabilidade, na determinação da existência do delito, e não à dosimetria da pena a ele cominada. Por esse motivo, não se faz necessário o uso de bibliografias ou de compreensão técnica para sua valoração.

O entendimento sustentado pela crítica, além de não condizer com os objetivos positivados no art. 59, CP, serve tão somente para obstruir o exercício jurisdicional. Limitar a atuação do juiz nesse contexto acaba por travancar o processo de individualização da pena e, por conseguinte, por impedir a adequada efetivação de suas finalidades: a devida reprovação criminal e a prevenção de futuras ilicitudes.

Portanto, como já dito anteriormente, cabe ao julgador, com base em sua experiência comum e independentemente de conhecimento técnico, valorá-la ou não, ante a constatação de

¹⁹¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 172.

¹⁹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral (Volume I)**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015. p. 635.

¹⁹³ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal: Volume II (arts. 25 a 74)**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 183.

elementos idôneos a ensejar seu sopesamento e a necessidade de sua aplicação no caso concreto – ambos devidamente lastreados na extrapolação do mínimo necessário para a concretização do fato típico e ilícito.

Por outro lado, como uma segunda desavença de elevada importância na doutrina, devemos examinar profundamente aquelas questões relacionadas à limitação na recepção de certos elementos pelo magistrado, a partir dos quais a personalidade seria apreciada.

Ora, José Antonio Paganella Boschi, sustentando a impossibilidade de realmente se conhecer a personalidade do acusado, destaca duas razões que amparam sua tese: (1) a inexistência de um padrão definido para se estabelecer as comparações; e (2) ser algo dinâmico e em constante construção. Em suas palavras, “como poderia o juiz anunciar a personalidade do réu com base nos escassos elementos informativos que os autos de um processo fornecem aos operadores do direito penal?”¹⁹⁴

Primeiramente, a questão da inexistência de um padrão comparativo definido em nada influi na análise do vetor, uma vez que seu exame, como precisamente abordado acima, dá-se com base naqueles elementos que se encontram ao alcance da experiência comum e habitual de qualquer indivíduo.¹⁹⁵ Decerto, manifestos desvios de caráter demonstrados durante a execução do crime podem ser aferidos por qualquer um que tenha a mínima noção de o que é uma conduta moral e socialmente adequada, independentemente do fornecimento de diretrizes normativas prévias. A título de exemplo, em um roubo, é irrelevante haver uma diretriz para se concluir que – se o indivíduo, ao subtrair coisa alheia móvel com o emprego de violência, ao invés de apenas empurrar a vítima, *v.g.*, atira-a voluntariamente de uma colina, quando, por um proceder muito mais brando, sabia inequivocamente que alcançaria o mesmo fim – possui um caráter maldoso e cruel.

Em segundo lugar, por se tratar de um elemento dinâmico e não estável, é mister que a personalidade seja avaliada exclusivamente no momento e no contexto da realização do fato delituoso – raciocínio que se abordará a seguir.

Ademais, o penalista destacou que, em juízo, “o mergulho na história pessoal e familiar do acusado é, em regra, bastante raso”, não submergindo o magistrado até as “profundezas do grande caudal em que se estrutura e evolui a personalidade” do agente.¹⁹⁶ Ora, cabe frisar que, de acordo com a concepção restritiva defendida por essa pesquisa como a mais coerente a ser

¹⁹⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 169.

¹⁹⁵ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: Volume II (arts. 25 a 74). 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 183.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 170.

adotada, as características pessoais e internas do agente, quando não materialmente externalizadas no momento do delito, não possuem qualquer relevância em juízo, não devendo, portanto, ser recepcionadas.

O que se busca com a valoração da personalidade não é a penalização do acusado por aquilo que o é, isto é, por seus traços íntimos, mesmo que deformados, abjetos e completamente reprováveis, mas que em nada têm a ver com o caso pelo qual responde. Não se deve, por confusão, inserir a circunstância em comento na órbita do direito penal do autor, sob pena de se deslegitimar um importantíssimo mecanismo individualizador da pena.

Exemplificativamente, em um caso de lesão corporal, é irrelevante para a valoração da personalidade do réu os xingamentos por ele empreendidos contra os pássaros que pousavam cotidianamente em seu quintal, os brados promitentes de morte contra os cachorros que rotineiramente entornavam sua lata de lixo e seu constante mau humor e antipatia pelos vizinhos. Se sua agressividade, impaciência e frieza não forem manifestos no crime pelo qual responde – avaliadas a partir da extrapolação do mínimo necessário para a concretização do fato típico e ilícito –, não devem sequer ser suscitadas em juízo.

Por fim, o penalista salienta a importância de se criar, previamente à aferição da personalidade, uma base conceitual com metodologia passível de ser empregada. Reivindica a adoção de critérios e passos a serem seguidos, sem os quais não haveria condições mínimas para qualquer “estabelecimento seguro de juízos afirmativos ou negativos de personalidade.”¹⁹⁷

Nesse quesito, assiste total razão à crítica. Como já exaustivamente tratado de antemão, é mister que, em termos de limitação na recepção de elementos valorativos da personalidade pelo juiz, seja adotada uma concepção restritiva, apreciando-se tão somente aqueles traços íntimos materialmente manifestos na realização do delito – como defendido por Jorge de Figueiredo Dias.¹⁹⁸

Além disso, não basta, como censurou José Antonio Paganella Boschi, o julgador, em suposto cumprimento do art. 59, CP, limitar-se “a fazer afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’”, quando meramente alegadas, completamente desprovidas de qualquer critério objetivo e em integral desconexão com o crime imputado.¹⁹⁹

¹⁹⁷ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: Volume II (arts. 25 a 74). 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 170.

¹⁹⁸ CALLEGARI, André; PACHELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019. p. 505.

¹⁹⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 169.

Agora, entrando propriamente no tema central dessa pesquisa, analisaremos a principal crítica tecida por parte da doutrina à valoração da personalidade do agente, qual seja, ser a circunstância um resqúcio do direito penal do autor e, portanto, inaplicável em nosso Direito por extrapolar os limites legais.

Em sua obra, José Antonio Paganella Boschi defende vigorosamente que os indivíduos devem ser punidos pelos atos ilegais por eles praticados, e não pelo que são ou pensam que são, “para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao medievo, cujos tribunais os executavam porque pensavam, e não porque haviam feito algo”. Assim, no tocante à personalidade, sugere a existência de uma dificuldade para se “encontrar uma justificativa filosófica para a maior punição ao indivíduo não pelo que ele possa ter feito, e sim, pelo seu modo de ser, pelo que é.”²⁰⁰

Nesse mesmo sentido posicionou-se Paulo Queiroz, registrando que “de acordo com um direito penal garantista, são admissíveis apenas normas que proíbam e previnam fatos, e não normas que proíbam ou desmoralizem identidades, apenas juízos que acertem a prova de um ação e não valorações sobre a personalidade do réu”. Dessa forma, considera concebíveis “apenas tratamentos punitivos relacionados ao fato previsto como crime e resolvido mediante provas, e não tratamentos individualizados e modelados sobre a personalidade do imputado ou recluso”, sob pena de se “possibilitar ao julgador invadir, arbitrariamente, âmbito da liberdade onde não lhe é lícito opinar (interioridade da pessoa)”, o que estabeleceria uma expressiva abertura para a perversão do princípio da culpabilidade pelo fato.²⁰¹

Por seu turno, Américo Bedê Júnior sustenta a inconstitucionalidade da previsão do Código Penal que atribui ao magistrado o dever de valorar a personalidade do agente, porquanto, ao observar-se a determinação legal, acabar-se-ia por adotar “critérios dissociados do fato e próximos de um direito penal do autor”.²⁰² Em suas palavras, “a prisão só se justifica pelo fato praticado, portanto todo acréscimo de pena precisa ser argumentado com o fato e não com a pessoa do réu”.²⁰³

No mais, Rogério Greco conclui o pensamento acima exposto, asseverando, irredutivelmente, que a valoração da personalidade do acusado, com a finalidade de se dosar a

²⁰⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 172.

²⁰¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 370 e 371.

²⁰² JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida: A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica**. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p.79.

²⁰³ *Ibid.*, p. 80.

pena a ser imposta, trata-se de uma atividade “ofensiva ao chamado direito penal do fato, pois prioriza a análise das características penais do seu autor” – em última análise, sua apreciação consistiria em um retrocesso ao direito penal do autor.²⁰⁴

Ora, certamente os indivíduos não devem ser punidos por suas características particulares, por aquilo que são, mas sim – e unicamente – pelo fato ilícito realizado. Todavia, não se pode confundir a individualização da pena, com base na personalidade manifesta na consecução criminal, com uma reminiscência do direito penal do autor. Embora a premissa da crítica doutrinária esteja correta, sua conclusão, com as devidas vênias, encontra-se equivocada, como se demonstrará a seguir.

Nos ditames do aludido sistema penal, o acusado é incriminado e reprovado não por uma conduta típica (comissiva ou omissiva), ilícita e culpável, mas sim por sua personalidade. Em contraposição, faz-se imperioso declarar que a circunstância judicial personalidade do agente jamais é utilizada como instrumento incriminador – trata-se de um vetor avaliado apenas e tão somente quando o réu já se encontra incriminado, não por um traço de caráter a ele intrínseco, mas por um fato delitivo deliberadamente cometido. Por ser um elemento pertencente à dosimetria da pena (etapa que se estabelece precisamente após a convicção judicial de o indivíduo ter cometido determinado crime, com base no conjunto fático-probatório, devidamente aportado aos autos, evidenciador da materialidade e da autoria delitivas), dá-se compulsoriamente após o juízo condenatório.

A personalidade do agente é apreciada pelo julgador unicamente com a finalidade de se individualizar a pena ao caso concreto, isto é, adequá-la ao fato cometido e à figura do acusado, para que a sanção possa efetivamente alcançar seus objetivos. E tais condições só podem ser satisfeitas quando a dosimetria da pena leva em conta o indivíduo realizador do injusto penal, porquanto o *quantum* aplicado deve corresponder ao mínimo de reprimenda capaz de atingir as necessidades particulares do réu para que, então, seja impelido a alterar seu comportamento – culminando em sua ressocialização.²⁰⁵

Ademais, de acordo com a concepção restritiva da recepção de elementos possibilitadores da valoração da personalidade, o vetor em questão deve ser apreciado apenas a partir daqueles traços particulares expressamente manifestados pelo agente no momento ou no contexto na realização do crime, exclusivamente apreendidos na extrapolação do mínimo

²⁰⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral (Volume I)**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015. p. 635.

²⁰⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral (Tomo 3)**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 154 e 156.

necessário para a concretização do fato típico e ilícito. Vale ressaltar que tais pontos já foram exaustivamente abordados acima.

Nesse sentido, não há de se falar de desnaturação da culpabilidade pelo fato, visto que, com a ponderação limitada da personalidade, os elementos de análise contemplam aqueles fatores da atitude interna juridicamente censurável que se manifestam de forma imediata na ação típica, como bem descreve Hans-Heinrich Jescheck.²⁰⁶ A incidência do direito penal do fato não impede a individualização da pena, desde que realizada de forma moderada; criteriosamente.²⁰⁷

Assim sendo, demonstra-se integralmente incorreta a afirmação sustentada pela crítica doutrinária. Em nenhum momento determinadas identidades são proibidas e desmoralizadas, ou ocorre a invasão, por parte do magistrado, da esfera privada do indivíduo. A circunstância apenas permite, em consonância com o mandamento constitucional (art. 5º, XLVI ,CF), individualizar-se a pena, para que esta, afeiçoada a pessoa do agente (justamente o ser a quem ela se dirige), alcance seus fins.

Portanto, não há qualquer sombra, resquício ou reminiscência do direito penal do autor na aplicação da personalidade do agente.

Por fim, José Antonio Paganella Boschi argumenta que “eventual ‘deformação’ da personalidade do réu, oriunda de transtorno reconhecido (e por ele certamente não desejado ou buscado conscientemente)” encontra-se “longe de servir como fundamento para a exasperação da pena-base”. Pelo contrário, “precisaria, isto sim, propiciar o abrandamento da censura penal, porque o transtorno afeta a liberdade moral e a capacidade do indivíduo de bem formular juízos críticos e de atentar para o dever de viver em harmonia consigo e com os outros”.²⁰⁸

Primeiramente, não se deve confundir uma personalidade desviada, conscientemente nutrida pelo agente e expressa por vontade própria durante a realização do crime, com um transtorno de personalidade (não desejada pelo indivíduo) que acomete sua liberdade moral e sua capacidade de autodeterminação. A primeira, certamente deve ser levada em conta na dosimetria da pena, a fim de que a sanção seja devidamente individualizada às necessidades do caso concreto e, por conseguinte, cumpra seus nobres propósitos. A segunda, por outro lado, implicará em uma excludente de culpabilidade por ausência de imputabilidade – não servindo,

²⁰⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (Volume I). Lima: Editora Instituto Pacífico, 2014. p. 622.

²⁰⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 251.

²⁰⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020. p. 172.

de forma alguma, para exasperar a medida de segurança aplicada ao réu.

Sendo o referido transtorno de personalidade o ente causador e, portanto, responsável pela incapacidade de o acusado entender a ilicitude do fato e de autodeterminar-se, aplica-se, indubitavelmente, de regra, medida de segurança – consequência jurídica orientada por razões de prevenção especial (jamais punitivas), cujo objetivo é “impedir que a pessoa sobre a qual atue volte a delinquir, a fim de que possa levar uma vida sem conflitos com a sociedade”.²⁰⁹

Dessa forma, novamente não assiste razão ao posicionamento crítico, uma vez que a personalidade do agente, em casos de excludente de culpabilidade por incapacidade de compreensão da conduta e de autonomia decisiva, de forma alguma é avaliada com a finalidade de agravar a resposta estatal.

²⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume Único. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 345.

5. A PERSONALIDADE DO AGENTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

A circunstância judicial personalidade do agente tem sido objeto de grandes debates e divergências na jurisprudência brasileira, ora entendida como avaliável, ora considerada como violadora de direitos fundamentais. Dentre as inúmeras – mas relevantes – discordâncias, surge a intensa discussão acerca de sua natureza remanescente do direito penal do autor ou de sua função individualizadora da pena, residente no direito penal do fato.

Ante a tamanha controvérsia teórica inserida no seio jurisprudencial, faz-se fundamental e indispensável deter-se no exame das principais decisões em que essas questões são trazidas a lume e respeitosamente ponderadas, a fim de se chegar a um razoável consenso.

Destarte, pelos motivos acima expostos, essa pesquisa analisará alguns dos principais julgados, referentes à matéria em comento, oriundos do TJ/RS e do STJ.

5.1. JULGADOS RELEVANTES DO TJ/RS

Para fins dessa monografia, foram analisados 129 acórdãos disponibilizados no sítio eletrônico do TJ/RS, tendo sido utilizadas, como critério de busca, as expressões “personalidade” e “direito penal do autor”. Dentre todos os casos remetidos, selecionaram-se 5 julgados, em razão de seus relevantes posicionamentos teóricos.²¹⁰

5.1.1. Sob a perspectiva do Direito Penal do Fato

Para esse tópico, foram separados 2 acórdãos, cujos conteúdos se demonstram favoráveis à possibilidade de se efetuar a valoração da personalidade do agente.

5.1.1.1. ACR 70075059014/RS – Juiz de Direito Felipe Keuncke de Oliveira

A ACR 70075059014/RS (CNJ 0270016-92.2017.8.21.7000) foi julgada pela OITAVA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, sob a relatoria do Juiz de Direito convocado

²¹⁰ TJ/RS: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em 14 abr 2023.

* Colocou-se um *link* geral de acesso, porque o sítio eletrônico do TJ/RS não gera referências individualizadas atinentes a cada julgado pesquisado, encaminhando o usuário sempre a uma página geral de busca jurisprudencial.

FELIPE KEUNECKE DE OLIVEIRA, em 30/10/2019, tendo sido publicada em 04/12/2019.

Trata-se de uma apelação criminal interposta pelos acusados, condenados pelo crime de furto duplamente qualificado, visto que cometidos com rompimento de obstáculo e mediante concurso de pessoas, em face de sentença condenatória.

Em recurso, a defesa pugnou pela absolvição dos corréus por insuficiência probatória e, subsidiariamente, pelo afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo e pela redução do apenamento e da multa aplicada.

Por unanimidade, as Desembargadoras FABIANNE BRESTON BAISCH e ISABEL DE BORBA LUCAS, integrantes da OITAVA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, negaram provimento ao apelo defensivo de Geraldo e deram parcial provimento ao recurso de Ângelo Valter, redimensionando sua pena privativa de liberdade (devido ao afastamento do vetor referente à conduta social) e reduzindo a pena de multa aplicada, nos termos o voto do Juiz Relator. Vale salientar que o sopesamento da circunstância personalidade foi mantido, pelas razões tratadas a seguir.

Ora, a jurisprudência em questão foi selecionada por abordar, ao longo de sua fundamentação, quatro aspectos consideravelmente importantes para o adequado estudo da personalidade do agente, a saber: (1) a discricionariedade na dosimetria da pena; (2) a equivocada valoração da personalidade com base em elementos que dizem respeito ao vetor antecedentes; (3) a prescindibilidade de avaliação técnica, uma vez que seu objetivo não é diagnosticar patologias; e (4) a contestação de sua aplicação incorrer em um resqúcio do direito penal do autor.

Primeiramente, o Magistrado Relator, referindo-se ao AgRg no AREsp 499.333/SP, julgado pelo STJ em 07/08/2014, sob a relatoria do Ministro MOURA RIBEIRO, expressou que “a dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação.” Demais:

No mesmo sentido, o STF firmou o entendimento de que: “A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias.”

Concluindo seu raciocínio, afirma que “não há como considerar a aplicação de pena um mero critério matemático, cartesiano.” Portanto, os vetores presentes no art. 59, CP, ao serem sopesados, podem ganhar maior ou menor peso e relevância, desde que idoneamente

fundamentados e devidamente respaldados na concretude do caso.

Em um segundo momento, argumentou no sentido de ser possível sopesar a personalidade do agente com base em condenações criminais pretéritas. No caso, um dos acusados possui nove condenações, sendo quatro delas aptas a negativar a reincidência e seus antecedentes. A partir dessas informações, considerou-se que “a reiteração criminosa é indicativo claro da personalidade desviante do apelante e sua propensão delitiva, sobretudo quando se verificam condenações por delitos com presença de violência e grave ameaça.” Assim, o juízo *ad quem* ratificou a valoração da personalidade, sob a argumentação de ser desregrada e voltada à prática delitiva.

Quanto a esta questão, cabe salientar que tal decisão se deu antes da fixação da tese no Tema Repetitivo nº 1.077 (unanimemente votado pela TERCEIRA SEÇÃO do STJ, em 26/06/2021, e publicado em 01/07/2021) – já abordada anteriormente –, quando se decidiu pela impossibilidade de se utilizar condenações transitadas em julgado para sopesar a personalidade.²¹¹

Em terceiro lugar, registrou que a valoração da circunstância personalidade do agente independe de avaliação técnica, em oposição a certa parcela da doutrina e da jurisprudência. Destacou que o julgador não apenas pode, mas também deve “aferir eventuais desvios de personalidade percebidos durante o curso do processo e depreendidos de análises razoáveis”, desde que fundamentadamente em elementos presentes no processo. Pontua que é “inerente à sensibilidade humana a capacidade de detectar, valorar e adjetivar positiva ou negativamente a personalidade de outrem através de características viáveis de verificação”.

Nesse sentido, dispensa-se a “necessidade de diploma ou capacitação técnica especial para satisfazer à análise que demanda a legislação para fins de aplicação da pena”. O entendimento contrário seria viável tão somente se “a máxima comportamental extraída da norma fosse diagnosticar patologias oriundas da análise clínica da personalidade do réu”; todavia, afirma, “não é isso o que preceitua o dispositivo legal”.

Por fim, e também como o foco dessa pesquisa, o Relator esforça-se por afastar qualquer sombra de aparência de incidência do direito penal do autor sobre o referido vetor. *In verbis*:

Embora não haja consenso sobre o conceito de **Direito Penal de autor**, é possível afirmar que, por ele, o que verdadeiramente configura o delito é o modo de ser do agente, como sintoma de sua personalidade: a essência do delito repousa em uma característica do autor que explica a pena. Ou seja, “a pena se associa de modo imediato à periculosidade do autor, pelo que, para a

²¹¹ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900355571&dt_publicacao=01/07/2021>. Acesso em 09 mar 2023.

justificação da sanção, aquela deve ser atribuível”. Por esta concepção o Direito Penal não deve castigar o ato, que em si mesmo não expressa muito valor, mas sim a natureza interna jurídica corrompida do agente. O delito em si tem, somente, um significado sintomático. “O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”. Por ser um ser inferiorizado e perigoso, o autor deve ser punido ou neutralizado, porque representa um perigo à sociedade. (Grifo do autor).

Assim, no direito penal do autor, o verdadeiro elemento a ser punido é o modo de ser do agente, como uma manifestação da sua personalidade. O direito se concentra não em reprovar determinada conduta externa, mas sim a natureza interna do acusado. Nesse contexto, “a tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não proíbe matar, mas ser homicida, etc.” Em suma, criminaliza-se a personalidade.

Em seguida, contrapondo tais ideias, assevera que “nosso ordenamento jurídico penal, tal como concebido e vigente, comina sanções mínimas e máximas da pena de acordo com a conduta tipificada e praticada, independente de quem nela esteja incurso.” Em suas palavras:

Vetores como a conduta social, a personalidade, os antecedentes e a culpabilidade, naturalmente, dizem respeito especificamente à pessoa do transgressor da regra penal, e serão avaliados somente após a confirmação da tripartriedade do crime, ou seja, o fato ser típico e ilícito e seu autor for culpável, no caso em que devidamente comprovadas materialidade e autoria delitivas.

É de se frisar que, em nosso ordenamento jurídico penal, embora as circunstâncias referentes à conduta social, à personalidade, aos antecedentes e à culpabilidade estejam relacionadas diretamente ao indivíduo acusado, “jamais serão, por conseguinte, parâmetro para caracterizar a perfectibilização da incidência da norma penal, tampouco serão determinantes para definir o interregno do *quantum* de pena aplicável ao caso.” Tais vetores, enfatiza-se, são avaliados somente após a confirmação da ocorrência do fato delitivo penalmente punível, isto é, de uma conduta típica, ilícita e culpável, ante a devida comprovação da materialidade e autoria.

As circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, CP consistem tão somente em elementos individualizadores da pena, de modo algum concorrendo para a instituição de um crime. Não são componentes incriminadores de condutas ou modos de ser, mas unidades atuantes na personalização da pena a ser aplicada.

Nesse sentido, é dito que:

[...] o que define a margem de apenamento mínimo e máximo aplicável ao caso concreto é, sim, o fato praticado penalmente relevante e não as

características personalíssimas de seu autor. Dentro da margem de pena cominada pela lei em abstrato, repito: determinada, sim, pelo fato praticado, é imperiosa a análise das características pessoais do transgressor, a fim de corroborar a satisfação das dimensões retributiva e preventiva da pena.

Com efeito, as exigências constitucionais de equidade, isonomia e individualização da pena apenas podem ser adimplidas mediante a aplicação da devida sanção, de acordo com a “complexidade do caso e critérios de justiça e proporcionalidade”, sem os quais, inexistiria uma adequada reprovabilidade da conduta.

Em suma:

[...] desconsiderar as moduladoras pessoais de aplicação de pena, levaria, por exemplo, ao tratamento penal desproporcional entre o indivíduo que pauta sua vida pelo crime, em ofensa explícita aos bens juridicamente tutelados de outrem e o indivíduo que ocasionalmente, ou por circunstâncias da vida, incorre, neófito, em conduta típica.

A seu ver, tal proposição ofenderia os preciosos princípios constitucionais supracitados.

5.1.1.2. ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS – Des. Luciano Andre Losekann

A ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS foi julgada pela TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, sob a relatoria do Des. LUCIANO ANDRE LOSEKANN, em 15/04/2021, tendo sido publicada em 23/04/2021.

Trata-se de uma apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de agravar a pena do réu, condenado pelos delitos de homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, CP, e de ocultação de cadáver.

Em recurso, a acusação requereu, quanto ao delito de homicídio, a valoração negativa das circunstâncias culpabilidade, personalidade, conduta social e comportamento da vítima; ademais, que uma das qualificadoras fosse considerada para exasperar a pena-base e a outra como agravante; e que as agravantes fossem aumentadas em 1/6. Quanto ao crime de ocultação de cadáver, também postulou a valoração negativa dos vetores culpabilidade, personalidade e conduta social.

Por unanimidade, o Desembargador RINEZ DA TRINDADE e o Juiz de Direito convocado LEANDRO AUGUSTO SASSI, integrantes da TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, deram parcial provimento ao recurso ministerial, aplicando, quanto ao crime de homicídio, o recurso que impossibilitou a defesa da vítima como circunstância judicial negativa e o emprego de meio cruel como agravante, elevando em 1/6 o *quantum* de pena pelas agravantes da reincidência e do recurso que dificultou a defesa do ofendido, nos termos do

voto do Des. Relator.

Embora a personalidade não tenha sido negativamente valorada, consta no voto do Relator sua posição favorável à análise do vetor, como se verá a seguir. Demais, vale ressaltar o fato de que, apesar de ter acompanhado o entendimento do Des. Relator, o Juiz de Direito LEANDRO AUGUSTO SASSI reservou sua posição no sentido de discordar da possibilidade de aumento da pena-base pelas circunstâncias conduta social e personalidade – manifestação que, devido à sua robusta fundamentação teórica, será examinada no próximo tópico.

Ora, a jurisprudência em questão foi selecionada por corroborar com a possibilidade de valoração da personalidade do agente, afastando a pretensa alegação de direito penal do autor, desde que constem elementos suficientes nos autos que permitam seu devido exame pelo magistrado.

Conforme o Desembargador Relator, é “possível a valoração negativa das circunstâncias conduta social e personalidade, desde que presentes elementos para tanto, não havendo falar em direito penal do autor, segundo o qual o indivíduo é punido pelo que é ou como vive e não pelo fato cometido”.

Assim, em harmonia com o direito penal do fato, frisa-se que o acusado, de forma alguma, responde criminalmente por suas características íntimas, mas unicamente como resultado do cometimento de um fato típico, ilícito e culpável. Por sua vez, a personalidade ingressa tão somente como um elemento individualizador da pena, adequando-a ao agente delincente. A punição é corolário de sua conduta delitativa, jamais de suas particularidades.

5.1.2. Sob a perspectiva do Direito Penal do Autor

Por sua vez, para esse tópico, foram reservados 3 acórdãos, cujos conteúdos se filiam à vertente desfavorável à valoração da personalidade do agente, sob a premissa de tal circunstância ser uma reminiscência do direito penal do autor.

5.1.2.1. ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS – Manifestação do Juiz de Direito Leandro Augusto Sassi em exercício de sua reserva de posição

Ora, a ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS, julgada pela TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, sob a relatoria do Desembargador LUCIANO ANDRE LOSEKANN, em 15/04/2021, e publicada em 23/04/2021, já foi detalhadamente comentada no tópico acima. Contudo, é necessário que a jurisprudência seja novamente abordada, agora, com a finalidade

de se examinar as razões apresentadas pelo Juiz de Direito LEANDRO AUGUSTO SASSI, em sede de reserva de opinião, o qual, apesar de ter acompanhado o entendimento do Des. Relator, manifestou sua posição no sentido de discordar da possibilidade de aumento da pena-base pelas circunstâncias conduta social e personalidade.

Primeiramente, o magistrado declara que tanto a personalidade quanto a conduta social, vetores trazidos pelo art. 59, CP, somente podem ensejar valoração positiva, ante a demonstração de uma personalidade ativa e de exemplar conduta social; caso contrário, tais circunstâncias apenas devem ser tidas por neutras. Afirma que “a impossibilidade de aferir peso negativo a eles decorre de análise comparativa com os demais vetores judiciais, sendo que nunca será possível definir parâmetros negativos para a personalidade sem que também sejam negativos seus antecedentes”. Dessa forma, não se poderia desvalorar duas circunstâncias, em detrimento do acusado, pelo mesmo motivo relativo à sua vida pregressa – incorrendo-se em violação ao princípio *ne bis in idem*.

O julgador pontuou que:

[...] é garantia constitucional ao indivíduo adotar absolutamente a conduta que quiser no seu convívio social, sendo que, não caracterizando, ela, ilícito penal, nada de negativo se pode tirar de seu proceder. O indivíduo pode ter a personalidade mais mesquinha possível, é seu direito e, desde que suas ações não caracterizem ilícito penal, sua forma de proceder, jamais poderá lhe trazer qualquer tipo de prejuízo.

Outrossim, sua conduta social também “pode ser a mais inapropriada possível para o meio em que vive, mas, não configurando ela ilícito penal, não pode o cidadão ter contra si levantado um sequer dedo estatal”. Ao Estado, só é permitido punir condutas criminosas. Assim, atos ou personalidades, mesmo reprováveis e dissociadas do socialmente esperado, não configuram em si um fato ilícito, residindo “dentro da esfera da garantia constitucional do indivíduo”, podendo ser livremente adotadas por ele.

Ademais, evocou os ensinamentos presentes no acórdão referente à ACR 70026227272/RS, julgada sob a relatoria do Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO, de onde se extrai a lição de que “a personalidade não pode exasperar a pena, seja por agredir o princípio constitucional da proteção da intimidade – cada um a tem como lhe é possível –, seja porque o julgador não está capacitado a analisá-la, além de não dispor de dados para tanto”.

Em seguida, colacionando um fragmento do REsp 732.857/RS, julgado pela QUINTA TURMA do STJ, sob a relatoria do Ministro FELIX FISCHER, enfatizou ser a circunstância personalidade “um resquício do direito penal do autor”.

Em suma, entendendo ser o julgador alguém incapacitado para analisar adequadamente

o vetor em questão e considerando ser sua aplicação uma lastimável incorrência no ultrapassado direito penal do autor, o magistrado concluiu que a personalidade nunca poderá ser negativamente avaliada, uma vez que não constitui ato ilícito – podendo o sujeito adotar, por conseguinte, a postura que bem desejar.

5.1.2.2. ACR 70056568405/RS – Des. Francesco Conti

A ACR 70056568405/RS foi julgada pela QUINTA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, sob a relatoria do Des. FRANCESCO CONTI, em 29/01/2014, tendo sido publicada em 12/02/2014.

Trata-se de uma apelação criminal interposta pelos corréus, ambos condenados pelo delito de roubo, duplamente qualificado por emprego de arma de fogo e por concurso de pessoas, sob a forma de crime continuado.

Em recurso, a defesa postulou a nulidade do depoimento, sua absolvição por insuficiência probatória, a desclassificação do delito de roubo para furto, com o reconhecimento de crime único, a fixação da pena-base no mínimo legal, a incidência da atenuante de confissão espontânea, a aplicação da minorante de semi-imputabilidade, o afastamento da majorante pelo emprego de arma de fogo e a redução da pena de multa aplicada.

Por unanimidade, os Desembargadores IVAN LEOMAR BRUXEL e GENACÉIA DA SILVA ALBERTON, integrantes da TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, rejeitaram as preliminares e deram parcial provimento aos apelos defensivos, afastando a valoração negativa das circunstâncias referentes aos antecedentes, à personalidade e às circunstâncias delitivas, reconhecendo a conduta como crime único e reduzindo a pena de multa, nos termos o voto do Des. Relator.

Ora, o julgado em comento foi selecionado por abordar dois pontos importantes, no que tange à avaliação negativa da personalidade do agente, a saber: (1) a impossibilidade de se utilizar condenações criminais em sua valoração, uma vez que possuem circunstância própria para incidirem; e (2) a total impossibilidade de ser valorada, por se tratar de um elemento pertencente ao direito penal do autor, não se coadunando com um direito penal garantista.

A primeira consideração encontra-se com conformidade com a tese futuramente firmada no Tema Repetitivo nº 1.077 (unanimemente votado pela TERCEIRA SEÇÃO do STJ, em 26/06/2021, e publicado em 01/07/2021), quando se unificou o entendimento acerca da impossibilidade de a personalidade e a conduta social do agente serem negativamente valoradas

por conta de suas incursões pretéritas na seara delitiva.²¹²

Em um segundo momento, em seu voto, o Des. Relator assevera que a personalidade “sequer pode ser valorada negativamente ao réu, a partir da constatação – tratando-se de direito penal garantista, que faz a leitura das normas penais à luz da Constituição – que estamos diante do Direito Penal do Fato e não do direito penal do autor.”

Nesse sentido, conclui-se que:

[...] o que se pune é a conduta do agente e não a sua forma de ser. Tanto é assim, que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, toma por invioláveis a intimidade e a vida privada do indivíduo, não podendo, em conseqüente, ao buscar-se a sanção mais apropriada à conduta do agente, ingressar na sua esfera moral ou de caráter, que regem a sua personalidade.

Em sua visão, a exasperação da pena com fulcro na personalidade diria respeito ao direito penal do autor e não do fato, visto que a punição não seria uma decorrência da conduta do acusado, mas sim da sua forma de ser. Tal valoração feriria os princípios constitucionais de inviolabilidade à intimidade e à vida privada do indivíduo, atuação judicial que não se coaduna com o direito penal garantista adotado no sistema jurídico brasileiro.

Por fim, vale mencionar que há inúmeros outros julgados, também de relatoria do Des. FRANCESCO CONTI, cuja decisão e fundamentação se apresentam no mesmo sentido. Assim, com o intento de se evitar desnecessária tautologia, destinando-se consideráveis tópicos para tratá-los separadamente, algumas dessas jurisprudências estão referidas a seguir apenas para fins de maiores informações, quais sejam:

Os Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70056255599/RS, julgados pelo TERCEIRO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS do TJ/RS, em 23/01/2014, e publicados em 24/02/2014. A ACR 70055831465/RS, julgada pelo QUINTA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, em 18/12/2013, e publicada em 20/01/2014. E a ACR 70056678949/RS, novamente julgada pelo QUINTA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, em 04/12/2013, e publicada em 13/12/2013.

Em todos esses acórdãos, suas redações são constantes em asseverar que “a personalidade do agente não pode ser interpretada em desfavor do condenado, tendo vista que por estarmos diante do Direito Penal do Fato e não do Direito Penal do Autor, o que se pune é a conduta do agente e não a sua forma de ser.”

²¹² STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900355571&dt_publicacao=01/07/2021>. Acesso em 09 mar 2023.

5.1.2.3. ACR 70049884760/RS – Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro

A ACR 70049884760/RS foi julgada pela QUINTA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, sob a relatoria do Des. DIOGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO, em 15/08/2012, tendo sido publicada em 05/09/2012.

Tratam-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e pelos acusados, ambos condenados pelo delito de roubo, duplamente qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas.

Em recurso, a defesa pugnou por suas absolvições, alegando insuficiência probatória, pelo reconhecimento da minorante por crime tentado e pela redução da pena-base ao mínimo legal. Por seu turno, o *Parquet* requereu a condenação do réu Luiz Carlos por um segundo fato delituoso.

Por unanimidade, os Desembargadores GENACÉIA DA SILVA ALBERTON e FRANCESCO CONTI, integrantes da QUINTA CÂMARA CRIMINAL do TJ/RS, negaram provimento ao apelo ministerial e deram parcial provimento ao apelo defensivo, reconhecendo a minorante de tentativa, afastando a circunstância judicial relativa à personalidade e reduzindo a pena de multa aplicada, nos termos do voto do Des. Relator.

Por sua vez, esse julgado foi selecionado por versar acerca da personalidade do agente, entendendo-a como inaplicável, porquanto alusiva ao direito penal do autor.

Em seu voto, o Des. Relator destacou que as circunstâncias judiciais personalidade e a conduta social não devem ser negativamente avaliadas. Explicita que “a Carta Magna consagra como direito inviolável do cidadão sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, da Constituição Federal), de modo que não pode o magistrado adentrar na esfera de autonomia moral do acusado, mormente na aplicação de sanção restritiva da liberdade”.

Em suas palavras:

O Direito Penal do Estado Democrático de Direito, de modelo liberal garantista, está adstrito a reprimir condutas lesivas a bens jurídicos legalmente protegidos, de maneira que deve ter base axiológica e empírica – distinguindo direito de moral, como ensina Luigi Ferrajoli, em homenagem ao princípio da secularização. Assim, os agentes que incorrem em condutas tipificadas como crime respondem somente por estas (a ação), e não por características intrínsecas a sua pessoa – em suma, cuida-se de “Direito Penal do Fato” e não de “Direito Penal do Autor”.

Assim, a seu ver, o apenamento deve adstringir-se tão somente à conduta típica e penalmente punível, sem qualquer exame das características particulares do acusado, sob pena

de violação à intimidade do cidadão e à sua vida privada. Em um Estado Democrático de Direito, o direito penal do autor é inadmissível.

5.2. JULGADOS RELEVANTES DO STJ

Para fins dessa monografia, foram analisados 121 acórdãos disponibilizados no sítio eletrônico do STJ, tendo sido utilizada, como critério de busca, a expressão “personalidade do agente direito penal do autor”. Dentre todos os casos remetidos, selecionaram-se 8 julgados, em virtude de sua relevância teórica e riqueza em termos de conteúdo.

5.2.1. Sob a perspectiva do Direito Penal do Fato

Para esse tópico, foram separados 6 acórdãos, cujos conteúdos se demonstram favoráveis à possibilidade de se efetuar a valoração da personalidade do agente.

5.2.1.1. HC 278.514/MS – Min.^a Laurita Vaz

O HC 278.514/MS foi julgado pela QUINTA TURMA do STJ, sob a relatoria da Ministra LAURITA VAZ, em 11/02/2014, tendo sido publicado em 28/02/2014.²¹³

O caso em questão diz respeito a um *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, em face do acórdão proferido pelo TJ/MS na ACR 0005783-61.2008.8.12.0008/MS, por crime de lesão corporal gravíssima em situação de violência doméstica.

A defesa impetrou a ordem com o intento de ter reconhecida a ilegalidade da valoração da circunstância judicial personalidade do agente e, assim, reduzida a pena aplicada, tendo em vista a não demonstração do motivo pelo qual sua personalidade foi considerada agressiva, uma vez que as instâncias ordinárias se limitaram a apontar tão somente fatos anteriores ao delito em julgamento, os quais deveriam ser enquadrados no campo dos antecedentes.

Com efeito, a QUINTA TURMA, por unanimidade, nos termos do voto da Ministra Relatora, não conheceu a ordem, porém concedeu, de ofício, o *writ*, nos termos dos

²¹³ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303303775&dt_publicacao=28/02/2014>. Acesso em 09 mar 2023.

requerimentos acima mencionados.

Ora, o motivo da seleção desse acórdão reside em parte da fundamentação presente em sua ementa. Tal fragmento versa sobre a natureza da personalidade do agente inserida no Código Penal, diferenciando-a dos conceitos atinentes à Psicologia; ademais, lista algumas características relativas à personalidade e afirma a imprescindibilidade da existência de elementos concretos nos autos para que o magistrado possa aferir adequadamente a circunstância em comento, *in verbis*:

3. A "personalidade" prevista no art. 59 do Código Penal como circunstância judicial não se confunde com o polêmico conceito de personalidade advindo da psicologia. Seria ingenuidade supor que o legislador, ciente de que as discussões mais profundas dessa área de conhecimento fogem à rotina dos magistrados, preveria a referida circunstância objetivando, em cada processo, o exercício de algo como uma sessão psicanalítica para desvendar a personalidade do acusado. Para os fins do direito o alcance semântico do termo é muito mais humilde - e, inexistindo declaração de inconstitucionalidade da norma, ela deve ser aplicada -: a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade são deduzidas a partir do modo de agir do agente, isto é, a partir do exame de fatos concretos devidamente noticiados nos autos, capazes de extravasar a inerência ao tipo penal. Em outros termos, sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

Os Ministros JORGE MUSSI, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, MOUTRA RIBEIRO e REGINA HELENA COSTA acompanharam a Ministra Relatora em seu voto.

5.2.1.2. AgRg no HC 438.168/MS – Min. Antonio Saldanha Palheiro

O AgRg no HC 438.168/MS foi julgado pela SEXTA TURMA do STJ, sob a relatoria do Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, em 21/06/2018, tendo sido publicado em 02/08/2018.²¹⁴

Trata-se de um agravo regimental manejado pela defesa do réu, condenado pelo delito de estelionato, contra decisão denegatória da ordem, sob a alegação de impossibilidade de exasperação da personalidade do agente com base em condenações transitadas em julgado e de inexistência de dados concretos suficientes para sua aferição.

Nesse sentido, a Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul pugnou pela retratação do entendimento firmado na decisão recorrida ou pela apreciação da matéria pelo colegiado.

²¹⁴ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800417191&dt_publicacao=02/08/2018>. Acesso em 09 mar 2023.

Por unanimidade, ante a argumentação de inexistência de ilegalidade ou de tautologia a ser reparada, foi negado provimento ao agravo regimental.

Vale salientar que tal decisão se deu antes da fixação da tese no Tema Repetitivo nº 1.077 (unanimemente votado pela TERCEIRA SEÇÃO do STJ, em 26/06/2021, e publicado em 01/07/2021), enquanto não era cediço o entendimento acerca da impossibilidade de se utilizar condenações transitadas em julgado, desde que diferentes as condenações consideradas sob pena de *bis in idem*, para se justificar validamente a elevação da pena-base tanto para maus antecedentes quanto para conduta social e personalidade do agente.²¹⁵

Como já mencionado anteriormente, a tese firmou que “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”.

Por sua vez, a razão da escolha desse julgado encontra-se nos posicionamentos contidos em seu inteiro teor, onde o Ministro Relator desenvolve certos aspectos teóricos e doutrinários no que dizem respeito às circunstâncias judiciais e sua exasperação motivada, à personalidade do agente e seus elementos constitutivos, e à dispensabilidade de laudos técnicos e de análises periciais para sua averiguação.

As circunstâncias judiciais são valores positivos; para inverter essa polaridade, é imperioso ao prolator da sentença apresentar elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo. Sendo assim, é inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade. Não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em prejuízo do condenado.

Nesse segmento, o Ministro Relator frisa a imperiosidade de os elementos elencados no art. 59, CP serem amparados por dados objetivos e subjetivos oriundos dos autos, sob risco de não atendimento às exigências constitucionais de fundamentação.

Vale destacar que a personalidade do agente espelha a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Sendo assim, na análise da vetorial deve o sentenciante verificar a maior ou menor sensibilidade ético-social do acusado, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na sua trajetória. Noutro falar, refere-se "ao seu caráter como pessoa humana. Serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento. São os casos de sensibilidade, controle emocional,

²¹⁵ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900355571&dt_publicacao=01/07/2021>. Acesso em 09 mar 2023.

predisposição agressiva, discussões antecipadas, atitudes precipitadas, dentre outras" (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 130). A personalidade do réu, portanto, não encontra enquadramento em um conceito jurídico, em uma atividade de subsunção, devendo o magistrado voltar seu olhar não apenas à Ciência Jurídica. Contrariamente, a apreciação da circunstância judicial em desfile demanda uma percepção sistêmica, inclinada à Psicologia, à Psiquiatria e à Antropologia, compreendendo um complexo de características individuais que ditam o comportamento do autor do delito. Cumpre ressaltar, outrossim, que a conclusão perpassa pelo sentir do julgador, que tem contato com as provas, com os meandros do processo, sendo absolutamente dispensável a realização de qualquer estudo técnico.

Nesse ponto, o Ministro menciona os aspectos da personalidade e o conjunto de elementos que devem ser levados em conta no momento de sua aferição. De acordo com suas considerações, o julgador deve voltar-se não apenas à Ciência Jurídica, sendo mister buscar uma visão sistêmica para a adequada compreensão da circunstância judicial. Entretanto, salienta que o magistrado não se encontra manietado por provas técnicas, haja vista a necessidade de a conclusão atravessar por sua percepção.

Por fim, impende pontuar que os Ministros MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, ROGERIO SCHIETTI CRUZ e NEFI CORDEIRO votaram com o Ministro Relator. O Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR estava, justificadamente, ausente.

5.2.1.3. AgRg no REsp 1.538.567/RN – Min. Nefi Cordeiro

O AgRg no REsp 1.538.567/RN foi julgado pela SEXTA TURMA do STJ, sob a relatoria do Ministro NEFI CORDEIRO, em 20/09/2016, tendo sido publicado em 03/10/2016.²¹⁶

Trata-se de um agravo regimental interposto pela Defensoria Pública da União em defesa do réu, condenado pelo crime de falsa moeda, majorado pela continuidade delitiva, em face da decisão que negou provimento ao seu recurso, sob a alegação de que, na fixação da pena-base, a personalidade do agente somente pode ser considerada desfavorável quando firmada em um laudo psicossocial a ser produzido por pessoa habilitada, uma vez que o vetor diz respeito a aspectos psicológicos.

Dessa forma, a defesa pugnou pela revisão da dosimetria da pena, isto é, pelo afastamento da valoração negativa da circunstância judicial.

²¹⁶ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501432570&dt_publicacao=03/10/2016>. Acesso em 10 mar 2023.

Por unanimidade, os Ministros ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e ROGERIO SCHIETTI CRUZ, integrantes da SEXTA TURMA do STJ, negaram provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Ministro Relator.

Por seu turno, o acórdão em questão foi selecionado por reiterar o fato de que o sopesamento da personalidade do agente não se encontra vinculado à emissão de laudos técnicos por profissionais que exerçam suas funções na área da saúde mental, posição adotada em outros julgados do STJ (não abordados nessa pesquisa para se evitar desnecessária repetição). Assim dispõe a ementa:

3. A valoração negativa da personalidade não depende de laudo técnico firmado por profissional da área da saúde, apenas da análise da existência de dados concretos e suficientes pelo julgador, que demonstrem a maior periculosidade do agente.

O Ministro Relator, em conformidade com as demais jurisprudências citadas ao longo do inteiro teor, assevera ser necessária a existência tão somente de elementos nos autos que demonstrem a maior periculosidade do acusado, sendo totalmente prescindível a formulação de laudo técnico ou pericial. Tal vetor possui uma natureza oriunda da Ciência Jurídica, não estando restringido ao campo da Psicologia.

5.2.1.4. HC 420.344/RJ – Min.^a Maria Thereza de Assis Moura

O HC 420.344/RJ foi julgado pela SEXTA TURMA do STJ, sob a relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 02/08/2018, tendo sido publicado em 14/08/2018.²¹⁷

Trata-se de um *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em defesa do acusado, em face do acórdão proferido pelo TJ/RJ na ACR 0011344-13.2015.8.19.0045/RJ, por crime de tentativa de homicídio, cometido por motivo torpe.

Ora, a defesa impetrou a ordem com o intento de haver o reconhecimento de nulidade em razão da ausência do laudo do exame de corpo de delito, o afastamento de certas circunstâncias judiciais sopesadas (culpabilidade, personalidade, conduta social, circunstâncias), a elevação da fração aplicada referente às atenuantes de menoridade e de

²¹⁷ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702643015&dt_publicacao=14/08/2018>. Acesso em 21 mar 2023.

confissão, e a readequação do regime inicial de cumprimento de pena.

Com efeito, a SEXTA TURMA, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos da Ministra Relatora, tão somente no que diz respeito ao afastamento da negatização das circunstâncias personalidade do agente e conduta social, sob a argumentação de terem sido valoradas à margem da lei, não guardando fundamentação idônea.

Os Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, NEFI CORDEIRO e ANTONIO SALDANHA PALHEIRO votaram com a Ministra Relatora.

Embora o colegiado tenha votado pelo afastamento do vetor personalidade do agente nesse caso, essa decisão foi selecionada devido às importantes ponderações acerca de quais meios podem ser considerados e utilizados para sopesá-lo negativamente, isto é, as fontes a partir das quais a circunstância em questão pode ser idoneamente avaliada.

A redação da ementa é clara e direta no sentido de que “a circunstância judicial da personalidade do agente deve ser valorada a partir da realização de um retrato psíquico do agente, não bastando a consideração vaga, genérica e descolada de qualquer elemento concreto extraído dos autos [...]”

Dessa forma, assevera-se que a valoração desse vetor deve estar ancorada em elementos concretos e suficientes presentes nos autos, não sendo considerada fundamentação idônea aquela que lança mão de considerações genéricas e não capazes de serem comprovadas ao longo do processo.

5.2.1.5. HC 215.133/PE – Min.^a Laurita Vaz

O HC 215.133/PE foi julgado pela QUINTA TURMA do STJ, sob a relatoria da Ministra LAURITA VAZ, em 25/06/2013, tendo sido publicado em 01/08/2013.²¹⁸

Trata-se de um *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor dos corréus, condenados por crime de concussão, em face do acórdão proferido pelo TJ/PE, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa.

Nas razões do *writ*, a defesa pugnou pela redução das penas-base para o grau mínimo e pela substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Com efeito, a QUINTA TURMA, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos da Ministra Relatora, tão somente no que diz respeito ao afastamento da negatização

²¹⁸ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101834630&dt_publicacao=01/08/2013>. Acesso em 27 mar 2023.

da circunstância conduta social, uma vez não verificada motivação idônea, já que os elementos inerentes à própria configuração do delito não podem ser considerados para a exasperação do vetor.

Os Ministros JORGE MUSSI e MARCO AURÉLIO BELLIZZE, e os Desembargadores CAMPOS MARQUES e MARILZA MAYNARD, ambos convocados, respectivamente, do TJ/PR e do TJ/SE, acompanharam o voto da Ministra Relatora.

Por sua vez, esse julgado foi escolhido por, além de reiterar a imprescindibilidade da existência de elementos suficientes constantes nos autos do processo para o devido sopesamento da personalidade por parte do julgador, evocar algumas das características que devem ser objeto de cuidadosa análise, pelo magistrado, no cotejo do vetor em questão. *In verbis*:

Quanto à personalidade, impende salientar que essa circunstância deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

Ressalta-se que o modo de agir do agente deve ser o foco da avaliação judicial nessa fase, proceder esse que demonstre, incontestável e faticamente, insensibilidade, maldade, desonestidade, perversidade, dentre inúmeras outras características que evidenciem a existência de um considerável desvio de caráter – atributos demonstrados e, por ele, empregados na consecução do crime.

Ademais, vale salientar que o mesmo posicionamento argumentativo foi adotado no HC 472.654/DF, julgado pela SEXTA TURMA do STJ, em 21/02/2019, também sob a relatoria da Ministra LAURITA VAZ, e publicado em 11/03/2019. Os Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, NEFI CORDEIRO e ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, da mesma forma, acompanharam o voto da Ministra Relatora.

5.2.1.6. AgRg no REsp 1.918.046/SP – Min. Reynaldo Soares da Fonseca

O AgRg no REsp 1.918.046/SP foi julgado pela QUINTA TURMA do STJ, sob a relatoria do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, em 13/04/2021, tendo sido publicado em 19/04/2021.²¹⁹

²¹⁹ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100217010&dt_publicacao=19/04/2021>. Acesso em 28 mar 2023.

Trata-se de um agravo regimental interposto pelo acusado, condenado pelo delito de descumprimento de medida protetiva de urgência e pelo crime de ameaça, ambos em contexto de violência doméstica, contra a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator em questão, que conheceu parcialmente do recurso especial, para, nessa extensão, negar-lhe provimento.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo postulou o afastamento de uma das circunstâncias judiciais valoradas (personalidade e conduta social), sob a alegação de violação ao princípio *ne bis in idem*, a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da pena e o deferimento do *sursis*.

Por unanimidade, a QUINTA TURMA negou provimento ao agravo regimental. Os Ministros RIBEIRO DANTAS, JOEL ILAN PACIORNIK, FELIX FISCHER e JOÃO OTÁVIO DE NORONHA acompanharam o Ministro Relator em seu voto.

Por seu turno, a jurisprudência em comento foi selecionada por abordar vários pontos significativos no tocante à primeira fase da dosimetria da pena, quais sejam: (1) sua inserção no âmbito da discricionariedade do julgador; (2) os critérios para a mensuração da pena-base; e (3) a exemplificação, por meio de um caso concreto, de uma situação em que a personalidade do réu foi negativamente avaliada.

Ora, o Ministro Relator declarou que, “no que tange à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes [...]”. Logo, salienta-se que a fixação do *quantum* de pena é uma atividade de caráter discricionário por parte do magistrado; entretanto, sua decisão deve estar devidamente fundamentada nos fatos concretos que permeiam o caso *sub judice*.

Demais, em seu voto, afirmou que a jurisprudência do STJ é cediça no sentido de que “a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.” Para reiterar seu posicionamento, evocou outros precedentes da Corte, a saber: o HC 272.126/MG, julgado pela QUINTA TURMA, sob a relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, em 08/03/2016, e publicado em 17/3/2016; o REsp 1383921/RN, julgado pela SEXTA TURMA, sob a relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 16/06/2015, e publicado em 25/06/2015; e o HC 297.450/RS, julgado pela QUINTA TURMA, sob a relatoria do Ministro JORGE MUSSI, em 21/10/2014, e publicado em 29/10/2014.

Em seguida, ao tratar acerca do sopesamento negativo da personalidade do agente,

mencionou o supracitado HC 472.654/DF, julgado pela SEXTA TURMA do STJ, sob a relatoria da Ministra LAURITA VAZ, em 21/02/2019, e publicado em 11/03/2019, em que se assenta a posição de que, para tanto, a circunstância “deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito [...]”.

Por fim, o Ministro exemplifica o cometimento de novos atos de violência doméstica contra a ofendida como um indicador de conduta vil, e, portanto, como um elemento ensejador da exasperação do vetor em questão, *in verbis*:

Com efeito, nos delitos praticados em contexto de violência doméstica, como na espécie, o fato de o réu, ciente de prévia medida protetiva fixada, não apenas descumprir a restrição imposta, mas cometer novos atos de violência doméstica contra a ofendida, é circunstância que justifica a valoração negativa da vetorial personalidade, por demonstrar uma maior reprovabilidade da conduta.

Ao justificar, trouxe parte da ementa do HC 452.391/PR, julgado pela SEXTA TURMA do STJ, sob a relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, em 28/05/2019, e publicado em 04/06/2019, onde consta que “é legítima a análise da personalidade, na primeira fase da dosimetria, baseada na demonstração, em concreto, de que o réu foi notadamente vil na prática do fato criminoso, extrapolando a abrangência do tipo penal.”

Nesse sentido, a circunstância judicial, mesmo que inserida no âmbito da discricionariedade judicial, para ser idoneamente mensurada, deve gozar de uma fundamentação devidamente ancorada em elementos concretos presentes nos autos do processo, não sendo admissível o emprego de generalizações e abstrações desprovidas de embasamento fático-probatório. Outrossim, vale salientar que seu sopesamento tem-se por legítimo quando o acusado demonstra perceptível desvio de caráter na consecução de determinado crime, inequivocamente, desde que extrapolando os elementos constituintes do tipo penal.

5.2.2. Sob a perspectiva do Direito Penal do Autor

Para esse tópico, por seu turno, foram reservados apenas 2 acórdãos, cujos conteúdos se filiam à vertente desfavorável à valoração da personalidade do agente, sob a premissa de tal circunstância ser um resquício do direito penal do autor.

Vale salientar que a razão da desproporcionalidade frente ao item anterior reside na repetitividade redacional dos julgados, na inexistência de um aprofundamento na argumentação teórica e na ausência de uma fundamentação que supere a mera alegação conceitual.

5.2.2.1. REsp 1.528.244/PE – Min. Ribeiro Dantas

O REsp 1.528.244/PE foi julgado pela QUINTA TURMA do STJ, sob a relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, em 09/03/2021, tendo sido publicado em 15/03/2021.²²⁰

Trata-se de recurso especial interposto pelo acusado, condenado pelos crimes de estelionato, majorado por fraude eletrônica, e de inserção de dados falsos em sistemas de informação, contra acórdão do TRF-5, que deu parcial provimento ao recurso defensivo para reconhecer, de ofício, a ocorrência da prescrição retroativa do primeiro delito mencionado, mantendo a condenação pelo segundo. Após alguns atos processuais, o Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário para o STF, que, em agravo regimental, determinou o afastamento da declaração de extinção da punibilidade aplicada ao delito de estelionato majorado e o retorno dos autos ao STJ, para que prosseguisse no julgamento do recurso especial.

A Defensoria Pública da União, por sua vez, requereu a absolvição do réu por atipicidade de conduta e o afastamento das circunstâncias personalidade do agente e comportamento da vítima, estabelecendo a pena-base no mínimo legal.

Com efeito, a QUINTA TURMA, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento para afastar as circunstâncias judiciais sopesadas pelo juízo *a quo*, reduzindo, assim, o *quantum* de pena do réu. Além disso, foi concedida, de ofício, ordem de *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade pelo crime de inserção de dados falsos em sistemas de informação. Os Ministros JOEL ILAN PACIORNIK, FELIX FISCHER, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA e REYNALDO SOARES DA FONSECA acompanharam o voto do Ministro Relator.

A jurisprudência em análise foi selecionada por abordar diretamente, em sua fundamentação, o sistema de direito penal do autor, utilizando-se dela não apenas para afastar a negatização da personalidade do agente nesse caso concreto, mas para deslegitimar a aplicação do vetor por parte dos tribunais. Em suas palavras:

Com relação à personalidade, a Corte de origem se valeu do argumento de que o réu era pessoa articulada, artilosa e dissimulada. "Ocorre 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. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável.

²²⁰ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500957470&dt_publicacao=15/03/2021>. Acesso em 29 mar 2023.

Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base." (HC 423.974/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 26/4/2018).

Ora, o Ministro Relator, ao tratar da circunstância judicial em comento, citando o HC 423.974/SC, julgado pela QUINTA TURMA do STJ, sob a relatoria do Ministro FELIX FISCHER, afirmou ser o vetor um resquício do direito penal do autor. De acordo com essa visão, seu sopesamento não atua apenas na mera individualização da pena, diante do fato delitivo cometido, mas, em verdade, permite a punição do acusado em virtude de suas características pessoais, as quais não deveriam jamais ser criminalizadas – motivo por que a personalidade deveria ser retirada do rol do art. 59, CP.

Em seguida, alegou a insuficiência de elementos nos autos para sua aferição, considerados imprescindíveis para que o magistrado possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável.

Assim, pelos motivos acima expostos, afastou-se a aplicação da circunstância judicial em questão, subtraindo-se o *quantum* determinado pelo juízo *a quo* no tocante à pena-base.

5.2.2.2. RHC 105.761/PE – Min. Felix Fischer

O RHC 105.761/PE foi julgado pela QUINTA TURMA do STJ, sob a relatoria do Ministro FELIX FISCHER, em 12/03/2019, tendo sido publicado em 19/03/2019.²²¹

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pelo réu, condenado pelo delito de roubo, majorado pelo emprego de arma de fogo, contra o acórdão proferido pelo TJ/PE, que denegou a ordem.

O acusado, sustentando a ocorrência de constrangimento ilegal, pugnou pelo afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais culpabilidade, personalidade, conduta social, motivos e consequências do crime, ante a inexistência da devida fundamentação.

Com efeito, a QUINTA TURMA, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário, afastando os supracitados vetores, salvo aquele referente às consequências do crime, que em muito extrapolaram os resultados ínsitos no tipo penal.

Os Ministros JORGE MUSSI, REYNALDO SOARES DA FONSECA,

²²¹ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803126198&dt_publicacao=19/03/2019>. Acesso em 11 abr 2023.

RIBEIRO DANTAS e JOEL ILAN PACIONIK votaram com o Ministro Relator.

Ora, a jurisprudência em comento foi selecionada pelo fato de abordar diretamente a questão do direito penal do autor na fundamentação para o afastamento da circunstância judicial personalidade do agente.

O Ministro FELIX FISCHER, para justificar a impossibilidade de sua valoração negativa, suscitou dois relevantes argumentos, a saber: (1) o fato de tal vetor ser uma reminiscência do direito penal do autor, motivo pelo qual não deveria fazer parte do rol do art. 59, CP; e (2) a inexistência de dados conclusivos presentes nos autos que possibilitem sua aferição como de “má índole, voltada à prática criminosa”. Para fins dessa pesquisa, atentar-se-á primordialmente à primeira razão.

Em suas palavras:

No tocante a personalidade do recorrente as instâncias ordinárias se valeram do argumento de que o recorrente apresenta-se como indivíduo de má índole, voltada a prática criminosa e o seu comportamentos no caso vertente assim demonstrou. 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 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.

Em seguida, a fim de robustecer a fundamentação, foram colacionados inúmeros julgados também de sua relatoria no acórdão, nos quais, identicamente, se refere ao vetor analisado.

Assim sendo, cabe registrar que, embora o Ministro Relator evoque, reiteradamente, a pretensa e lastimável incidência do direito penal do autor nos julgados acima citados, não há qualquer demonstração ou maior fundamentação que transpasse a mera afirmação de simplesmente assim o ser. Com efeito, a asserção beira um axioma jurídico, inteiramente desprovido de um suporte lógico a partir do qual sua decorrência se manifeste inequívoca.

Por outro lado, quanto ao segundo argumento utilizado para afastar a valoração vetorial, é cediço, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que não se deve negativá-la sem a existência de elementos constantes nos autos que permitam sua adequada aferição pelo magistrado. A trivial atribuição de características de cunho negativo ao réu, uma vez não evidenciadas ao longo do processo, certamente não constituem dados conclusivos ou idôneos para a formação de convicção e, por conseguinte, para seu devido sopesamento.

Por fim, é mister destacar o fato de que há diversas outras jurisprudências que versam acerca da personalidade do agente, considerando-a como um resquício do direito penal do autor

– em sua maior parte de relatoria do Ministro FELIX FISCHER, exatamente nos mesmos termos acima abordados ou em outros quase idênticos. Logo, a fim de se evitar desnecessária tautologia, reservando-se um tópico específico para cada um dos repetitivos acórdãos, alguns destes estão referidos a seguir:

O HC 483.672/ES, julgado pela QUINTA TURMA, sob a relatoria do Ministro FELIX FISCHER, em 19/02/2019, e publicado em 26/02/2019.²²² O HC 448.708/SP, também julgado pela QUINTA TURMA, sob a relatoria do Ministro FELIX FISCHER, em 26/06/2018, e publicado em 01/08/2018.²²³ E o HC 404.304/PE, novamente julgado pela QUINTA TURMA, sob a relatoria do Ministro FELIX FISCHER, em 12/12/2017, e publicado em 01/02/2018.²²⁴

Em todos esses julgados, suas redações são constantes em asseverar 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.”

5.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Como o instituto da personalidade já foi detalhadamente sistematizado e analisado no tópico referente às considerações acerca dos posicionamentos doutrinários, nessa subseção, em termos expositivos, a fim de se poupar uma inconveniente repetição de conceitos, abordar-se-ão, portanto, as jurisprudências em conformidade com a organização sistemática do vetor já proposta anteriormente, em conjunto com aquelas que a ele se posicionam criticamente. Tal estratégia conservará o desenvolvimento e a fluidez do raciocínio até então empreendido, porém de forma a impedir com que a reiteração de informações torne a pesquisa fatigante ao leitor.

Assim, esta parte ocupar-se-á das principais controvérsias jurisprudências, examinando-se, precisamente, cinco pontos cruciais, a saber: (1) os sujeitos aptos a valorar a personalidade do agente; (2) os elementos levados em conta em sua avaliação; (3) os limites impostos à recepção dos elementos a serem apreciados pelo julgador; (4) as alegações de sua aplicação ser uma reminiscência do direito penal do autor; e (5) o fundamento para sua aplicação.

Quanto aos sujeitos aptos a valorar a circunstância em comento, na

²²² STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803317837&dt_publicacao=26/02/2019>. Acesso em 11 abr 2023.

²²³ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801049847&dt_publicacao=01/08/2018>. Acesso em 11 abr 2023.

²²⁴ STJ: **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701459377&dt_publicacao=01/02/2018>. Acesso em 11 abr 2023.

ACR 70075059014/RS, o Juiz de Direito Relator Felipe Keuncke de Oliveira sustentou ser “inerente à sensibilidade humana a capacidade de detectar, valorar e adjetivar positiva ou negativamente a personalidade de outrem através de características viáveis de verificação”. Como decorrência lógica, estando tais critérios ao alcance da percepção comum, rejeita-se a “necessidade de diploma ou capacitação técnica especial para satisfazer a análise que demanda a legislação para fins de aplicação da pena”.²²⁵

Nesse mesmo sentido, o Ministro Relator Antonio Saldanha Palheiro julgou o AgRg no HC 438.168/MS, afirmando que “a conclusão perpassa pelo sentir do julgador, quem tem contato com as provas, com os meandros do processo, sendo absolutamente dispensável a realização de qualquer estudo técnico”.²²⁶

Outrossim, reiterando tal entendimento, o Ministro Relator Nefi Cordeiro, no AgRg no REsp 1.538.567/RN, asseverou que “a valoração negativa da personalidade não depende de laudo técnico firmado por profissional da área da saúde, apenas da análise da existência de dados concretos e suficientes pelo julgador”.²²⁷

Com efeito, nas palavras do Ministro Relator Antonio Saldanha Palheiro (no supracitado julgado), o entendimento contrário seria viável apenas se “a máxima comportamental extraída da norma fosse diagnosticar patologias oriundas da análise clínica da personalidade do réu”, não sendo “isso o que preceitua o dispositivo legal”.²²⁸

Em suma, a análise da personalidade do agente diz respeito não a uma atividade voltada ao diagnóstico de enfermidades (o que, certamente, exigiria um parecer técnico), mas, unicamente, à percepção daquelas características hostis – que extrapolam o tipo penal –, externalizadas pelo réu no momento da realização do fato delitivo, possibilitando, assim, uma adequada individualização da pena. Ademais, deve-se levar em conta que tal avaliação encontra-se ao alcance da sensibilidade humana, isto é, da experiência comum, o que afasta a necessidade de qualquer treinamento técnico. Por último, tendo-se em mente que o magistrado é aquele que tem acesso ao processo e a todas as provas presentes nos autos, conclui-se que não há, além dele, sujeito mais capaz para executar tal tarefa.

Por sua vez, no que tange aos elementos levados em conta na avaliação da circunstância

²²⁵ TJ/RS – ACR 70075059014/RS (CNJ 0270016-92.2017.8.21.7000), OITAVA CÂMARA CRIMINAL, Relator Juiz de Direito FELIPE KEUNCKE DE OLIVEIRA, Julgado em 30/10/2019, Publicado em 04/12/2019.

²²⁶ STJ – AgRg no HC 438.168/MS, SEXTA TURMA, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Julgado em 21/06/2018, Publicado em 02/08/2018.

²²⁷ STJ – AgRg no REsp 1.538.567/RN, SEXTA TURMA, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 20/09/2016, Publicado em 03/10/2016.

²²⁸ STJ – AgRg no HC 438.168/MS, SEXTA TURMA, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Julgado em 21/06/2018, Publicado em 02/08/2018.

em comento, o Ministro Relator Antonio Saldanha Palheiro, no AgRg no HC 438.168/MS, destacou que “a personalidade do agente espelha a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Sendo assim, na análise vetorial deve o sentenciante verificar a maior ou menor sensibilidade ético-social do acusado”. Em outras palavras, o vetor refere-se “ao seu caráter como pessoa humana”, e sua apreciação “serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento. São os casos de sensibilidade, controle emocional, predisposição agressiva, discussões antecipadas, atitudes precipitadas, dentre outras”.²²⁹

Nessa mesma linha, a Ministra Relatora Laurita Vaz, no HC 278.514/MS, também registra alguns elementos que devem ser verificados durante a avaliação da personalidade, quais sejam, “a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade”. Frisa-se que tais características devem ser percebidas “a partir do modo de agir do agente, isto é, a partir do exame de fatos concretos devidamente noticiados nos autos, capazes de extravasar a inerência ao tipo penal”.²³⁰

Ademais, no HC 215.133/PE, a aludida Ministra, em sede de complementariedade, afirma que os referidos traços podem ser aferidos pelo julgador desde que demonstrados e utilizados “pelos criminosos na consecução do delito”.²³¹

Dessa forma, depreende-se que aqueles atributos que manifestam um caráter disforme, quando demonstrados na consecução do crime, de maneira a ultrapassar o tipo penal, podem ser utilizados como elementos idôneos a ensejar o sopesamento negativo da personalidade pelo magistrado.

Agora, no tocante às limitações impostas à recepção desses elementos a serem apreciados pelo julgador, há vários julgados relevantes.

O Ministro Relator Antonio Saldanha Palheiro, no AgRg no HC 438.168/MS, ao tratar sobre essa questão, declarou que, como as circunstâncias judiciais são valores positivos, “para inverter essa polaridade, é imperioso ao prolator da sentença apresentar elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo”. Para tanto, asseverou ser “inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade”. Impende salientar que “não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ STJ – HC 278.514/MS, QUINTA TURMA, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Julgado em 11/02/2014, Publicado em 28/02/2014.

²³¹ STJ – HC 215.133/PE, QUINTA TURMA, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Julgado em 25/06/2013, Publicado em 01/08/2013.

prejuízo do condenado”. Em outros termos, é mister que a aferição negativa da personalidade seja devidamente fundamentada.²³²

Nesse mesmo sentido se posicionou a Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, no HC 420.344/RJ, ao mencionar que “a circunstância judicial da personalidade do agente deve ser valorada a partir da realização de um retrato psíquico do agente, não bastando a consideração vaga, genérica e descolada de qualquer elemento concreto extraído dos autos”.²³³

Tal posicionamento é reiterado no HC 278. 514/MS, julgado sob a relatoria da Ministra Laurita Vaz, onde expressa que “sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a um conclusão segura sobre a questão”.²³⁴

Assim, nas palavras do Desembargador Relator Luciano Andre Losekann, presentes na ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS, conclui-se que é “possível a valoração negativa das circunstâncias conduta social e personalidade, desde que presentes elementos para tanto”²³⁵, contanto que – de acordo com a decisão do Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, constante no AgRg no Resp 1.918.046/SP – “baseada na demonstração, em concreto, de que o réu foi notadamente vil na prática do fato criminoso, extrapolando a abrangência do tipo penal”.²³⁶

Em síntese, os limites impostos à recepção de elementos a serem ponderados pelo julgador, com a finalidade de se valorar a circunstância em comento, podem ser reduzidos a dois requisitos básicos, a saber: (1) a avaliação deve estar precisamente fundada em elementos concretos presentes nos autos do processo, não se admitindo o emprego de generalizações ou de abstrações desprovidas de embasamento fático-probatório; e (2) a apreciação deve levar em conta tão somente aqueles elementos manifestos pelo réu, no momento da realização do crime, que demonstrem perceptível desvio de caráter – com a condição de que tais características excedam a conduta mínima que constitua o tipo penal.

Neste momento, passemos à análise das alegações de a circunstância personalidade ser uma reminiscência do direito penal do autor, a começar pelos posicionamentos críticos.

²³² STJ – AgRg no HC 438.168/MS, SEXTA TURMA, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Julgado em 21/06/2018, Publicado em 02/08/2018.

²³³ STJ – HC 420.344/RJ, SEXTA TURMA, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 02/08/2018, Publicado em 14/08/2018.

²³⁴ STJ – HC 278.514/MS, QUINTA TURMA, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Julgado em 11/02/2014, Publicado em 28/02/2014.

²³⁵ TJ/RS – ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Relator Des. LUCIANO ANDRE LOSEKANN, Julgado em 15/04/2021, Publicada em 23/04/2021.

²³⁶ STJ – AgRg no REsp 1.918.046/SP, QUINTA TURMA, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Julgado em 13/04/2021, Publicado em 19/04/2021.

Na ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS (julgada sob a relatoria do já referido Desembargador Luciano Andre Losekann), o Juiz de Direito Leandro Augusto Sassi (integrante do Colegiado), ao manifestar-se em exercício de sua reserva de posição, postulou ser “garantia constitucional ao indivíduo adotar absolutamente a conduta que quiser no seu convívio social, sendo que, não caracterizando, ela, ilícito penal, nada de negativo se pode tirar de seu proceder”. Nessa lógica, “o indivíduo pode ter a personalidade mais mesquinha possível, é seu direito e, desde que suas ações não caracterizem ilícito penal, sua forma de proceder jamais poderá lhe trazer qualquer tipo de prejuízo”.²³⁷

Por seu turno, o Desembargador Relator Francesco Conti, na ACR 70056568405/RS, acompanhando o entendimento anterior, sustentou que a personalidade “sequer pode ser valorada negativamente ao réu, a partir da constatação – tratando-se de direito penal garantista, que fez a leitura das normas penais à luz da Constituição – que estamos diante do Direito Penal do Fato e não do Direito Penal do Autor”. Ao Estado é permitido punir apenas “a conduta do agente e não a sua forma de ser. Tanto é assim, que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, toma por invioláveis a intimidade e a vida privada do indivíduo”. Assim, não lhe é autorizado “ao buscar-se a sanção mais apropriada à conduta do agente, ingressar na sua esfera moral ou de caráter, que regem a sua personalidade”.²³⁸

Ademais, nesse mesmo sentido, na ACR 70049884760/RS, decidiu o Desembargador Relator Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, destacando em seu voto a impossibilidade de a personalidade ser negativamente avaliada, visto que “a Carta Magna consagra como direito inviolável do cidadão sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, da Constituição Federal), de modo que não pode o magistrado adentrar na esfera de autonomia moral do acusado, mormente na aplicação de sanção restritiva de liberdade”. Ora, “os agentes que incorrem em condutas tipificadas como crime respondem somente por estas (a ação), e não por características intrínsecas a sua pessoa – em suma, cuida-se de ‘Direito Penal do Fato’ e não de ‘Direito Penal do Autor’”.²³⁹

E por fim, faz-se imperioso registrar que o Ministro Relator Ribeiro Dantas, no REsp 1.528.244/PE²⁴⁰, e o Ministro Relator Felix Fischer, no RHC 105.761/PE²⁴¹, ambos

²³⁷ TJ/RS – ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Relator Des. LUCIANO ANDRE LOSEKANN, Julgado em 15/04/2021, Publicada em 23/04/2021.

²³⁸ TJ/RS – ACR 70056568405/RS, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Relator Des. FRANCESCO CONTI, Julgado em 29/01/2014, Publicado em 12/02/2014.

²³⁹ TJ/RS – ACR 70049884760/RS, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Relator Des. DIOGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO, Julgado em 15/08/2012, Publicado em 05/09/2012.

²⁴⁰ STJ – REsp 1.528.244/PE, QUINTA TURMA do STJ, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Julgado em 09/03/2021, Publicado em 15/03/2021.

²⁴¹ STJ – RHC 105.761/PE, QUINTA TURMA, Relator Ministro FELIX FISCHER, Julgado em 12/03/2019,

utilizando dos mesmos termos, lamentaram 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 do Autor”.

Com efeito, como já discutido anteriormente (nas considerações doutrinárias), não assiste razão às críticas acima expostas. Embora partam de corretas premissas, suas conclusões, no que concerne à aplicação de tais proposições à circunstância judicial em comento, encontram-se inteiramente equivocadas.

De fato, a personalidade e o caráter do acusado, reservados em sua esfera íntima e privada, nada dizem respeito ao processo. Contudo, é imprescindível termos em mente que a personalidade apreciada pelo magistrado na primeira fase da dosimetria da pena não se refere a meros modos de ser, em sua abstração e – desprovidos de qualquer natureza criminal – expressos apenas em sua vida particular. Por sua vez, dizem respeito às condutas que se manifestam na realização do fato delitivo, marcadas pela extrapolação do mínimo legalmente previsto no tipo penal, motivo por que, então, tornam-se de relevância pública e passíveis de reprovação.

Ora, desde que não estejam inseridos no contexto delitivo, os traços de caráter particulares do agente, mesmo que mesquinhos e ignóbeis, não possuem qualquer relevância para o processo. Porém, deixam de ser meras qualidades privadas (e juridicamente protegidas) no momento em que se manifestam na realização do fato ilícito, assumindo, conseqüentemente, relevância penal, e tornando-se, então, sujeitas à repressão estatal.

A apreciação da personalidade empreendida pelo magistrado detém-se unicamente sobre aqueles atributos pessoais publicamente externalizados pelo acusado no momento da consecução do crime, na medida em que sua conduta ultrapasse o mínimo necessário, determinado em lei, para sua realização. Por essa razão, deve-se afastar as equivocadas acusações de violação dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade.

Além disso, o constitucionalista Paulo Gustavo Gonet Branco, ao versar acerca de tais direitos, foi claro ao declarar que, “como acontece com relação a qualquer direito fundamental, o direito à privacidade também encontra limitações, que resultam do próprio fato de se viver em comunidade e de outros valores de ordem constitucional”. Em seguida, acrescentou que “a vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo”. E o interesse

público, em certas situações, “pode sobrepujar a pretensão de ‘ser deixado só’”.²⁴²

Dessa forma, embora a valoração da personalidade não viole os direitos à privacidade e à intimidade do acusado, é importante ressaltar que não existem direitos absolutos, mormente quando colocam em xeque a efetivação de outras normas constitucionais, como, *v.g.*, o princípio da individualização da pena.

Por fim, tampouco deve ser acolhida a tese de que a aferição da personalidade do agente consista em um retorno ao direito penal do autor, visto que em nenhum momento a circunstância em questão prevê que o réu responda criminalmente por suas características intrínsecas, isto é, por aquilo que o é em seu íntimo, em seu caráter (por mais reprovável que este possa ser). A avaliação do vetor permite apenas com que a pena seja devidamente individualizada ao agente, já que leva em conta aqueles atributos particulares negativos externalizados durante a consecução do crime, na medida da extrapolação do tipo penal. A personalidade do indivíduo jamais atua como fato originador de um delito, respondendo, este, unicamente por incorrer em uma conduta típica e ilícita.

Ratificando essa visão, o Juiz de Direito Relator Felipe Keuncke de Oliveira, na ACR 70075059014/RS, asseverou que a valoração dessa circunstância encontra-se em plena conformidade com o direito penal do fato, uma vez que “nosso ordenamento jurídico penal, tal como concebido e vigente, comina sanções mínimas e máximas da pena de acordo com a conduta tipificada e praticada, independente de quem nela esteja incurso”. Embora “vetores como a conduta social, a personalidade, os antecedentes e a culpabilidade” digam “respeito especificamente à pessoa do transgressor da regra penal”, são “avaliados somente após a confirmação da tripartiriedade do crime, ou seja, o fato ser típico e ilícito e seu autor for culpável, no caso em que devidamente comprovadas materialidade e autoria delitivas”.²⁴³

Tão somente após a determinação da materialidade e da autoria delitivas, devidamente demonstradas nos autos por meio de um robusto conjunto probatório, procede-se à dosimetria da pena, quando só então será apreciada a personalidade do agente – em completa observância ao direito penal dos fatos. Com efeito, “o que define a margem de apenamento mínimo e máximo aplicável ao caso concreto é, sim, o fato praticado penalmente relevante e não as características personalíssimas de seu autor”.²⁴⁴

²⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 293.

²⁴³ TJ/RS – ACR 70075059014/RS (CNJ 0270016-92.2017.8.21.7000), OITAVA CÂMARA CRIMINAL, Relator Juiz de Direito FELIPE KEUNCKE DE OLIVEIRA, Julgado em 30/10/2019, Publicado em 04/12/2019.

²⁴⁴ *Ibid.*

Por seu turno, nessa mesma perspectiva, o Desembargador Relator Luciano Andre Losekann, na ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS, reiterou ser “possível a valoração negativa das circunstâncias conduta social e personalidade, desde que presentes elementos para tanto, não havendo falar em direito penal do autor, segundo o qual o indivíduo é punido pelo que é ou como vive e não pelo fato cometido.”²⁴⁵ Dessa forma, uma vez presentes nos autos os elementos idôneos a ensejarem sua aferição, o vetor pode perfeitamente ser negatizado, sem incorrer no direito penal do autor.

Assim sendo, ante o exposto, conclui-se que o sopesamento da personalidade do agente não possui qualquer relação com o direito penal do autor, consistindo apenas em um mecanismo de individualização da pena, em estrito cumprimento do preceito constitucional previsto no art. 5º, XLVI, CF, e em perfeita harmonia com o tão caro e elementar direito penal do fato.

Por último, quanto ao fundamento de sua valoração, o Juiz de Direito Relator Felipe Keunecke de Oliveira, na ACR 70075059014/RS, argumentou que “dentro da margem de pena cominada pela lei em abstrato, repito: determinada, sim, pelo fato praticado, é imperiosa a análise das características pessoais do transgressor, a fim de corroborar a satisfação das dimensões retributiva e preventiva da pena”.²⁴⁶

Em suma, a apreciação da personalidade pelo magistrado permite que a pena, após ser abstratamente determinada pelo crime cometido, seja devidamente individualizada, levando-se em consideração aquelas características particulares do delinquente exteriorizadas na realização do fato típico, a fim de que possa cumprir adequadamente suas funções retributiva e preventiva, previstas no art. 59, *caput*, CP. Outrossim, é relevante frisar que desconsiderar as moduladoras pessoais de aplicação da pena levaria a um tratamento penal desproporcional entre aqueles indivíduos que realizam o mínimo necessário para a consecução do delito e aqueles que intencionalmente extrapolam em muito a conduta basilar suficiente para a caracterização de um ilícito penal – em explícito descumprimento de preceito constitucional.

²⁴⁵ TJ/RS – ACR 5014886-27.2018.8.21.0001/RS, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Relator Des. LUCIANO ANDRE LOSEKANN, Julgado em 15/04/2021, Publicada em 23/04/2021.

²⁴⁶ TJ/RS – ACR 70075059014/RS (CNJ 0270016-92.2017.8.21.7000), OITAVA CÂMARA CRIMINAL, Relator Juiz de Direito FELIPE KEUNECKE DE OLIVEIRA, Julgado em 30/10/2019, Publicado em 04/12/2019.

6. CONCLUSÃO

Portanto, após uma profunda análise da doutrina e das jurisprudências do TJ/RS e do STJ, esta pesquisa conclui que a circunstância judicial personalidade do agente – entendida como um todo complexo, isto é, um conjunto psicossomático moldado por elementos hereditários (herdados) e socioambientais (adquiridos), e formado por componentes morfológicos (conformação física), fisiológicos (temperamento) e de expressão psicológica do temperamento (caráter) – não é um resquício do Direito Penal do Autor, mas um mecanismo individualizador da pena, permitindo com que esta seja bem afeiçoada a pessoa do réu, em plena conformidade com o Direito Penal do Fato.

No entanto, para que tal apreciação não invada as esferas íntimas do acusado, é imprescindível que se adote uma corrente restritiva quanto à recepção dos elementos a serem examinados pelo julgador. Nesse sentido, limita-se sua admissão tão somente àquelas características particulares publicamente externalizadas no momento da realização do fato delitivo, na medida em que sua conduta extrapola o mínimo necessário para a consecução do ilícito penal legalmente previsto no tipo. E tais excessos, por sua vez, podem ser traduzidos, pelo juiz, como maldade, agressividade, hostilidade, covardia, crueldade, frieza, insensibilidade, intolerância e desonestidade, dentre outros.

Dessa forma, sob pena de violação aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do indivíduo (constitucionalmente previstos e garantidos no art. 5º, X, CF), não se pode utilizar, como elementos idôneos para sua avaliação, aqueles traços pessoais que não possuem qualquer relação ou vínculo com o crime pelo qual responde penalmente. Nesse sentido, tendo-se o caso concreto *sub judice* como referencial, as condutas ou os atributos do agente, sejam eles pretéritos ou futuros, não podem, impreterivelmente, ser empregados na ponderação vetorial.

Ademais, por sua aferição estar ao alcance da experiência comum e habitual, ou seja, ao alcance da sensibilidade humana, o magistrado responsável pelo caso é absolutamente capaz para valorá-la, dispensando-se laudos técnicos ou treinamento especial, mormente quando se tem em vista que o julgador dispõe de ilimitado acesso a todas as provas presentes nos autos, possuindo uma visão ampla e profunda de quaisquer circunstâncias que permeiem o processo.

Assim, em cumprimento do preceito constitucional previsto no art. 5º, XLVI, CF, a apreciação negativa da personalidade do agente, desde que em conformidade com as balizas acima mencionadas, permite que a pena seja devidamente individualizada ao caso concreto, garantindo que aqueles criminosos que praticaram uma conduta delitiva mais intensa sejam

mais severamente repreendidos. E, por conseguinte, possibilita que o Direito Penal, por meio da aplicação de suas sanções, possa cumprir, nos termos do art. 59, *caput*, CP, suas nobres finalidades – reprovar adequadamente o crime cometido e, diligentemente, prevenir a ocorrência de um futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Direito Penal e Emoções: Uma Análise da Culpa Jurídico-Penal a partir da Personalidade do Agente Materializada no Fato Criminoso.** In: SAMPAIO, Denis; NETO, Orlando Faccini (Org.). **Temas Criminais: A Ciência do Direito Penal e Discussão.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Volume 1).** 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 8ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2020.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – AgRg no AREsp 499.333/SP, QUINTA TURMA, Min. Rel. MOURA RIBEIRO, Julgamento em 07/08/2014, Publicação em 14/08/2014.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – AgRg no HC 438.168/MS, SEXTA TURMA, Min. Rel. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Julgamento em 21/06/2018, Publicação em 02/08/2018.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – AgRg no REsp 1.538.567/RN, SEXTA TURMA, Min. Rel. NEFI CORDEIRO, Julgamento em 20/09/2016, Publicação em 03/10/2016.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – AgRg no REsp 1.918.046/SP, QUINTA TURMA, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Julgamento em 13/04/2021, Publicação em 19/04/2021.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 50.331/PB, QUINTA TURMA, Min. Rel. LAURITA VAZ, Julgamento em 17/05/2007, Publicação em 06/08/2007.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 215.133/PE, QUINTA TURMA, Min. Rel. Ministra LAURITA VAZ, Julgamento em 25/06/2013, Publicação em 01/08/2013.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 272.126/MG, QUINTA TURMA, Min. Rel. RIBEIRO DANTAS, Julgamento em 08/03/2016, Publicação em 17/3/2016.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 278.514/MS, QUINTA TURMA, Min. Rel. LAURITA VAZ, Julgamento em 11/02/2014, Publicação em 28/02/2014.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 297.450/RS, QUINTA TURMA, Min. Rel. JORGE MUSSI, Julgamento em 21/10/2014, Publicação em 29/10/2014.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 404.304/PE, QUINTA TURMA, Min. Rel.

FELIX FISCHER, Julgamento em 12/12/2017, Publicação em 01/02/2018.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 420.344/RJ, SEXTA TURMA, Min. Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgamento em 02/08/2018, Publicação em 14/08/2018.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 423.974/SC, QUINTA TURMA, Min. Rel. FELIX FISCHER, Julgamento em 19/04/2018, Publicação em 26/04/2018.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 448.708/SP, QUINTA TURMA, Min. Rel. FELIX FISCHER, Julgamento em 26/06/2018, Publicação em 01/08/2018.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 452.391/PR, SEXTA TURMA, Min. Rel. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgamento em 28/05/2019, Publicação em 04/06/2019.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 472.654/DF, SEXTA TURMA, Min. Rel. LAURITA VAZ, Julgamento em 21/02/2019, Publicação em 11/03/2019.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – HC 483.672/ES, QUINTA TURMA, Min. Rel. FELIX FISCHER, Julgamento em 19/02/2019, Publicação em 26/02/2019.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – REsp 732.857/RS, QUINTA TURMA, Min. Rel. FELIX FISCHER, Julgamento em 11/10/2005, Publicação em 12/12/2005.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – REsp 1.383.921/RN, SEXTA TURMA, Min. Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgamento em 16/06/2015, Publicação em 25/06/2015.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – REsp 1.528.244/PE, QUINTA TURMA, Min. Rel. RIBEIRO DANTAS, Julgamento em 09/03/2021, Publicação em 15/03/2021.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – REsp 1.794.854/DF (Tema Repetitivo nº 1.077), TERCEIRA SEÇÃO, Min. Rel. LAURITA VAZ, Julgamento em 26/06/2021, Publicação em 01/07/2021.

BRASIL: **Superior Tribunal de Justiça** – RHC 105.761/PE, QUINTA TURMA, Min. Rel. FELIX FISCHER, Julgamento em 12/03/2019, Publicação em 19/03/2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – ACR 700262272/RS, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Des. Rel. AMILTON BUENO DE CARVALHO, Julgamento em 08/10/2008, Publicação em 24/10/2008.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – ACR 70049884760/RS, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Des. Rel. DIOGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO,

Julgamento em 15/08/2012, Publicação em 05/09/2012.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – ACR 70056678949/RS, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Des. Rel. FRANCESCO CONTI, Julgamento em 04/12/2013, Publicação em 13/12/2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – ACR 70055831465/RS, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Des. Rel. FRANCESCO CONTI, Julgamento em 18/12/2013, Publicação em 20/01/2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – ACR 70056568405/RS, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Des. Rel. FRANCESCO CONTI, Julgamento em 29/01/2014, Publicação em 12/02/2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – ACR 70075059014/RS (CNJ 0270016-92.2017.8.21.7000), OITAVA CÂMARA CRIMINAL, Juiz de Direito Rel. FELIPE KEUNECKE DE OLIVEIRA, Julgamento em 30/10/2019, Publicação em 04/12/2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – ACR 5014886 27.2018.8.21.0001/RS, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Des. Rel. LUCIANO ANDRE LOSEKANN, Julgamento em 15/04/2021, Publicação em 23/04/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – EIfNu 70056255599/RS, TERCEIRO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, Des. Rel. FRANCESCO CONTI, Julgamento em 23/01/2014, Publicação em 24/02/2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral** (Tomo 3). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2019.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral** (Volume I). 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

HASSEMER, Winfried. **Punir no Estado de Direito**. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio

(orgs.). **Direito Penal Como Crítica da Pena:** Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012, *apud* JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida:** A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena:** Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (Volume I). Lima: Editora Instituto Pacífico, 2014.

JÚNIOR, Américo Bedê. **Contra a Dosimetria Baseada no Autor ou no Modo de Vida:** A dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e Aplicação da Pena:** Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Comentários ao Código Penal.** 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamim J.; GREBB, Jack A. **Compêndio de Psiquiatria:** Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica. 7ª edição. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1997.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal:** Volume II (arts. 25 a 74). 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** Volume 1 (Parte Geral). 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** Volume Único. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal:** Parte Geral. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade.** 1ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General** (Tomo I). *Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editora Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª edição. Florianópolis: Editora Conceito, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

WOLF, Erik. *Das Künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze*, em ZStW (54), 1935, *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945**. 1ª edição. Florianópolis: Editora *Tirant lo Blanch*, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945**. 1ª edição. Florianópolis: Editora *Tirant lo Blanch*, 2019.