



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**GASPAR PEREIRA DE CASTRO JÚNIOR**

**A AVALIAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA  
PERSONALIDADE DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA**

**BRASÍLIA**  
**2014**

GASPAR PEREIRA DE CASTRO JÚNIOR

**A AVALIAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA  
PERSONALIDADE DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadores: Prof. Gabriel Haddad Teixeira e Prof.(a) Larissa Maria Melo Souza.

BRASÍLIA  
2014

GASPAR PEREIRA DE CASTRO JÚNIOR

**A AVALIAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA  
PERSONALIDADE DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para conclusão do curso de Bacharelado em  
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e  
Sociais do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientadores: Prof. Gabriel Haddad Teixeira e  
Prof.(a) Larissa Maria Melo Souza.

Brasília, de de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Orientador **GABRIEL HADDAD TEIXEIRA**

---

Prof.

---

Prof.

Dedico o presente trabalho aos meus pais, exemplos de determinação, sabedoria e sucesso.

## AGRADECIMENTOS

À minha namorada, Manuela Elias Batista, não só pelo constante apoio moral de grande valia, mas também por suas imensuráveis contribuições intelectuais;

À minha orientadora, Professora Larissa Maria Melo Souza, pela paciência e contribuição de suma importância;

Ao meu orientador, Professor Gabriel Haddad Teixeira, por toda dedicação, competência, apoio e confiança depositado nesse trabalho;

Por ser injusto citar todos os nomes, à todos que de alguma forma colaboraram para que este trabalho pudesse ser concluído;

“Agradeço todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas, eu não teria saído do lugar... As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas nos auxiliam muito”. (Chico Xavier)

"Se é verdade que o direito penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos dos delinquentes". BETTIOL, Giuseppe. O Problema Penal

## RESUMO

Essa monografia é uma pesquisa acerca da dosimetria da pena, mais especificamente, no tocante a apreciação da circunstância judicial da personalidade do agente, prevista no artigo 59, do Código Penal, em face do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição brasileira. Este trabalho tem por objetivo o aprofundamento pormenorizado da temática sob os pontos de vista da doutrina, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e à luz da teoria do direito penal do inimigo. Em primeiro lugar, faz-se uma ligeira abordagem sobre o sistema adotado para individualização judicial da pena, ou seja, o modelo trifásico de determinação da oposição Estatal diante do crime cometido, em paralelo com a amplitude de interpretações diversas expostas pela doutrina sobre a personalidade do agente. Por seguinte, o trabalho foi composto por análise judicial de decisões do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2014, dentre as quais foram selecionadas três como alicerce, para que assim se verificasse os reflexos das variações do campo da doutrina na atuação prática. Por terceiro e último, a fim de alcançar um desfecho mais abrangente do tema, trouxe à tona a teoria do direito penal do inimigo a fim de correlacioná-la com circunstância judicial da personalidade do agente, bem como a sua dissonância ou não com os preceitos fundamentais da Carta Magna brasileira.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Teoria da Pena. Dosimetria da Pena. Circunstâncias Judiciais. Personalidade do Agente.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 DA PERSONALIDADE DO AGENTE</b> .....	<b>12</b>
<b>1.1 Dosimetria da pena</b> .....	<b>12</b>
1.1.2 Segunda fase: da fixação da provisória .....	17
1.1.3 Terceira fase: da fixação da pena definitiva .....	18
<b>1.2 Circunstâncias judiciais e da personalidade do agente</b> .....	<b>22</b>
<b>1.3 Das contraposições na aplicação da “personalidade do agente”</b> .....	<b>26</b>
1.3.1 Da aferição técnica de personalidade .....	26
1.3.2 A personalidade do autor e o direito penal do autor .....	29
<b>2 AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> .....	<b>32</b>
<b>2.1 Habeas Corpus nº 256.569 - SP</b> .....	<b>32</b>
<b>2.2 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.113.688 - RS</b> .....	<b>36</b>
<b>2.3 Habeas Corpus nº 278.514 - MS</b> .....	<b>39</b>
<b>2.4 Reflexões acerca da análise dos julgados</b> .....	<b>43</b>
<b>3 A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE DO AGENTE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	<b>46</b>
<b>3.1 O direito penal do inimigo sob a perspectiva de Günther Jakobs</b> .....	<b>46</b>
<b>3.2 Os problemas da proposta do Direito Penal do inimigo no sistema jurídico brasileiro</b> .....	<b>50</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>67</b>



## INTRODUÇÃO

Uma vez que o indivíduo incorra em conduta à margem da permissão legal, o Estado, detentor do poder de punir, é invocado para que, após a instrução dos fatos, confirmada a autoria e a materialidade, julgue e determine sanção penal adequada ao fato criminoso praticado. Logo, desde que comprovados os requisitos da pena, consuma-se a obrigatoriedade da sua aplicação e conseqüente execução, salvos naquelas situações em que se exclui a ilicitude, sob pena de violação ao princípio da inderrogabilidade da pena.

Inclusive, os limites impostos ao poder Estatal de penalização é questão de relevante valor num sistema jurídico tido por garantista dos direitos fundamentais da pessoa humana. Justifica-se preocupação do legislador, diante um possível abuso Estatal por meio da intervenção penal, em positivar os princípios máximos da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, devida fundamentação, individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Em que pese as garantias abrigadas pela legislação, a mensuração da pena a ser aplicada no caso concreto é um tema bastante discutido entre os aplicadores do direito, seja pela discricionariedade dada ao juiz, uma vez que o Código Penal brasileiro não positiva rígidos sistemas matemáticos ou determinações específicas para a sua fixação, seja pelos critérios previstos a influenciar na sua dosagem, afastando-a ou aproximando-a do mínimo legal permitido.

No Brasil é adotado o sistema trifásico de dosimetria da pena, dividido num primeiro momento em que se analisa as circunstâncias judiciais, por segundo as circunstâncias agravante e atenuantes, por final, a causas de aumento e diminuição da pena. Atendo-se às circunstâncias judiciais da primeira fase, uma é destacada a fim de que seja objeto da pesquisa: a personalidade do agente.

Em conseqüência da realização de uma pesquisa bibliográfica, nota-se uma certa disparidade nas exposições acerca da circunstância judicial da personalidade do agente. São expostos desde argumentos em que se admite a sua aferição pela simples avaliação da periculosidade, perversidade do réu, como afirmações de que está é uma denominação pertencente ao campo das ciências da psique, logo, não sendo o juiz sentenciante apto a sua

aferição, dependendo de parecer técnico específico, ou até mesmo aqueles que defendem a desconsideração da personalidade do agente do sistema de dosagem da pena.

Desta feita, vem à tona os questionamentos da pesquisa: será que a personalidade do agente é considerada de forma adequada no dosagem da pena? A sua previsão legal é adequada aos preceitos jurídicos da Constituição Federal de 1988?

Notar-se-á, pela pesquisa bibliográfica em consonância com as análises dos julgados, que a diversidade de conceitos dispostos na doutrina tendem a refletir de maneira direta na aplicação desse instituto no momento da dosagem da pena. Por adiante, suscitará princípios norteadores da Carta Maior para relacioná-los com a forma de aplicação de personalidade do agente para agravação da pena, a fim de se verificar a sua compatibilidade ao sistema.

Destarte, pretende-se não apenas chegar a conclusão de quais devem ser os fundamentos aptos a valoração da personalidade do agente no momento de aferir a pena, mas também será de suma importância adentrar às raízes da questão a fim verificar a sua consonância com os direitos e garantias da pessoa humana eleitos pela própria Constituição.

É cabível elucidar que o interesse gerado pela temática se deu em razão das concepções emanadas pelas turmas criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, eis que se notava posicionamentos consolidados porém divergentes entre elas. Por exemplo, enquanto a primeira turma fundava no nível de periculosidade do agente a fim de majorar a pena à luz da personalidade do agente, a segunda turma emanava entendimento de que seria categórico a constatação dessa circunstância por meio de laudo técnico.

O trabalho está organizado em três capítulos. No primeiro capítulo é feita uma abordagem geral da dosimetria da pena, portanto, foi destrinchado o sistema trifásico, especificando de maneira pormenorizada as definições e questões atinentes à circunstância judicial da personalidade do agente. Tal medida de organização foi com a finalidade de obter um referencial teórico alicerçado para colaborar com a compreensão do objeto de pesquisa, bem como agregar dados aptos a trazer hipóteses para o problema.

Já o segundo capítulo é composto pela análise sistemática de três entendimentos emanados pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da temática, ater-se-á aos fundamentos utilizados nas decisões com o intuito de examinar a personalidade do agente no cálculo da pena. O intento é observar, no campo prático, as diversas definições já mencionadas pela doutrina, bem como as suas consequências.

No terceiro capítulo o tema do direito penal do autor é retomado, porém dessa vez de maneira aprofundada à luz da teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs, do mesmo modo que se realizará a contraposição desse sistema punitivo aos princípios constitucionais, os quais direcionam pela incompatibilidade de agravação da pena com fundo no que o réu é ou pensa, bem como com às teorias contemporâneas da Criminologia Crítica.

Sem maiores anseios, a proposta deste trabalho é colaborar com a reflexão acerca da adequação ou não do atual instituto da personalidade do agente à luz da Carta Maior, conseqüentemente, com o intuito de agregar argumentos às discussões acerca do tema.

## 1 DA PERSONALIDADE DO AGENTE

Neste capítulo refletir-se-á, inicialmente, acerca dos institutos concernentes ao procedimento de cálculo da pena, a fim de correlacioná-los e melhor situar a problemática da análise da circunstância judicial da personalidade do agente dentro do contexto penal (Estado Democrático de direito). Nesse sentido, torna-se necessário, inicialmente, abordar o instituto da dosimetria da pena para que, *a posteriori*, as conclusões acerca da influência da personalidade do agente estejam inseridas em um contexto lógico-teórico.

Esta abordagem passará pelas três fases da dosimetria e por uma análise genérica das circunstâncias judiciais. Após essa introdução, o foco será abordar a personalidade do agente de forma mais aprofundada discorrendo sobre a peculiaridade dos conceitos relacionados com a referida circunstância e demonstrando os critérios frequentemente utilizados no campo doutrinário.

### 1.1 Dosimetria da pena

A dosimetria da pena enseja, no seu procedimento, a aplicação de diversos princípios, *in casu*, deve-se destacar o princípio da individualização em sua dimensão judicial. Em suma, trata-se de situação em que é dada margem ao sentenciante para ponderar a pena do acusado, no exercício da discricionariedade vinculada aos elementos fáticos probatórios dos autos.<sup>1</sup>

A individualização judicial ocorre quando o Estado, detentor do *jus puniendi*, afere a pena a ser aplicada em razão de sentença condenatória. O juiz, representando o Estado nessa seara, procede a análise das peculiaridades do caso, respeitando o mínimo e o máximo estabelecido pelo legislador.<sup>2</sup> O cálculo da pena executa-se em observância ao sistema trifásico idealizado por Nelson Hungria. Este procedimento que mensura a pena para ao final chegar no seu *quantum* definitivo é chamado de dosimetria da pena.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 391.

<sup>2</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 79-80.

<sup>3</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013. p. 44.

Cabe fazer um ligeiro balanço histórico, eis que o olhar sob a perspectiva passada não só revela a origem da situação atual, mas também pode nortear a solução dos problemas contemporâneos, ou, até mesmo, evitar que os erros passados não sejam reiterados e práticas pautadas em concepções defasadas sejam extintas.

Lembra-se que a passagem do século XVIII para o XIX foi um marco relevante dentro da trajetória da pena, eis que os espetáculos punitivos, os chamados suplícios<sup>4</sup>, oriundos da idade média, começam a extinguir. As transformações no sistema de produção bem como o aumento demográfico, além dos ideais iluministas, foram razão para essa mudança. Destarte, a punição migra do campo da percepção rotineira para a consciência abstrata do indivíduo, ou seja, o que desvia o indivíduo do delito é a certeza de ser penalizado, não mais o intenso sofrimento ostentado na aplicação da pena.<sup>5</sup>

Consequentemente, a essência da pena passa a ser a correção, reeducação, cura, do infrator, deixando de ser um sofrimento físico para configurar uma limitação de direitos.<sup>6</sup> Pregando ideais de menos padecimento, mais humanidade e respeito ao apenado, ainda que seja o pior dos assassinos, essências do pensamento iluminista.<sup>7</sup>

Portanto, a humanidade é tida como limite do poder de punir, sendo inatingível, ainda que o intuito da penalização seja modificar o infrator. Assim, foi eliminada a confrontação entre soberano e apenado, logo, a justiça criminal passou a ter natureza de punição ao invés de vingança.<sup>8</sup>

Fabbrini Mirabete corrobora ao apontar que na antiguidade a pena era imposta por livre arbítrio do juiz, com as mudanças decorrentes do Iluminismo e do

---

<sup>4</sup> Tratavam-se de penas corpóreas intensamente dolorosas, com intuito de desonrar o apenado, e que a execução era ostentada em praça pública para toda a população testemunhar. Era um mecanismo de vingança utilizado pelo Governante contra a pessoa que afrontasse a lei (à sua vontade), tratando-se de um sistema inseguro, eis que não se tinha certeza das penas.

<sup>5</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 13-14.

<sup>6</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 16.

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 21.

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 72.

Positivismo Jurídico, instaura-se um sistema rígido de penas, em que a flexibilidade na aplicação da pena era mínima.<sup>9</sup>

Aponta-se falhas neste sistema rígido, pois o sentenciante não poderia, discricionariamente, avaliar devidamente as circunstâncias de um crime para uma melhor correspondência da sanção penal ao sentenciado, sendo permitido apenas aplicar a pena estritamente conforme aquilo que era positivado pelo ordenamento jurídico.<sup>10</sup> As falhas de um Positivismo extremo, com sistemas jurídicos herméticos e que se propõem a fornecer todas as respostas, são evidentes. O legislador não tem condição de abarcar todas as possibilidades e os infinitos elementos fáticos-jurídicos aptos a influir na dosagem da pena. Sendo assim, um sistema maleável em conjunto com a discricionariedade do juiz é essencial para um bom julgamento do caso concreto.

No concernente ao Brasil não foi diferente, Mirabete também esclarece que, inicialmente, regia aqui um sistema de penas dosimetricamente preestabelecidas. Já no Código de 1940 veio a ser instaurado o sistema trifásico, situação em que o juiz, dotado de discricionariedade, mensura a pena atendendo as circunstâncias que o legislador estabeleceu para cada conduta delituosa. Mirabete reconhece este último sistema como o mais correto, justificando que o julgador possui uma "faculdade controlada" para dosar a sanção em atenção à gravidade objetiva do crime e suas particularidades circunstanciais.

À luz do que rege o atual Código Penal, Cirino dos Santos define a aplicação da pena como “ato judicial de formalização do juízo de reprovação, observadas as regras processuais da competência jurisdicional: este ato judicial é a sentença criminal, que finaliza o processo de criminalização”<sup>11</sup>. A dosimetria da pena, nesta mesma linha, em suma, são as diretrizes legais de aplicação da pena criminal.

Sob este prisma, conclui-se que a dosagem da pena ocorre tão somente após a instrução e julgamento da causa, ou seja, após ao convencimento do juízo acerca da materialidade e da autoria. O Juízo sentenciante, respeitando o mínimo e o máximo em

---

<sup>9</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 298.

<sup>10</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 298.

<sup>11</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 238.

abstrato previsto no tipo penal pelo qual restou incurso, irá cominar a sanção justa apta a reprovar e prevenir o crime.

Conforme reitera Ricardo Augusto Schmitt o método de cálculo da dosimetria da pena é trifásico e com previsão no artigo 68, do Código Penal Brasileiro, denotando que deve “seguir as seguintes etapas (fases): 1º) análise das circunstâncias judiciais enumeradas no artigo 59, do Código Penal; 2º) análise das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e; 3º) análise das causas de diminuição e de aumento de pena”<sup>12</sup>.

Isto posto, passar-se-á a destrinchar o sistema trifásico idealizado por Hungria, serão evidenciadas as peculiaridades de cada umas das três fases sob a perspectiva crítica e doutrinária, não só denotando os prós como também os contras desse método.

### **1.1.1 Primeira fase: fixação da pena-base**

A pena-base é aquela que atua como marco inicial, como parâmetro para as fases seguintes do cálculo da pena. Constituiu uma base, fixada dentro dos limites (mínimo e máximo) do tipo penal. As causas de aumento ou diminuição em razão da existência, nas seguintes fases, de circunstâncias agravante ou atenuante, majorantes ou minorantes, irão incidir sobre ela.<sup>13</sup> Em que pese não haver definição expressa do quanto específico aumentar-se-á ou diminuir-se-á, tendo-se, conforme dito, como uma primeira alusão quantitativa, que servirá de base para o desenvolver das fases seguintes, eis que incidirão sobre esta primeira.

Aprofundando ao tema, Cirino dos Santos aponta que a pena-base é o ponto de partida do processamento intelectual da determinação da pena. Lembrando que se deve aplicar a teoria moderna, ou seja, o marco inicial para fixação da pena-base deve ser o mínimo legal estabelecido pelo tipo, prevalecendo o argumento humanitário, em consonância ao

---

<sup>12</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 87.

<sup>13</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 187.

princípio da culpabilidade, o qual diz ser defeso a agravação da pena sem devida fundamentação idônea.<sup>14</sup>

Schmitt corrobora com o posicionamento de Cirino dos Santos ao asseverar que é necessário que a pena-base seja determinada a partir do mínimo em abstrato previsto no direito penal material, dessa forma, apenas com a incidência de circunstância judicial de forma desfavorável ao sentenciado, é que se deve começar a deslocar do grau mínimo penal, caso contrário, há de se permanecer naquele escalão.<sup>15</sup>

Pontua-se ser defeso ao sentenciante generalizar a análise das circunstâncias judiciais, devido ao interesse tanto do réu quanto do Ministério Público de ter ciência dos fundamentos determinantes na ponderação exata da pena. Reitera-se a necessidade de fundamentação idônea para se proceder a majoração da pena, em respeito ao preceito da devida fundamentação judicial em suas decisões, previsto do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988, podendo ser, inclusive, essa fundamentação motivo de contestação por via recursal, em caso de irresignação do condenado ou do Ministério Público.<sup>16</sup>

Como consequência, uma análise leviana e não aprofundada na determinação da pena, devido os seus reflexos, pode permitir ao sentenciante exercer abusos, eis que a amplitude proporcionada pelas margens penais podem ensejar a conversão da discricionariedade em livre arbítrio judicial, o que, de fato, reflete em retrocesso.<sup>17</sup>

A fixação da pena no mínimo legal registra a preocupação do legislador em transmitir ao Poder Judiciário a tarefa de resguardar preceitos constitucionais, pois ainda que confira ao juiz considerável flexibilidade de atuação, o mesmo deve seguir critérios previamente fixados no intuito de resguardar o apenado.

---

<sup>14</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 107-108.

<sup>15</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 87.

<sup>16</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 158.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 825.



A partir disso, tem-se a primeira fase da dosimetria da pena como o marco inicial, o qual partirá do mínimo legal previsto pelo tipo penal, bem como só será possível o aumento da pena uma vez ponderada negativamente alguma das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, caso contrário a pena deverá permanecer em grau mínimo. Em que pese tê-las mencionado, estas referidas circunstâncias só serão evidenciadas em detalhe posteriormente, ainda neste capítulo.

### 1.1.2 Segunda fase: da fixação da provisória

A segunda fase da dosimetria é o momento em que será considerada a existência ou não das circunstância agravantes, previstas nos artigos 61 e 62, e das circunstâncias atenuantes, positivadas nos artigos 65 e 66, todos do Código Penal.

Logo após a fixação da pena-base o sentenciante irá avaliar a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, momento em que se fará a majoração ou a minoração da pena, conforme for necessário. Defende-se o caráter obrigatório das circunstâncias legais, eis que diante de sua incidência é obrigatório diminuir ou aumentar o *quantum* da pena, sendo dispensado o arbítrio jurisdicional.<sup>18</sup>

Todavia, um dos debates relacionado a esta fase da dosimetria é sobre a incidência ou não da atenuante caso, passada a primeira fase, a pena já esteja no seu mínimo legal. Dado que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça na súmula nº 231 declara ser defeso a condução da pena aquém do mínimo legal previsto em abstrato ao tipo, ou seja, independente da quantidade de circunstância agravantes ou atenuantes, o limite previsto da pena deverá ser respeitado.<sup>19</sup> Porém, por se tratar de matéria que foge ao foco central da presente pesquisa, não se fará análise mais aprofundada à esta problemática.

Schmitt complementa o posicionamento de Carvalho Neto, afirmando que há a possibilidade da pena ser reduzida por alguma atenuante não positivada expressamente em lei (inominada), concluindo que o rol do artigo 65, do Código Penal é meramente exemplificativo. Todavia, ao contrário do que é previsto para as circunstâncias agravantes,

---

<sup>18</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 90

<sup>19</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 184

estas serão possibilidades sempre expressas na forma da lei, ou seja, temos um rol taxativo, o que impede interpretações extensivas sem abarço legal.<sup>20</sup>

Frise-se que as circunstâncias legais só poderão ser apreciadas nesta fase caso não constituírem, qualificarem ou privilegiarem o crime em comento. Dessa forma, um crime de homicídio por motivo torpe, diante da previsão no §2º, inciso I, do artigo 121, da qualificadora, não poderá ser considerada como agravante, eis que se trata de situação em que integrará o próprio tipo pelo qual o réu é condenado.<sup>21</sup>

Ao contrário do que acontece com as causas de aumento e de diminuição, na segunda fase da dosimetria não há previsão legal do *quantum* a ser majorado ou diminuído.<sup>22</sup> Em que pese a situação controvertida supramencionada, posiciona-se a favor do entendimento de que é permitido ao juiz ultrapassar aquém dos limites do tipo penal na mensuração da segunda fase, a fim de que seja respeitado os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, para ao final chegar à uma pena, que a doutrina denomina de pena provisória.

### 1.1.3 Terceira fase: da fixação da pena definitiva

No terceiro, e final, momento da dosagem serão apreciadas as causas de diminuição e de aumento da pena. Tais causas são expressas por meio de fração tanto na parte geral quanto na parte especial do código penal, bem como na legislação extravagante.

Parte-se agora do que resultou da fase intermediária, devendo incidir sobre este *quantum* a causas de aumento e diminuição, reitera-se, seja na parte geral ou na especial. O que difere nesta fase é o fato da pena poder ultrapassar os limites (máximo e mínimo) estabelecidos pelo tipo penal. Por exemplo no cálculo da pena de um crime de furto simples, reclusão de um (mínimo) a quatro (máximo) anos, na modalidade tentada. Eis que a pena

---

<sup>20</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 137

<sup>21</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e sua execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 180.

<sup>22</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e sua execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 180.

tenha estabelecido no mínimo tanto na primeira fase quanto na segunda da dosimetria da pena. Na terceira fase será reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), diante da tentativa, podendo atingir o *quantum* de 04 (quatro) meses.<sup>23</sup>

Cesar Roberto Bitencourt conclui que se tratam de fatores que aumentam ou reduzem a pena, tanto em quantidade previamente fixada (metade, dobro, um terço) ou variáveis (de um a dois terços). Sendo relevante fazer a distinção entre as causas de aumento e diminuição das qualificadoras, para isso, repisa-se, as qualificadoras integram o próprio tipo penal (tipos derivados) estabelecendo limites mais elevados para pena *in abstracto* do crime incorrido, dentro do qual será calculada a pena-base, enquanto as majorantes e minorantes são causas modificadoras da pena, ensejando a sua variação na terceira fase da dosimetria.<sup>24</sup>

Em que pese haver inúmeros doutrinadores que não medem elogios ao sistema trifásico de cálculo da pena, Eugênio Raúl Zaffaroni em tom crítico assevera, *in verbis*:

“Este sistema que determina a individualização da pena em três etapas [...] está a indicar que as duas primeiras etapas correspondem à determinação da pena dentro da escala normal do delito, enquanto a terceira decorre de uma alteração de uma escala penal modificada. Conquanto esse sistema tenha a virtude de eliminar as discussões, até então existentes no Brasil e na doutrina comparada, ele complica muito as coisas, pois, frequentemente, pensa-se na necessidade de se construir, por primeiro, uma escala abstrata, e, em seguida, determinar a pena dentro dela. E isso tem alguns inconvenientes lógicos, que pode ocorrer quando a terceira etapa remeta novamente a uma revisão ou reavaliação da primeira, particularmente, quando se trata de determinar a categoria da pena aplicável, uma vez que a escala normal pode estabelecer uma pena cuja quantidade não permita sua substituição, e, logo em seguida, como decorrência de uma escala alterada, isso se torna possível. Por outro lado, frequentemente se torna difícil estabelecer a pena-base no caso concreto, pois, às vezes, deve-se imaginar resultados ou efeitos que não tenham ocorrido, como no caso da tentativa.”<sup>25</sup>

Revela-se pontuações importantes nos ensinamentos do doutrinador no trecho supratranscrito. Pondera que o cálculo da pena procede-se nas duas primeiras fases

---

<sup>23</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e sua execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 182.

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 559.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1. p. 708

dentro do limite mínimo e máximo preestabelecido pelo tipo penal, enquanto na terceira esses limites são alterados, podendo a pena tanto ficar aquém quanto além da escala normal do crime. É na terceira etapa que se aponta um possível inconveniente, quando esta faça uma reavaliação da primeira, ou seja, na presença de uma causa de aumento ou diminuição de pena, o *quantum* mínimo e máximo avaliado na primeira fase é modificado, alterando aquela escala inicial na qual foi calculada a pena.

Chama atenção quando se trata da definição da categoria da pena, ou seja, se restritiva de direitos ou privativa de liberdade por exemplo, argumentando que a alteração da escala da pena tão somente na última fase, por exemplo diante de redução em razão do instituto do arrependimento posterior que causa diminuição de um a dois terços, pode converter uma pena que até então seria privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Valendo-se do mesmo exemplo utilizado anteriormente, uma vez que o réu tenha incorrido nas condutas do artigo 155, do Código Penal, furto simples, a pena em abstrato seria de 01 (um) a 04 (quatro) anos, por não existirem causas de aumento ou diminuição de pena, no caso hipotético, a escala inicial na qual se incide as circunstâncias judiciais, circunstâncias agravantes e atenuantes, será respeitada.

Todavia, caso o apenado incidisse no tipo do artigo 155, concomitante com, o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, furto na modalidade tentada, perfazer-se-ia uma escala inicial sobre o *quantum* de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e em razão da tentativa, ao avaliar a terceira fase da dosimetria, o *quantum* da pena até então alcançado seria diminuído na proporção de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terço).

O inconveniente seria a incidência da causa de diminuição posterior a avaliação da primeira e da segunda fase, eis que prejudicaria a escala na qual a pena seria calculada. Pois, neste caso, imagina-se ser mais adequado que a causa de diminuição incida primeiramente, já que altera a margem do mínimo e máxima, para que só depois procedesse a avaliação das circunstâncias judiciais, das circunstâncias agravantes e atenuantes. Este posicionamento se justifica uma vez que o ponto de partida para o cálculo da pena é o seu mínimo legal, então, deveria avaliar a primeira e a segunda fase de acordo com a pena mínima para o crime de furto tentado, perfazendo o cálculo de maneira proporcional ao mínimo real da pena prevista para aquela conduta.

Portanto, tomando o exemplo do crime de furto simples tentado, e supondo que tenha sido mensurada a diminuição mínima de 1/3 (um terço), prevista no artigo 14, parágrafo único do Código Penal, a dosagem da pena partir-se-ia do mínimo de 03 (três) meses e não daquele de 01 (um) ano. Procedendo-se as ponderações da primeira e da segunda fase proporcionalmente sobre a escala inicial de 03 (três) meses.

Dessa forma, funda-se sua crítica na ordem de concatenação das fases da dosimetria da pena, pois julga ser um inconveniente lógico a alteração da escala da fixação da pena na terceira fase. De fato, parece mais garantista se a alteração da escala fosse realizada na primeira fase, ou seja, a alteração dos limites máximo e mínimo logo no início da dosimetria, para que as circunstâncias judiciais e legais incidissem proporcionalmente sobre aquele *quantum* inicialmente fixado.

Na mesma linha de raciocínio, Zaffaroni defende que no julgamento de delito em modalidade tentada deve-se presumir que os efeitos dessa conduta criminosa fossem os menos lesivos, ou seja, dentro de uma gama indeterminável de possibilidades que resultariam sua conduta caso consumada, há que se presumir o acontecimento menos gravoso, com reflexos latentes na dosagem da pena.<sup>26</sup>

Mudando o prisma da discussão, Rogério Greco pontua ser defeso ao sentenciante generalizar a análise das circunstâncias judiciais, devido ao interesse tanto do réu quanto do Ministério Público de ter ciência dos motivos o quais ponderaram a pena em certa quantidade. Reitera-se ser imprescindível que a pena venha ser majorada somente mediante fundamentação idônea, em respeito ao preceito da devida fundamentação judicial em suas decisões, previsto do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988, podendo ser, inclusive, essa fundamentação motivo de contestação por via recursal, em caso de irresignação do condenado.<sup>27</sup>

Portanto, em que pese as críticas, o sistema penal brasileiro adota o sistema trifásico na dosimetria da pena, esta realizada pelo juízo sentenciante com certa margem de discricionariedade diante das peculiaridades do caso em análise, mas em consonância aos

---

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.v. 1. p. 708

<sup>27</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 158

pressupostos positivados na lei penal, de forma que haja uma certa faculdade controlada do juiz no momento da dosagem da pena.

Feita a descrição básica do modelo trifásico da dosimetria, deve-se voltar a primeira fase com a intenção de melhor explorar as circunstâncias judiciais, enfatizando personalidade do agente enquanto problemática do presente estudo.

## 1.2 Circunstâncias judiciais e da personalidade do agente

Boschi, delineando a origem da palavra circunstância, informa ser “derivada de *circum* (círculo) e de *stare* (estar) e designa aquilo que pode estar em círculo, em torno, ao redor do fato natural e típico em si [...], dos atributos de personalidade do agente e da eventual participação da vítima no crime”<sup>28</sup>.

Circunstâncias judiciais são os elementos previstos no artigo 59, do Código Penal, tidos como critérios limitadores da discricionariedade judicial, delineando o procedimento a ser seguido na árdua tarefa de individualizar a pena-base.<sup>29</sup> Complementando, Adalto Dias Tristão explica que são chamadas de *circunstâncias judiciais* porque o reconhecimento e aplicação é uma tarefa exclusivamente exercida pelo juiz, intrínseco ao seu poder discricionário.<sup>30</sup>

São classificadas em dois grupos, *subjetivas* e *objetivas*. As circunstâncias *subjetivas* (culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade, motivos) são incomunicáveis aos coautores, por exemplo, eis que se tratam de condições intrínsecas ao autor do crime. Já as *objetivas* (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) comunicam com os coautores, em razão de descreverem condições externas à pessoa do autor.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 189.

<sup>29</sup> PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto *apud* CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 46.

<sup>30</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 48.

<sup>31</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 189.

Como é sabido as circunstâncias judiciais, repisa-se, são analisadas e aplicadas de acordo com o poder discricionário conferido ao sentenciante, sendo aquelas expostas no rol do artigo 59, *caput*, do Código Penal, *ipsis literis*:

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]”<sup>32</sup>

Ater-se-á em aprofundar somente no que se refere a circunstância judicial da personalidade do agente, pois é o objetivo essencial do presente trabalho. Eis que tanto na doutrina quanto na jurisprudência nota-se instabilidade na aferição desta circunstância judicial, inclusive, encontra-se amplo reconhecimento da complexidade deste instituto tanto na seara do direito quanto da psicologia.

A problemática na análise da personalidade do agente aclama atenção no momento de sua aplicação na dosimetria da pena, todavia, não se concebe tão somente neste momento, mas também na sua própria conceituação. Tanto a doutrina na tentativa, própria das ciências, de definir os parâmetros do seus institutos, quanto a jurisprudência, na aplicação cotidiana, encontram dificuldades e obstáculos que não são transponíveis sem o amparo de outras ciências que não a jurídica.

Cirino dos Santos exalta essa dificuldade ao relatar ser a personalidade um produto bio-psíquico-social em constante devir, produto esse formado pela mescla de diversos fatores derivados do meio e das relações traçadas pelo indivíduo ao longo de sua trajetória. Admitindo como verdadeira a premissa de que a personalidade é produto complexo e instável, eis que em constante formação, transformação e deformação, restando lógica a conclusão do autor de que uma análise eventual e objetiva constitui mero *corte* simplificado da natureza humana e, portanto, não muito esclarecedor.<sup>33</sup>

Tendo em vista as diversas complicações, é plausível que mesmo entre os doutrinadores não exista um significado comum do que seja a personalidade. Tristão diz

---

<sup>32</sup> BRASIL. *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal de 1940.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 25 de outubro de 2014.

<sup>33</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 114.

referir-se a índole do acusado, aos seus atributos pessoais. A análise dessa circunstancia ocorre no momento em que se examina o caráter, a cultura, a estrutura psicológica do sentenciando. Conclui-se como sendo a análise do perfil psíquico do acusado.<sup>34</sup>

A personalidade se constitui e se forma pela idade do indivíduo, pelo seu desenvolvimento físico e mental, pela educação que lhe foi passada, pelo meio em que viveu, pelo grau de instrução bem como por sua inteligência.<sup>35</sup> Passando a ideia de que o indivíduo bem instruído é detentor de personalidade superior.

Geralmente são considerados ajustados os indivíduos que respeitam as normas do convívio social, conseqüentemente, de personalidade equilibrada, por outro lado, aqueles que não as seguem são tidos como antipáticos ou antissociais, inconvenientes.<sup>36</sup> Na mesma linha de raciocínio, Damásio de Jesus define como o grupamento de características morais do agente, o retrato psíquico do sentenciado, no qual inclui-se a análise da sua periculosidade.<sup>37</sup>

Analisa-se as qualidades morais do indivíduo, se ostenta ou não mau caráter, caso haja ou não manifestação de agressividade bem como seu desprezo pelas ordens sociais de bom convívio, características intrínsecas a seu temperamento.<sup>38</sup>

Já sob outra perspectiva, Heleno Fragoso leciona que à luz da personalidade moral do agente, o juiz lhe adequará a pena, havendo de analisar se a conduta delituosa é uma prática rotineira na vida no sentenciado ou é um fato fortuito excepcional.<sup>39</sup> Logo, dá a entender que os registros penais em desfavor do réu podem ser considerados para a aferição da personalidade.

---

<sup>34</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 50.

<sup>35</sup> MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Manual de Direito Penal*. Belo Horizonte: Lemi, 1954. v. 2. p. 93

<sup>36</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 207

<sup>37</sup> JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. p. 601.

<sup>38</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 300

<sup>39</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 322



José Frederico Marques pontua, na óptica repressiva, que a personalidade do agente será preponderante na individualização da pena. “A incidência da pena sobre uma conduta típica sofre a refração da pessoa que delinqüiu, pois o agente do crime terá a punição graduada em razão dos traços que lhe marcam a personalidade”<sup>40</sup>. Nesse sentido, parece que o autor acredita ter o sentenciando investido na sua personalidade para a prática reiteradas de crimes, o que configuraria como equívoco diante dos estudos da Criminologia Crítica, o que denotam a decadência de afirmativas lombrosianas como esta.

Já Fernando Capez conceitua a circunstância judicial da personalidade do agente, *ipsis liteiris*:

“É a índole do agente, seu perfil psicológico e moral. Seu conceito pertence mais ao campo da psicologia e psiquiatria do que ao do Direito, exigindo-se uma investigação dos antecedentes psíquicos e morais do agente, de eventuais traumas de infância e juventude, das influências do meio circundante, da capacidade para elaborar projetos para o futuro, do nível de irritabilidade e periculosidade, da maior ou menor sociabilidade, dos padrões éticos e morais, do grau de autocensura etc. A intensificação acentuada da violência, a brutalidade incomum, a ausência de sentimento humanitário, a frieza na execução do crime, a inexistência de arrependimento ou sensação de culpa são indicativos de má personalidade.”<sup>41</sup>

Há de se explicar que a sua conceituação parece contraditória. Pois, no primeiro momento, afirma que a conceituação de personalidade mais pertence a outro campo que não seja o do Direito, denotando não ser possível a sua aferição com o conhecimento de um jurista, mas sim de um psicólogo ou psiquiatra. Todavia, conclui ser possível averiguar a personalidade pela acentuada violência, brutalidade, frieza na execução do delito, e/ou pelo não arrependimento posterior. Ou seja, doutrina que a aferição desta circunstância pode ser realizada por um homem comum, desprovido de conhecimentos técnico-científicos nas ciências da saúde conforme anteriormente alegado.

---

<sup>40</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 2002. p. 65.

<sup>41</sup> CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. p. 300

Por fim, Salo de Carvalho assevera a necessidade de se fazer demonstrar a base conceitual e metodológica daquele que aferirá a personalidade, sob pena de não ter condição de estabelecer juízo afirmativo ou negativo dessa circunstância judicial.<sup>42</sup>

Portanto, aqueles que procuram conceituar a personalidade do agente, de forma geral, ou a define como conjunto de características morais, intrínsecas ao indivíduo, que são externalizadas mediante a prática delituosa, ou remetem a sua avaliação a outro campo científico, mais especificamente a psicologia e psiquiatria, chamadas de ciências da mente humana. Fato é, reitera-se as dificuldades encontradas em abordar as definições de personalidade do agente sem que esta seja problematizada.

### **1.3 Das contraposições na aplicação da “personalidade do agente”**

À luz do que já fora exposto, é latente a problematização no que se refere a circunstância judicial da personalidade do agente, surgindo divergências tanto na conceituação desse instituto quanto na sua aplicação. Há tanto quem defenda sua inaplicabilidade bem como quem argumente por sua observância, mas com ressalvas ao que é cotidianamente visto nos tribunais brasileiros. Todavia, far-se-á, um balanço da inadequação da aferição da personalidade do agente, para que, ao final, se possa tirar conclusões mais claras acerca da insustentabilidade deste instituto dentro do sistema jurídico-penal brasileiro.

#### **1.3.1 Da aferição técnica de personalidade**

Não é fácil determinar o conteúdo da personalidade, pois além de necessitar de conhecimentos técnico-científicos de antropologia, psicologia, psiquiatria, é na prática feita com fundamento no próprio ícone de personalidade, que reconhecem, equivocadamente, como paradigmas. Sem citar aqueles estudiosos que se manifestam pela impossibilidade de se determinar a personalidade, por entenderem ser dinâmica, formando-se cotidianamente com o desenvolver do indivíduo.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 49.

<sup>43</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 207.

Gilberto Ferreira corrobora com entendimento de Boschi ao pontuar não ser fácil a avaliação da personalidade, sendo imprescindível que quem o faça possua noções de psicologia e psiquiatria, bem como pela necessidade do processo ter sido bem instruído. Concluindo que “o juiz, efetivamente, não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso”.<sup>44</sup>

Ney Moura Teles, em consonância com os supracitados autores, corrobora ao lecionar que a personalidade não emana de um conceito jurídico, mas sim da psicologia, psiquiatria, antropologia, entendendo-se por conjunto de características intrínsecas, adquiríveis, que influenciam diretamente no comportamento do sujeito.<sup>45</sup>

Dessa forma, não pode o juiz aferir a personalidade do agente apenas com base no que foi delineado no curso do processo penal, sem o auxílio de especialistas (psicólogos, psiquiatras). O magistrado não possui formação específica para fazer um exame que necessita aprofundar nas características psíquicas do indivíduo. Em um sistema garantista como o atual, é defeso que se faça a análise de uma circunstância judicial de maneira superficial, uma vez que essa aferição é causa de tamanho gravame, tal qual, a exacerbação na perda da liberdade.<sup>46</sup>

No mesmo sentido, Ricardo Luiz de Abreu justifica que por não se tratar de conceito jurídico, para poder entender o sentido de personalidade faz-se necessário buscar auxílio nas ciências que a abrange.<sup>47</sup>

Como reflexo ao posicionamento que adota a análise técnica do instituto, Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira defendem a implementação de um exame que fosse realizado por profissional da área da psicologia ou psiquiatria a fim de

---

<sup>44</sup> FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 87-88.

<sup>45</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 400.

<sup>46</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 400.

<sup>47</sup> ABREU, Ricardo Luiz de. A personalidade do agente como circunstância judicial na aplicação da pena. *Boletim IBCRIM*. São Paulo, volume 104, p. 14, jul. 2001. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/123-104---Julho---2001#](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/123-104---Julho---2001#)> Acesso em maio de 2014.

alicerçar a decisão do juiz. Asseguram que o intuito maior é impedir que a personalidade seja aferida por pessoa não habilitada, o que, de fato, pode ensejar decisões arbitrárias.<sup>48</sup>

Em que pese este posicionamento pela imprescindibilidade de aferição pelo profissional da saúde para aferir da personalidade, há um argumento que o contrapõe sustentado pelas próprias ciências da mente. Eis que também no campo da psicologia é perceptível grande diversidade de concepções na teoria da personalidade.

Cirino dos Santos assevera que há enorme controvérsia no campo da psicologia ou psiquiatria, em razão de não estarem delineados os limites precisos de personalidade.<sup>49</sup> Corroborando, CARVALHO também o usa como argumento para sustentar a ineficiência da implementação de um exame da personalidade feito por profissional da área, *in verbis*:

"Não acreditamos que penalistas pretendam construir conceitos dogmáticos de caráter, personalidade etc., usurpando o ofício dos psicólogos. E se quiserem recorrer a estes últimos, eis a surpresa que lhes poderá ser reservada: quase todos os conceitos e termos empregados em psicologia são muito discutidos. Tem-se escrito livros inteiros em torno da definição de termos como 'instinto', 'inteligência' ou 'emoção' e inclusive em nossos dias existem diferentes idéias, concepções e definições tão diferentes entre os psicólogos. Mas poucos termos são objeto de definições tão diferentes como o de personalidade. Quase cada um dos autores que escrevem sobre o tema dá a sua própria definição, seu próprio ponto de vista, seu método próprio e sua concepção pessoal do que deveria ser o objeto da investigação sobre personalidade. Seria insensato pretender dogmatizar em um campo no qual existem tantas discrepâncias."<sup>50</sup>

Pelo exposto, tem-se que aquela variedade de conceitos quanto a personalidade vai além da seara jurídica, ou seja, a própria ciência da mente ostenta inúmeras divergências e contradições, o que, mais uma vez, traz a sua definição à um campo instável e inseguro. Portanto, transferir a análise da personalidade do agente para a psicologia ou a psiquiatria não parece ser o caminho mais adequado, pois apesar dos profissionais dessas

<sup>48</sup> SANTOS, Pedro Sérgio dos; VIEIRA, Mara Lúcia Almeida. Análise da Personalidade para Fixação da Pena: Contradições e Ilegalidades no Artigo 59 do Código Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, p. 111-118, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/454/r141-09.pdf?sequence=4>> Acesso em maio 2014.

<sup>49</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 113.

<sup>50</sup> EYSENCK *apud* CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 48.

áreas possuem conhecimento específico e com melhor abordagem, é latente a insegurança gerada, em qualquer ramo, diante das incertezas trazidas por este instituto.

### 1.3.2 A personalidade do autor e o direito penal do autor

A forma como o autor do fato é considerado dentro do sistema penal é de suma importância. Nesse sentido, o autor deve ser visto como sujeito possuidor de direitos e passível de punição em virtude de fatos por ele praticados, e não por características que possua e que fazem ele ser o que é.

Boschi, citando Salo de Carvalho, leciona que a problemática no tocante a aferição da personalidade do agente no sistema jurídico brasileiro tem menos relação com a deficiência do operador do direito para o seu diagnóstico e, inversamente, mais com a sua insustentabilidade dentro do sistema penal garantista positivado. Com fulcro na proibição da invasão do Estado-penal na esfera subjetiva da pessoa.<sup>51</sup>

A personalidade do autor tem íntima conexão com a corrente de pensamento denominada direito penal do autor. Configura-se o direito penal do autor quando a reprovabilidade estatal e a aplicação da pena baseia-se não no fato ilícito ocorrido, mas sim na maneira de ser do agente. Dessa forma, a sanção é aplicada, por exemplo, com fulcro na personalidade do agente, sendo a conduta delituosa uma característica intrínseca àquele que tem o hábito de delinquir.<sup>52</sup>

Considera-se o direito penal do autor como desvirtuamento do direito penal, pois, não se adstringe em censurar o ato em si, mas sim utilizar-se do ato para considerá-lo como a forma de ser daquele que delinuiu. Não se restringe a conduta praticada para se fazer juízo proibitivo, reprovável ou de periculosidade, mas ater-se-á à sua personalidade.

---

<sup>51</sup> CARVALHO, Salo *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 213.

<sup>52</sup> MOTTA, Alessandra Costa da Silva. Uma análise sobre a aplicação do direito penal do autor nos dias atuais relacionada ao pensamento de Lombroso. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, set. 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13862&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13862&revista_caderno=3)>. Acesso em maio 2014.

Exemplificando, à luz desta perspectiva, não se condena em tal grau o furto como o “ser ladrão”.<sup>53</sup> Acrescenta, ao denotar a insustentabilidade desse sistema, *in verbis*:

"[...] certo é que um direito que reconheça, *mas que também respeite*, autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação."<sup>54</sup>

Importa analisar, com fulcro no que foi explanado pelo autor, o possível retrocesso no sistema penal caso as pessoas voltassem a ser punidas porque divergiam, e não pela conduta que incorriam, uma iminente afronta ao Estado Democrático de Direito.

À luz do direito penal do autor, a avaliação da personalidade do agente possibilita ao sentenciante invadir arbitrariamente no âmbito da liberdade (interioridade da pessoa), onde, segundo os princípios norteadores garantistas, não lhe é lícito opinar.<sup>55</sup>

Num sistema penal garantista, são legítimas somente as normas que proíbam e previnam fatos, e não aquelas que desmoralizam a identidade do autor, admitindo-se somente tratamentos punitivos em relação ao fato previsto como crime, e não tratamentos modelados sobre a personalidade do sentenciado.<sup>56</sup>

Acredita-se na incapacidade do magistrado em tecer considerações acerca da personalidade do agente, uma que se trataria de invadir a alma do réu, a fim de julga-lo e apena-lo pela essência do seu ser, e não, estritamente, no concernente a conduta incorrida. Ademais, é dever do sentenciante analisar profundamente o grau da culpabilidade, para não se prender em conceitos rasos e incompletos dos quais não está preparado, tal como o da personalidade do agente.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 119.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 119-120.

<sup>55</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 51-52.

<sup>56</sup> FERRAJOLI *apud* CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 53.

<sup>57</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 401.

Enfim, atribuir a pena a função de modificação forçosa da pessoa do apenado, seria o mesmo que estabelecer as bases de um Estado totalitário que avoca para si o poder de mudar os outros, extinguindo o direitos à diferença.<sup>58</sup>

Por tudo exposto, não é plausível que se aplique sanção ao indivíduo pelo o que ele é, visto ser manifesto exercício do direito penal do autor. Analisar a personalidade do agente a fim de aumentar a reprovação estatal, é fazer-lo em razão da pessoa do sentenciado, e não do fato por ele incorrido, ensejando latente violação à um sistema jurídico garantista, atinente à um Estado Democrático de Direito.

Delineado o contexto e o *modus operandi* do direito penal do autor, fica perceptível que, no uso da personalidade do agente com o fim de aumentar a reprovação estatal, o juiz se coaduna com a ideia de punir determinados “tipos sociais”. Essa prática do Judiciário institucionaliza modelos persecutórios, criminalizando grupos específicos e estabelecendo de maneira enviesada e autoritária molduras de bons cidadãos, criando a partir disso, grupos sociais distintos, marginalizando os que merecem vigilância daqueles que merecem proteção.

Importa notar que a aplicação do instituto da personalidade do agente consiste em momento propício para que o Estado, no exercício do poder punitivo, efetive essas premissas e com o auxílio do aparato estatal, ponha em prática a sua definição de paz e harmonia social, decretando previamente quais personalidades devem ser criminalizadas.

---

<sup>58</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 213.

## 2 AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após demonstrados os institutos da dosimetria da pena bem como os critérios de aferição da circunstância judicial da personalidade, passar-se-á a análise dos entendimentos emanados pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>59</sup> a respeito do tema. Neste capítulo serão apresentados acórdãos originários de irresignação no tocante a aferição ou na fundamentação da valoração da personalidade na dosimetria da pena em primeira e segunda instância.

Utilizou-se como critério de pesquisa jurisprudencial os termos “personalidade e laudo e código penal de 1940”, em maio de 2014, foram encontrados 35 (trinta e cinco) documentos dentre os quais selecionou-se 03 (três) a fim de serem esmiuçados no corpo do presente trabalho.

Das decisões escolhidas destacou-se a primeira por ter desconsiderado a análise negativa da personalidade que se fundava em investigações e processos judiciais em curso, a segunda por considerar laudo técnico como fundamento idôneo para aferição da personalidade e, por fim, destacou-se o derradeiro por argumentar que a circunstância judicial da personalidade não se correlaciona com o conturbado conceito da psicologia.

### 2.1 *Habeas Corpus* nº 256.569 - SP

Trata-se a seguir do *Habeas Corpus* nº 256.569 - SP, no qual foi concedida ordem, de ofício, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, no dia 18 de março de 2014, *ipsis litteris*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA

---

<sup>59</sup> A escolha pelo entendimento advindo do Superior Tribunal de Justiça se deu em razão desta ser a última instância da Justiça brasileira para as causas concernentes as normas infraconstitucionais, que não estejam exclusivamente voltadas à Constituição. Ademais, é o órgão de convergência da Justiça comum, aprecia causas oriundas de todo o território nacional, fazendo com que a análise tenha um leque de abrangência nacional.



DE DELITOS. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

2. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base, porquanto inquéritos e feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade do agente, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça. Redução da pena para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa da circunstância judicial da personalidade, reduzindo a reprimenda imposta à paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, bem como para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.<sup>60</sup>

Denota-se dos autos que a paciente restou condenada, em primeira instância, em razão da prática de tráfico de drogas majorado no dia 06 de agosto de 2009, ocorrido no interior de estabelecimento prisional na comarca de Guarulhos - São Paulo, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 700 dias-multa. Avaliou-se como pessoa dotada de personalidade voltada para a prática reiterada de crimes, com fundo nas certidões juntadas aos autos, ainda que não possui sentença condenatória transitada em julgado em seu desfavor.

---

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 256.569/SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Regiane Gomes Ribas. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 18 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201202132110>>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

No caso supratranscrito o Tribunal de São Paulo confirmou o entendimento do magistrado *a quo* avaliando negativamente a circunstância judicial da personalidade do agente à luz das certidões criminais juntadas aos autos, negando-se provimento à apelação. Por tais motivos, foi impetrado *Habeas Corpus* em favor da paciente Regiane Gomes Ribas a fim de, dentre outros, afastar a avaliação negativa daquela mesma circunstância, sustentando pela inidoneidade da fundamentação utilizada pela Egrégia Corte inferior, eis que das certidões criminais constante nos autos não constam condenação penal definitiva anterior ao fato discutido.

*Ab initio*, ao adentrar no mérito da *writ*, a relatora sustentou pela impossibilidade da utilização de procedimentos penais em curso para majoração da pena-base, sob pena de violar o princípio máximo da presunção de inocência. Argumentando que as ações e investigações penais pendentes não são aptas para se firmar juízo negativo sobre os antecedentes do acusado, devendo-se aplicar o mesmo entendimento no tocante à circunstância da personalidade. Uma vez que não é relevante para a circunstância que lhe é própria, ainda menos arrazoado seria para aferir a circunstância da matéria discutida.

Sustentou pela incompatibilidade do entendimento emanado pela Corte de São Paulo à luz da jurisprudência firmada pelo STJ, suscitando o teor da súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça, *ipsis literis*: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Reiterando pela impossibilidade dos procedimentos penais pendentes aferirem circunstância judicial de forma geral e, conseqüentemente, exaspera a pena-base, sob pena de ferir a garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade.

Conforme elucidado no voto da Ministra relatora, a avaliação negativa da personalidade com fulcro em ações penais sem certificação de trânsito em julgado não deve proceder. Uma vez que é defeso ao sentenciante generalizar a avaliação das circunstâncias judiciais, dessa forma, estaria tão impossibilitado quanto em confundi-las, pior ainda ponderar negativamente a personalidade sob um prisma que não lhe é próprio.

Almeida, acerca do tema, é incisivo em afirmar que a personalidade, como fator majorante da pena, não tem aptidão para ser confundida com maus antecedentes do

réu.<sup>61</sup> Carvalho Neto compartilha do mesmo raciocínio, inclusive, entendendo pela possibilidade real do réu ter maus antecedentes e possuir boa personalidade.<sup>62</sup> O que é coerente, pois diante dos critérios individualizadores da pena, não se deve admitir que um critério caracterizador de maus antecedentes também seja hábil para aferir a personalidade do agente.

À luz do disposto no artigo 59, do Código Penal, o condutor próprio para avaliação das condutas pregressas na seara delitiva é a circunstância judicial dos antecedentes, diante do entendimento de que procedimentos em aberto não servem para ponderação negativa desta circunstância, menos ainda poderia influir na personalidade.

Passada as discussões acerca do mérito da questão, há de se observar a porcentagem dentro da pesquisa de precedentes reformando e repisando o entendimento da matéria no STJ. Denota-se que 12 (doze) do total de 35 (trinta e cinco) julgados relacionados na presente pesquisa eram recursos que, dentre outros pedidos, pleiteava a reforma da decisão que aferiu a personalidade negativa na dosimetria da pena com base em procedimentos investigatórios ou processuais penais em curso. Ou seja, cerca de 34% (trinta e quatro por cento) das decisões selecionadas reformavam, unanimemente, decisões de segundo grau as quais afrontavam não só a súmula n° 444 do STJ, bem como a prerrogativa de fundamentação idônea para agravação da pena.

A construção do entendimento de imprescindibilidade de fundamentação apropriada para exasperação da pena possui íntimo liame com a garantia constitucional da devida fundamentação, prevista no artigo 93, inciso XI, da Carta Magna. Dessa forma, é dever do magistrado esclarecer ao jurisdicionado quais motivos o levaram à determinado convencimento, destarte, na dosimetria é imprescindível a exposição de motivo idôneo para agravar a pena, sob pena de afastar a análise desfavorável da circunstância judicial, conforme o fez na jurisprudência em destaque.

Percebe-se que a aplicação da pena não pode submeter-se ao arbítrio do sentenciante. Deve o juiz determiná-la dentro da margem de liberdade que lhe é conferida, em

---

<sup>61</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal: doutrina, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 80.

<sup>62</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013. p. 70

observância estrita aos ditames legais. No exercício desse poder de dosar a pena não há que se falar em arbítrio, mas sim discricionariedade, tanto que é seu dever motivar a aplicação da pena.<sup>63</sup>

Complementando, Shecaria e Corrêa Junior preceituam que à medida em que é dada maior margem discricionária ao sentenciante mais ainda necessária será a motivação, isso para resguardar ao réu o direito de bem compreender a decisão e apreciar se foi fundamentada de maneira correta ou equivocada. Conclui-se que as decisões só poderão ser mantidas quando decorrentes de razões idoneamente fundamentadas.<sup>64</sup>

Portanto, tem-se tal garantia como basilar para assegurar a inviolabilidade dos direitos do sentenciado em face do arbítrio jurisdicional, medida repugnada no sistema penal garantista, vez que é essencial fundamentação idônea para majorar a da pena.

## 2.2 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.113.688 - RS

O Agravo Regimental foi improvido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto do Sra. Ministra Relatora Laurita Vaz, no dia 18 de março de 2014, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE PECULATO. ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

MOTIVAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE. PENA DE MULTA. CRITÉRIO TRIFÁSICO UTILIZADO PARA COMINAR A SANÇÃO SEGREGATIVA, CONSIDERANDO AINDA A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. CORREÇÃO DE MERA IMPRECISÃO, SEM EFEITOS NO DECISUM. ARGUIDO BIS IN IDEM NA DOSIMETRIA. QUESTÃO NÃO PREQUESTIONADA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE QUE ENSEJASSE A CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O art. 59 do Código Penal elenca 08 (oito) circunstâncias, para orientar a atividade do magistrado na primeira fase de dosimetria das penas. É

<sup>63</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 392.

<sup>64</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição*: aspectos relevantes para sua aplicação e sua execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 172.

entendimento pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve, necessariamente, ser fixada no mínimo legal. Por outro lado, se qualquer das circunstâncias judiciais aferidas indicar maior desvalor da conduta, está o sentenciante autorizado a elevar a pena-base, observando a proporcionalidade e a razoabilidade do aumento.

[...]

4. A aferição da personalidade foi perfeitamente realizada, pois constam elementos suficientes e bastantes para levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Com efeito, segundo o laudo psiquiátrico, o Agravante é portador de distúrbio denominado anti-social, sendo que "os atributos do criminoso, mencionados pelo expert (desprezo das obrigações sociais, falta de empatia e desvio considerável entre o seu comportamento e as normas sociais estabelecidas, destacando-se que as experiências adversas não modificam seu comportamento etc.), representam os sintomas do transtorno de personalidade".

[...]

8. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido.<sup>65</sup>

Extrai-se dos autos que o agravante restou condenado às penas de 15 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, pela prática do crime de peculato, previsto no do artigo 312, do Código Penal.

Trata-se de agravo regimental em face do Acórdão da Quinta Turma que negou provimento ao recurso especial interposto por Márcio Augusto Paixão. O REsp apontava violação aos artigos 59 e 67 do Código penal, pleiteando, dentre outros, o redimensionamento da primeira fase da dosimetria da pena, fixando-a no mínimo legal. Após a rejeição de dois embargos declaratório, interpôs-se o agravo regimental arguindo, naquilo que se destaca, que na fixação da pena-base carece de fundamentação idônea apta a valorar circunstância judicial da personalidade do agente.

A Ministra relatora, em seu voto, entendeu pela manutenção da dosimetria nos conformes do que havia sido razoado anteriormente. Assevera que diante dos 08 (oito) critérios norteadoras da dosimetria constantes no artigo 59, do Código Penal, é pacífico que não havendo circunstância a ser valorada negativamente deve a pena-base manter no mínimo legal. Todavia, diante da presença de ao menos uma circunstância ponderada negativamente, há o sentenciante que elevar a pena-base, distanciando do mínimo em sintonia com os

---

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial nº 1.113.688 - RS. Agravante: M A P. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 18 de março de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900650666&dt\\_publicacao=28/03/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900650666&dt_publicacao=28/03/2014)>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade do aumento. Por esta feita, deve-se acrescer a pena do acusado diante da presença negativa das circunstâncias judiciais da personalidade, das circunstâncias e consequência do crime.

Tal entendimento é amplamente compartilhado tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, em especial, como se extrai da lição de Cirino dos Santos ao propor a manutenção da pena em grau mínimo, suscitando a teoria moderna que se funda nas razões humanitárias, não se admitindo a agravação da pena sem a devida fundamentação. Ou seja, na mesma linha decidida pela relatora, entende que a pena-base deve ser mantida no mínimo, apenas podendo ser aumentada caso haja circunstância judicial fundamentadamente valorada de forma negativa.<sup>66</sup>

Em especial, no tocante à aferição da personalidade do agente, argumenta que esta pode ser aferida pelo *modus operandi* do autor, refletida na insensibilidade, maldade, desonestidade e perversidade na empreitada criminosa. Concluindo, inclusive, pela sua aferição com fulcro no laudo psiquiátrico constante nos autos, o qual atesta Márcio como portador de distúrbio anti-social, nas palavras do profissional competente, *in verbis*:

“os atributos do criminoso, mencionados pelo expert (desprezo das obrigações sociais, falta de empatia e desvio considerável entre o seu comportamento e as normas sociais estabelecidas, destacando-se que as experiências adversas não modificam seu comportamento etc.), representam os sintomas do transtorno de personalidade”.

Garantiu-se, pelo exposto, idoneidade à conclusão pericial a fim de possibilitar a aferição da circunstância judicial assim como fundamentou-se no mesmo para o aumento da pena-base, eis que restou negativa a personalidade do agente.

Diante disso, a decisão elucidou a ponderação negativa da personalidade do agente à luz do que foi revelado pelo laudo técnico. Conferiu-se, então, ao parecer técnico caráter de fundamento idôneo para aferição e exasperação da pena, em contrapartida ao argumento do agravante, o qual alegava não restar nos autos elementos aptos a demonstrar a personalidade negativa do réu.

---

<sup>66</sup> SANTOS, Juez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba; Lumen Juris, 2005. p. 108.

Dessa forma, denota-se que o entendimento sobreposto é consonante ao manifestado por Salo de Carvalho, eis que também entende pela idoneidade de uma base conceitual e metodológica anteriormente produzida pelo investigador a fim de condicionar uma racionalização segura do juízo de boa ou desvirtuada personalidade do agente.<sup>67</sup>

Com visão mais incisiva, Teles defende a avaliação da personalidade do agente somente com a contribuição de especialistas, sejam psiquiatras, psicólogos etc. Deduz que valoração da personalidade do agente deve ser realizada pelo juiz em consonância ao parecer profissional daquele que domina a ciência própria da mente humana.<sup>68</sup> O que, de fato, foi realizado no caso do julgado, a discricionariedade jurisdicional foi exercida à luz das conclusões técnicas advindas do laudo psiquiátrico.

Almeida, aprofundando este entendimento, afirma que a personalidade do agente não pode ser explicada com fulcro apenas na ciência jurídica, mas que é obrigatório ser pesquisado sob o prisma de outras ciências humanas, tais quais a filosofia, a psicologia, a biologia, a psiquiatria, criminologia e a antropologia.<sup>69</sup>

Considera-se, portanto, o laudo técnico como eixo probatório hábil para aferir a discutida circunstância judicial, restando-se latente a relevância atribuída ao parecer do profissional, eis que influi num desiderato tão grave, que é o *quantum* da perda da liberdade do réu. É devido também lembrar que incube ao sentenciante o ônus de fazer provar nos autos essa verdade utilizada na dosagem da pena, até para decidir em consenso com o princípio da devida fundamentação, evitando, mais uma vez, a arbitrariedade.

### **2.3 Habeas Corpus nº 278.514 - MS**

Concedeu-se ordem de ofício ao *Habeas Corpus* nº 278.514 - MS pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto do Sra. Ministra Relatora Laurita Vaz, no dia 11 de fevereiro de 2014, *ipsis verbis*:

---

<sup>67</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 49.

<sup>68</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 400.

<sup>69</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal: doutrina, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte : Del Rey, 2002. p. 76.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DOSIMETRIA DA PENA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO ILEGAL. VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 444/STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

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.

4. No particular, as instâncias ordinárias não demonstraram, com a devida fundamentação, o motivo pelo qual a personalidade foi considerada agressiva, tendo se limitado a apontar para fatos anteriores que, em princípio, melhor se enquadrariam na circunstância judicial de maus antecedentes. De se notar, todavia, que as agressões predecessoras foram deduzidas diretamente do relato da vítima, em nítida ofensa à Súmula n.º 444 desta Corte Superior, pois a sentença foi explícita no sentido de que inexistente condenação criminal com trânsito em julgado.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida. Writ concedido de ofício, para reconhecer ilegalidade na valoração da personalidade do agente e, por conseguinte, reduzir a pena aplicada.<sup>70</sup>

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado às penas do artigo 129, § 2º, IV e § 10, do Código Penal (lesão corporal gravíssima), sob o rito da Lei nº 11.340 de 2006 (Dos crimes de violência doméstica e familiar), tendo cominado em definitivo a pena em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em 16 de março de 2010, pela 2ª Vara Criminal de Corumbá - Mato Grosso do Sul. Na dosimetria, sua exasperou-se do mínimo legal em decorrência da avaliação da personalidade do agente, especificamente, por constatar

---

<sup>70</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 278.514/MS. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Antônio Guilherme Rios da Fonseca. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303303775&dt\\_publicacao=28/02/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303303775&dt_publicacao=28/02/2014)>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.



ser o réu pessoa agressiva, devida a prática atos de violência doméstica por razões infames, considerando tal elemento apto a valora negativamente esta circunstância judicial.

Trata-se de *habeas corpus* alegando que o paciente, em razão da pena-base ter sido majorada em 01 (um) ano, sofreu constrangimento ilegal, com fulcro na valoração negativa da circunstância judicial da personalidade do agente. O impetrante argumenta ser inidônea a fundamentação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para ponderar negativamente a personalidade, requer a decotação da circunstância negativa da dosimetria, com o conseqüente redimensionamento do *quantum* da pena.

Da mesma forma que foi realizada nos outros julgados selecionados e analisados anteriormente, a relatora, antes de adentrar na discussão da circunstância judicial da personalidade propriamente dita, faz menção ao princípio norteador da individualização judicial da pena em consonância ao princípio máximo da devida fundamentação. Repisando a imprescindibilidade das razões serem motivadamente para agravamento da pena, sob pena de infringir o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No tocante a aferição da personalidade do agente, a relatora faz ressalva para externar seu entendimento de que o conceito dessa circunstância judicial não deve ser remetido ao polêmico advindo das ciências da mente. Referindo-se as indefinições e discussões deste instituto encontradas no ramo da psicologia, a qual emana insegurança quando a sua aferição.

A Ministra Laurita Vaz explica que o legislador, quando da positivação da circunstância judicial da personalidade, não tinha a intenção de que o magistrado fizesse uma análise psicanalítica do acusado, até porque seria função adversa do que se espera da capacidade intelectual do sentenciante. Teles<sup>71</sup> e Schmitt<sup>72</sup> compartilham do mesmo pensamento que a relatora no tocante à incapacidade do juiz de delinear a personalidade do apenado, mas destoam por entender ser imperiosa a avaliação de profissional tecnicamente habilitado na área de conhecimento para se realizar uma mais segura valoração dessa circunstância judicial.

---

<sup>71</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 400.

<sup>72</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 100

Em consonância com o exposto pela Ministra, Roberto Lyra define o instituto da personalidade do agente, no concernente ao ramo do direito, *in verbis*:

“É a conduta como cidadão, filho, pai, espôso, companheiro, amigo, profissional, como sócio de centros culturais, beneficentes, recreativos, esportivos, mundanos etc. A conduta, durante e depois do crime, entrará sempre na revelação da personalidade. [...] O juiz, atua, então, livremente sem as peias de prenoções unilaterais ou facciosas. A palavra *personalidade* está empregada, no art. 42, no sentido mais amplo, mais denso e mais profundo, de modo que o seu conhecimento atinja o máximo de realidade com a maior liberdade de exame e de crítica.”<sup>73</sup>

Contrariando a relatora e o Roberto Lyra, Salo de Carvalho afirma que “se ao juiz é difícil (diríamos impossível) concretizar a tarefa imposta pela lei, uma breve revisão bibliográfica transdisciplinar revelará verdadeira impossibilidade técnica do jurista proceder tal averiguação e, conseqüentemente, dela retirar os efeitos legais”<sup>74</sup>. Pelo exposto, o doutrinador não só discorda por entender ser o conceito de personalidade intrinsecamente ligado ao campo da psicologia da mesma maneira que é taxativo em acreditar pela incapacidade do juiz sentenciante em aferi-la.

Dando continuidade ao voto, a Ministra pontua ser aferível a personalidade por meio da insensibilidade, maldade, desonestidade e perversidade que o réu ostentou e se fez constar no curso dos autos. Ou seja, denota-se, pelo exposto, que entende pela prescindibilidade de parecer técnico-profissional, bem como esclarece elementos capazes de denotar a avaliação negativa da circunstância judicial em estudo.

De fato, não são poucos os doutrinadores que se aliam ao entendimento da decisão. Nelson Hungria define a personalidade como “o exame do homem total, corpo e alma”<sup>75</sup>. MIRABETE tem o mesmo posicionamento ao lecionar que “registram-se qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento”<sup>76</sup>. Capez também leciona ser possível delinear a personalidade pelo nível de irritabilidade e periculosidade, pela

<sup>73</sup> LYRA, Roberto; HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*: artigos 28 a 74. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1958. v.2. p. 223-226.

<sup>74</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 47.

<sup>75</sup> HUNGRIA *apud* TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal*: prática de aplicação de pena e medida de segurança. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 50.

<sup>76</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 300.

sociabilidade, pelos padrões éticos e morais, bem como pelo grau de autocensura.<sup>77</sup> Seguindo os demais, Prado define a personalidade não só como índole mas também como o caráter do indivíduo, eis que revela as qualidades e defeitos.<sup>78</sup> Por fim, Nucci define a personalidade como reflexo da agressividade, preguiça, frieza bem como a passionalidade.<sup>79</sup>

Pelo exposto, em sua decisão, acredita-se na apreciação da personalidade sem a necessidade de abarcar conceitos técnicos-científicos específicos do estado mental do sentenciado, além disso, prescreve critérios cívicos e morais que julga ser idôneos a fim de refletir na ponderação na dosimetria da pena.

De toda forma, a relatora se posiciona pela decotação da análise negativa da personalidade do agente, eis que diante dos elementos constantes no caderno probatório, entendeu-se que as notícias de agressões pretéritas ocasionadas por ciúmes, como noticiou a ofendida, melhor se enquadrariam na circunstância judicial dos maus antecedentes. Uma vez inidônea a fundamentação utilizada para aferir a personalidade, esta deve ser desconsiderada. Ademais, sob pena de ofender a Súmula n.º 444 do STJ, não há que se falar em majoração da pena-base, pois restou demonstrado explicitamente nos autos que não há sentença transitada em julgado condenando-o por tais fatos relatados.

Mais uma vez, merece atenção a inadmissível agravação da pena-base com fulcro em investigações e/ou processos criminais em andamento, o que foi reiterado sob a mesma fundamentação assentada nas decisões anteriormente analisadas, ou seja, em suma em atenção ao preceito fundamental da presunção de inocência do jurisdicionado.

## **2.4 Reflexões acerca da análise dos julgados**

Conforme demonstrado neste capítulo, reiteradamente a pena do sentenciado é agravada com base em procedimentos penais em aberto, logo, como já mencionado, violando o princípio máximo da presunção de inocência, tanto que o STJ veio a editar a Súmula n.º 444 com intuito de coibição de tal prática. Mas mesmo assim, tanto o

---

<sup>77</sup> CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. p. 300.

<sup>78</sup> PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 285.

<sup>79</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 231.

princípio máximo quanto o verbete sumular, seguem olvidados reiteradamente nas decisões judiciais, o que, de fato, merece maior atenção do sentenciante tanto para resguardar a garantia de um julgamento justo ao jurisdicionado quanto para a diminuição na quantidade de recursos direcionados aos tribunais superiores e a conseqüentemente finalidade de desafogá-los.

Há de serem destacados os entendimentos emanados pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pois no segundo julgado analisado reconheceu o laudo técnico como fundamento idôneo para estimar a personalidade do agente, e por outro lado, no terceiro julgado entendeu pela não correlação da personalidade prevista no Código Penal aos conceitos controversos deste instituto na esfera da psicologia. Atenta-se à proximidade temporal entre as decisões observadas.

Restou dissonante a cognição da circunstância judicial pela Turma, pois não há congruência na racionalização depreendida nas duas decisões comparadas. Nestes dois casos de muita similitude, haveria que se posicionar ou pela idoneidade do laudo técnico para aferição da personalidade e conseqüente relevância deste instituto na seara da psicologia, ou pela não admissão do parecer científico como motivação do juiz quanto à personalidade e, conseqüente, desvalorização do conceito sob a óptica das ciências da mente quanto a sua definição. Ou seja, nota-se posicionamentos opostos, que não se justificam, diante do abismo que os separa, num curto espaço de tempo, o segundo foi julgado em 18 de março de 2014 e o terceiro no dia 11 de fevereiro de 2014, inclusive, de relatoria da mesma Ministra.

Dessa maneira, as dificuldades prelecionadas por Roig<sup>80</sup>, Boschi<sup>81</sup> Teles<sup>82</sup> e Cirino<sup>83</sup>, no tocante a definição e aferição da personalidade do agente, restaram configuradas na prática. Tem-se essa instabilidade como margem à adoção da arbitrariedade, o que deve ser evitado ao máximo em um sistema garantista como o adotado, devendo ser estabilizado este quadro na prática jurídica dos tribunais brasileiros.

---

<sup>80</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 163.

<sup>81</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 207.

<sup>82</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 401.

<sup>83</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 113.

Em que pese ser realizada constantemente alusão ao princípio da devida fundamentação, da análise dos julgados relacionados, contempla-se que na prática olvidam muitas vezes este preceito constitucional norteador. Como consequência prosperam decisões arbitrárias, diante da ausência de fundamentação idônea.

Desse modo, resta significativa a insegurança jurídica experimentada por aqueles sujeitos ao juízo individualizador da pena, o que irremediavelmente deve ser corrigido. Por tais dificuldades, é irremediável que este quadro enseje o surgimento de discussões a respeito da ponderação ou da própria constitucionalidade da circunstância judicial da personalidade do agente.

Sem pretensões de ser dado o problema por resolvido, há que se suscitar a corrente que se posiciona pela punição da conduta comissiva ou omissiva o do agente, e não pelo o que ele é ou se propõe a ser.<sup>84</sup> Assim, admitir-se-ia apenas normas que proibissem e previssem fatos, ou seja, o foco seria analisar o ato e não a valoração da personalidade do réu.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 212

<sup>85</sup> FERRAJOLI *apud* CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 53.

### **3 A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE DO AGENTE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Uma vez já demonstrada a insegurança jurídica oriunda da aferição prática da personalidade do agente nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, passar-se-á a esclarecer o intolerável enquadramento desta circunstância judicial dentro do Estado Democrático de direito brasileiro. Ou seja, retornará a proposta final do primeiro capítulo em que se sustenta, aclamando o princípio da secularização<sup>86</sup>, a incompatibilidade de agravação da pena pelo que o réu é ou pensa.

Para tanto, alicerçar-se-á no posicionamento de que fundar a personalidade do acusado como causa de punição, no caso, elevação da pena, acarreta na institucionalização do democraticamente inadmissível direito penal do autor.<sup>87</sup> Assim, fará uma abordagem sucinta da teoria do direito penal do inimigo, posteriormente, será correlacionada ao Estado Democrático de direito brasileiro, bem como com às teorias contemporâneas da Criminologia Crítica.

#### **3.1 O direito penal do inimigo sob a perspectiva de Günther Jakobs**

Para fundar sua teoria, Günther Jakobs o Direito Penal em dois sistemas, a fim de atender a dois grupos os indivíduos de comportamento desviante dentro da sociedade, um como criminosos inimigos do Estado e outro como criminosos cidadãos, estes gozarão de um tratamento humanitário, em razão da perspectiva de reinserção social, enquanto aqueles, por se portarem como perigo iminente ao convívio da população, ou seja, serem grandes os riscos futuros de violação ao contrato social<sup>88</sup>, são despersonalizados e excluídos da sociedade.

---

<sup>86</sup> Princípio garantidor de que o 'saber' seja fundado na razão do homem, excluindo a anterior confusão de Estado e Igreja, eis que, sempre se buscava explicação ao fenômenos do mundo nas doutrinas cléricas. Todavia, consolidou-se o Estado laico, negando-se qualquer concepção ontológica de verdade, sendo um dos primeiros passos ao alcance da universalização dos direitos humanos.

<sup>87</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169.

<sup>88</sup> Trata-se da teoria de Jean-Jacques Rousseau delineada em sua considerada obra-prima, que seria o acordo entre as pessoas a fim de constituir uma sociedade e, conseqüentemente, um Estado, destarte, acredita-se que as leis seriam produtos da vontade do povo.

Para isso, prescreve um sistema desigual para aqueles que incorrerem em conduta criminoso. Ou seja, é garantido os princípios de um democrático Direito Penal do fato e da culpabilidade para os criminoso cidadãos, enquanto aqueles tidos por inimigos são submetidos à um poder discriminatório Direito Penal do autor e da insegurança.<sup>89</sup>

Porém, antecipadamente, importa resgatar o entendimento Rousseau de que os infringentes da norma deixam de ter os benefícios da sociedade, deixando de ser membros do Estado, uma vez que entra em guerra com este. Por isso a natureza da medida coercitiva contra este indivíduo será o tratamento como inimigo.

Semelhantemente, Fichte entendia pela perda completa de direitos o indivíduo que contrariasse o contrato cidadão, se tornando um objeto, e que este procedimento seria o instrumento de segurança válido para tal situação.<sup>90</sup> Tomando tais antigas teorias para definir o *contrato social*, segundo a visão de Rousseau e Fichte, todo indivíduo que age contra as normas de convívio social é, por si mesmo, um inimigo do Estado.

Por outro lado, Hobbes reconhece esta classificação apenas aquele criminoso de alta traição, por entender que tal indivíduo tende, por princípio, a abolir a organização do Estado e, similarmente a este. Kant também reserva este tratamento de inimigo àquele que ameaça o estado cidadão permanentemente.<sup>91</sup>

Jakobs adere ao posicionamento jusfilosófico, antecedente de inimigo de Hobbes e Kant, por preferir não generalizar todo e qualquer delinquente ao status de inimigo, assimilando como cidadão aquele que pratica ilícitos normais, aplicando este direito penal

---

<sup>89</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 2.

<sup>90</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

<sup>91</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 28.

àqueles que não delinquem por princípio, e para aqueles incurso em fatos de alta traição, a aplicação do direito penal do inimigo.<sup>92</sup>

Retornando ao divisor de águas entre o inimigo do Estado e criminoso cidadão, neste, a pessoa que pratica conduta desviante, fato desautorizado da norma, atitude contra a sua permissão, é contraposto por uma pena, medida adequadamente que corresponda a sua conduta, ou seja, em resposta se tem uma medida de reafirmação da vigência da norma regulamentadora e conseqüente irrelevância daquele comportamento delituoso. Haverá, portanto, uma relação simbólica direta entre o fato e a coação penal, bem como o agente será considerado como pessoa.<sup>93</sup>

Por outro lado, no tratamento ao inimigo do Estado, aproveitando-se do intuito preventivo conseqüente da pena, a coação da liberdade tem caráter de segurança, qual seja, não tão somente como conseqüência de uma violação praticada pelo indivíduo, mas, especialmente, como medida inibidora de um ato futuro, eis que, conforme já dito, trata-se do inimigo aquele que tem tendência na reiteração de fato crime de notável gravidade. Assim, o inimigo é submetido a uma medida de segurança em razão do iminente perigo, e não a uma pena correspondente ao seu ato.<sup>94</sup>

Cabe ressaltar que o autor nomeia condutas ilícitas a serem combatidas pelo direito penal do inimigo, tais quais a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, delitos sexuais. Assim são previstos porque o infrator se afasta de modo contínuo das normas do bom convívio social, logo, contrapõe-se, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, desmerecendo, assim, o tratamento como pessoa.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 5.

<sup>93</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22.

<sup>94</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

<sup>95</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34.



Então, o direito penal do inimigo exclui a pessoa da sociedade. Ou seja, procede-se a sua despersonalização, sendo a detenção do infrator um mecanismo Estatal garantidor do direito de segurança exigido pelo cidadão frente ao perigo persistente emanado por estes indivíduos. Já o direito penal do fato mantém o infrator como cidadão, aplicando-se a medida necessária para a sua reinserção social.

Para Jakobs, o cidadão seria o autor de crimes "normais", que não violam as expectativas jurídicas da sociedade, enquanto o inimigo cometeria crimes de alta traição, e, estes sim, por abraçar uma atitude de rebeldia contra o conjunto normativo, possui capacidade de gorar as expectativas jurídicas, produzindo um verdadeiro estado de guerra contra a sociedade.<sup>96</sup>

Consequentemente, a pena imposta seria fundada como resposta a estrita violação praticada pelo cidadão, deixando, assim, de ser uma compensação de uma violação à eficácia da norma para se tornar uma medida de segurança em combate a factível ato futuro do inimigo do Estado.<sup>97</sup>

Por fim, defende-se a adequação do sistema processual penal inquisitório<sup>98</sup> contra o inimigo, admitindo-se investigações sigilosas, interceptações telefônicas, privação à defesa, a imprescindibilidade da prisão preventiva etc., resguardando o princípio acusatório ao cidadão, obviamente, abarcando a este os princípios constitucionais fundamentais, tais quais a ampla defesa, o da inexigibilidade de autoincriminação etc.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 5.

<sup>97</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 7.

<sup>98</sup> Modelo processual penal em que um só membro investiga, defende, julga, condena e executa o réu. A ampla defesa e o contraditório são rechaçados, admitindo-se a tortura como meio de alcançar a confissão, sendo o réu um objeto da perseguição, e não sujeito de direitos.

<sup>99</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 11.

Entende-se que aquele tipo de ato contrário a vigência da norma se dá por princípio, logo, o inimigo não disponibiliza de comportamento pessoal e, por este motivo, o direito penal do inimigo tem o intuito de despersonaliza-lo. Este mecanismo processual, inquisitório, de contraposição aos inimigos, será em forma de guerra, com intuito de devastação do terrorismo, ou, ao menos, a morte do terrorista, ainda que enseje, conseqüentemente, na morte de terceiros inocentes.<sup>100</sup>

Por tudo exposto, a essência do direito penal do inimigo seria a eliminação de um perigo e, na concepção de Jakobs, não é legítima a aplicação desse sistema para todo e qualquer comportamento desviante, sendo destinado, como já exemplificado, na seara da criminalidade econômica do terrorismo, do tráfico de drogas e de outras formas da chamada criminalidade organizada.

O sistema processual a ser aplicado pelo direito penal do inimigo contraria seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro.<sup>101</sup> Eis que Jakobs defende a impossibilidade de denominação da persecução penal no direito penal do inimigo como processo judicial próprio, mas que melhor se intitularia como "procedimento de guerra", e concluindo que, tanto no direito material como nas regras de direito processual do inimigo, a essência real está focada na erradicação de riscos terroristas a qualquer custo.<sup>102</sup>

### **3.2 Os problemas da proposta do Direito Penal do inimigo no sistema jurídico brasileiro**

Conforme já explanado no primeiro capítulo, destaca-se a circunstância judicial da personalidade do agente prevista no artigo 59, do Código Penal, como nítido resquício do direito penal do autor. Pois, o agravamento da pena com fundo neste instituto se dá não em razão da conduta praticada, estritamente falando, mas, substancialmente, em

---

<sup>100</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 11.

<sup>101</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 11.

<sup>102</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

virtude de um hipotético risco social que o réu representa pelo o que ele é, supostamente, e não com fundamento na sua ação.

Dado que já evidenciada a proposta de Günther Jakobs, passar-se-á a contraditá-la sustentando a inadequabilidade deste sistema penal tanto sob a óptica da criminologia contemporânea quanto da Constituição Federal de 1988. Inclusive, por não aderir a corrente em que a individualidade é causa de penalização simplesmente pelo fato dos indivíduos divergirem, saltarão aos olhos as incompatibilidades do direito penal do inimigo no que concerne ao sistema garantista adotado no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de que seja desprezada a progressão do direito penal.<sup>103</sup>

Uma vez instituída que as normas jurídicas serão divorciadas das regras morais, restou configurada a amoralidade do Estado, conforme disposto no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".<sup>104</sup> Ou seja, a conclusão é pela inadmissão de apenamento em razão valores morais, uma vez que esta previsão agrega natureza de indisposição a tal preceito.<sup>105</sup>

Portanto, o juízo acerca da personalidade do agente é medida que contraria o princípio da secularização, uma vez que agrava a pena diante da valoração moral do 'ser' do acusado, ou seja, possibilita uma invasão discricionária à esfera individual da pessoa sujeita de direitos, punindo-se os indivíduos por convicções, idéias e pensamentos.<sup>106</sup>

Colaborando com este entendimento, Nilo Batista explica que o direito penal de intervenção moral é essência do direito penal da inquisição, sendo o processo de secularização operador de uma minimização da intervenção Estatal no íntimo do indivíduo

---

<sup>103</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 212

<sup>104</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>105</sup> VIANNA, Túlio, MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2008/pr/pr18.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 2.

<sup>106</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 49.

por meio do direito penal, resguardando o postulado fundamental do absoluto direito à diferença.<sup>107</sup>

Em consonância, disserta Ferrajoli que o princípio da separação entre direito e moral implica a impossibilidade do juízo versar sobre o caráter, moralidade, ou particularidade da personalidade do réu, mas devendo se restringir a fatos penalmente censurados que lhe são atribuídos. Estes sim, serão, necessariamente, submetidos as afirmações da acusação bem como as refutações da defesa, tutelando-se o emprego dos princípios da ampla defesa e do contraditório. O julgador deverá emitir veredictos apenas pelo ato praticado, tutelando a segurança dos cidadãos e promovendo o impedimento de que lesem uns aos outros, jamais pelo que é.<sup>108</sup>

Da mesma forma, ter que a pena ou a sua majoração tem o escopo de, compulsoriamente, atingir a modificação do condenado, ainda que ostentasse transtorno de personalidade, significaria dar ao Estado o poder totalitário de provocar mudança no íntimo pessoal do jurisdicionado, possibilitando até mesmo a padronização, negando, de modo consequente, o direito à diferença.<sup>109</sup>

Por tais motivos entende que o Estado não pode penalizar a esfera do pensamento, do caráter, pois a intervenção estatal limitará a apenas no tocante a condutas danosas, previamente acordadas, sob pena do desvio, o que possibilitaria um regressão às incerteza do estado de natureza.<sup>110</sup>

Então, o Estado Democrático de direito não possui o poder de determinar que os cidadãos não sejam ruins, querendo prescrever suas intenções, vontades, questões de caráter, também está impossibilitado de tentar alterar - reeducar, redimir, recuperar,

---

<sup>107</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 4-5.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 208.

<sup>109</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 213.

<sup>110</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 6.

ressocializar etc. - a personalidade dos jurisdicionados. O Estado será detentor, neste aspecto, do direito de impedir que os indivíduos, reitera-se, cheguem a se destruir entre si.<sup>111</sup>

O pacto entre o Estado e o indivíduo prevê ressalvas, eis que este não aliena todos os seus direitos àquele, excetua um rol de garantias na qual a interferência é ilegítima, *verbi gratia*, a esfera da liberdade de pensamento e de consciência, instituindo-se um sistema de direitos e deveres recíprocos.<sup>112</sup> Desta feita, tem-se a essência do princípio secularizador de que todo e qualquer indivíduo goza do direito de optar ser e continuar sendo o que é, independente de ter intenção maligna, não se admitindo qualquer intervenção ao seu ser.<sup>113</sup>

Há, além disso, que se suscitado o princípio da lesividade<sup>114</sup>, uma vez que para que se proíba e, conseqüentemente, se puna atitudes também se faz *mister* ofensa a um bem jurídico de terceiros, sendo a proteção desses bens, juridicamente lesivos, a fundamentação da intervenção estatal, a fim de garantir a sua proteção e prevenção daqueles atos violadores.<sup>115</sup>

Portanto, o direito penal da contemporaneidade deve se fundar por um padrão formal de afirmação contundente do delito, da sua efetiva demonstração no sistema jurídica e sua consecutiva repreensão, não lhe sendo permitido adentrar ao mérito da questão da malignidade ostentada pelo réu.<sup>116</sup>

Repisa-se, aqueles adeptos do direito penal do inimigo defendem as relações humanas sob a óptica de um princípio maniqueísta, em que o bem e o mal são noções

---

<sup>111</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 208.

<sup>112</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 33

<sup>113</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 8.

<sup>114</sup> Qualquer ultraje a um bem jurídico pressupõe uma ação ou omissão com esta vinculada por um nexo de causalidade.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 208.

<sup>116</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 5.

absolutas e, conseqüentemente, o crime é livre manifestação dessa crueldade do autor, logo, deve ser apenado, não apenas na correspondência de seus atos, mas também a malignidade.<sup>117</sup>

Pelo mesmo fundamento, em razão dessa necessidade de liame entre a lesão a um bem jurídico e uma ação (ou omissão) humana que lhe dê causa, é que se faz fundamental a prévia positivação de condutas desautorizadas, pois, apenas dessa forma se poderá determinar qual bem jurídico foi violado, não sendo legítimo que se atenha apenas à periculosidade do autor.<sup>118</sup>

Pois a adoção da circunstância judicial da personalidade do agente, claramente, ligada ao direito penal do inimigo é inconciliável com a Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que se funda na tutela de valores morais, logo, segundo a lei maior, o direito penal brasileiro há de ser alicerçado á luz de um direito penal do fato, apoiado na guarida de bens jurídicos.<sup>119</sup> Então, a verificação da personalidade do agente na dosimetria da pena é contrária aos princípios constitucionais da amoralidade e da lesividade.

E diante de um Estado Democrático de Direito, o reconhecimento da relatividade de todo e qualquer conceito moral é pressuposto fundamental, pois se trata do resguardo às diversidades e pluralidades morais dos sujeitos de direito.<sup>120</sup> Retornando-se, ao pressuposto do Estado amoral.

---

<sup>117</sup> VIANNA, Túlio, MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2008/pr/pr18.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 5.

<sup>118</sup> VIANNA, Túlio, MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2008/pr/pr18.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 4.

<sup>119</sup> VIANNA, Túlio, MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2008/pr/pr18.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 5.

<sup>120</sup> VIANNA, Túlio, MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2008/pr/pr18.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 5.

A fim de contraditar a teoria do direito penal do autor, também aclama-se o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (inocência), previsto no artigo 5º, inciso LVII, *ipsis literis*: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".<sup>121</sup>

Logo, um fato criminoso só poderá ser considerado no cálculo da pena caso haja, comprovadamente, sentença penal condenatória com trânsito em julgado contra a sua pessoa. O raciocínio contrário a este posicionamento é a consequente admissão de penalidade sem culpa, violando o princípio da culpabilidade.<sup>122</sup>

É conclusivo que, apesar do réu ostentar inúmeros procedimentos penais em curso, estes não serão aptos a ensejar valoração negativa da personalidade do agente para a dosagem da pena, isto porque a Constituição brasileiro presume a inocência nestes inúmeros processos em andamento, o que sustenta a segurança jurídica empregada pelo legislador.

Cirino também pontua problemas na concepção de Jakobs, por entender que a divisão no tratamento, ainda que apenas no âmbito penal, entre criminoso cidadão e inimigo, insere a validade de um sistema jurídico penal desigualado, eis que, derivado das condições específicas do jurisdicionado, violando, dessa forma, a igualdade perante a lei prevista no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.<sup>123</sup>

Ademais, sustentando a importância de resguardar o princípio da igualdade de jurisdição, lembra da origem desta garantia, a qual é proveniente do princípio democrático das revoluções burguesas<sup>124</sup>, fundadas sob a igualdade formal de uma previsão legal geral

---

<sup>121</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>122</sup> VIANNA, Túlio, MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2008/pr/pr18.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 7.

<sup>123</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 12.

<sup>124</sup> Tratam-se dos progressos históricos protagonizados pela camada burguesa, ligada ao comércio, e que foram primordiais para superação do sistema absolutista.

aplicável a todas as pessoas, durante todo o tempo.<sup>125</sup> Ou seja, recorda a magnitude da regressão antes vivenciada pela desigualdade real, possibilitando denotar o potencial prejuízo desse Estado absolutista. Cirino argumenta que, *ipsis literis*:

"[...] quando o Estado Democrático de Direito precisa ser instituído ou desenvolvido na América Latina e no Terceiro Mundo – ou consolidado nos países centrais do sistema político-econômico globalizado –, a proposta do direito penal do inimigo promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar mínimas promessas constitucionais de democracia real para o povo."<sup>126</sup>

Destarte, a crítica do autor vai além das questões jurídicas, o que, de fato, não pode ser olvidado na abordagem do tema. Em que pese estar vigente no sistema normativo brasileiro uma constituição reconhecida mundialmente como exemplo de defesa e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, tem-se que na realidade, dentro das possibilidades físicas do país, ela é desconsiderada diuturnamente, eis que o Estado como garantidor de sua eficácia não se vê capaz de aplicá-la. Seja por problema de gestão ou por questão cultural, existe um abismo real entre os direitos e garantias positivados na norma constitucional e a realidade aplicada no cotidiano.

Todavia, voltando a crítica inicial, verdade é que um direito que abarca um mecanismo de controle social autoritário é capaz, dentro do sistema brasileiro, de causar danos imensuráveis principalmente àqueles marginalizados que já se vem prejudicados dentro de um sistema máximo de proteção do indivíduo humano.

Já sob uma perspectiva da Criminologia Crítica, há de se lembrar da desatualização da proposta de Jakobs em vista das teorias da criminalização contemporâneas, em que o crime é tido como fenômeno social oriundo da lei penal e o delinquente como

---

<sup>125</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 12.

<sup>126</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 12.



indivíduo estigmatizado pelo sistema criminal, restando latente a criminalização exclusiva do oprimido pelos procedimentos de delimitação de delitos e de persecução criminal.<sup>127</sup>

A adoção da teoria do direito penal do inimigo é capaz de agravar ainda mais a violência autoritária sofrida pelas classes menos favorecidas pelo poder econômico e político. Pois, em que pese a proposta do direito penal do autor seja de guerra contra os futuros indivíduos incursos em crimes econômicos, sexuais, de tráfico de drogas e dos infinitos sistemas da criminalidade organizada, a tolerância zero contra condutas delituosas tem se aplicado tão somente aos marginalizados, população carente e de baixo desenvolvimento, como, a valer, tem sido a regra.

Cirino ainda complementa esta ingenuidade do sistema penal idealizado por Jakobs, sedimentada em ignorar as evoluções científica alcançadas pela Criminologia Crítica e controle social nas sociedades modernas, ao argumentar que a causa da marginalidade tem sido, na realidade, o desemprego e a privação dos direitos de cidadania, e não havendo falar em violação do contrato social por princípio.<sup>128</sup>

E, como bem lembrado, a teoria do direito penal do inimigo omite a separação fática entre os objetivos aparentes do sistema penal, retribuição, prevenção especial, e os objetivos reais desse sistema, o qual, na realidade, possibilita a manutenção das desigualdades sociais do capital/trabalho assalariado, discutido na teoria crítica da criminologia.<sup>129</sup> Ou seja, num sistema penal apto a ser útil, não se pode admitir a separação da

---

<sup>127</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 14-15.

<sup>128</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 15.

<sup>129</sup> PASUKANIS *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 17.

teoria jurídica da pena em face da veracidade vivida no sistema penal, ou o caos será uma real perspectiva.<sup>130</sup>

Complementando, aponta um equívoco na teoria, eis que enxerga as relações jurídicas e a política adotada pelo Estado como sistemas independentes na base econômica e distribuição de renda das camadas sociais, o qual inviabiliza a compreensão de que “todo sistema de produção tende a descobrir o sistema de punição que corresponde às suas relações produtivas”. Fato este que, em verdade, influi diretamente na relação entre potencial econômico e o sujeito de direito marginalizado dentro do sistema penal nas sociedades capitalistas.<sup>131</sup>

Ademais, a moderna criminologia, diferentemente do pensamento de Jakobs quanto ao terrorista, idealiza soluções políticas contra esta criminalidade, e não exatamente uma resposta autoritária e violenta do sistema penal de despersonalização que, inclusive, é nítida violadora da máxima garantia da dignidade da pessoa humana. Portanto, conforme argumenta Cirino, retratando a sua irresignação bem como externando seu posicionamento, contra a admissão da violação de inocentes em prol do extermínio do inimigo do Estado, *in verbis*: "Afinal, assim como o terrorismo é a guerra de grupos de indivíduos contra o poder do Estado – por exemplo, Al Qaeda contra EUA –, a guerra é o terrorismo do Estado contra comunidades indefesas – por exemplo, EUA contra o povo do Iraque".<sup>132</sup>

A intervenção punitiva em que o ser humano é desprovido da condição de pessoa é contrário a concepção política do Estado constitucional de direito, medida esta

---

<sup>130</sup> SANTOS *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 17

<sup>131</sup> SANTOS *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 17

<sup>132</sup> SANTOS *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 18

inadmissível até em condição de guerra, eis que, na teoria política, a privação do caráter humano ao indivíduo é característico do repudiado Estado absolutista.<sup>133</sup>

Também cabe lembrar que Jakobs sustenta a criminalidade econômica, sexual, organizada ou terrorista como condutas a serem contrapostas sob o direito penal do autor, eis que, com fulcro no conceito de personalidade, estabelece que estes indivíduos seriam incapazes de aceitar as expectativas normativas, logo teriam personalidade de inimigos. Todavia, o autor olvidou a contenda científica (supra narrada) acerca da definição de personalidade no âmbito da ciência responsável.<sup>134</sup> Lembrando que, se a própria psiquiatria não está seguramente hábil para emitir diagnóstico sobre a personalidade do agente, também não se pode esperar que o julgador tenha condições mínimas de alcançar este juízo.<sup>135</sup>

De toda forma, a constatação de personalidade desvirtuada, se é que fosse possível, deveria repercutir, de forma diferente, a fim de que fosse disponibilizado ao réu um apoio técnico, para que se superasse tal patologia e buscasse a elevação social e humana.<sup>136</sup>

Inclusive, há de ser apontada a impossibilidade da despersonalização do criminoso, eis que, não é racional priva-lo de seus direitos e garantias, uma vez que se crê na sua ressocialização, logo, é contraditório dispor de tratamento desumanizado para o indivíduo que será reinserido no convívio social, ou seja, é imprescindível que se mantenha o *status* de pessoa.<sup>137</sup>

Não bastando o argumento de que a proposta do direito penal do inimigo fosse violadora direta aos princípios constitucionais internacionais, não se pode olvidar que o

<sup>133</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 12-13.

<sup>134</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 14.

<sup>135</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 49.

<sup>136</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 213.

<sup>137</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25

intuito de Günther Jacobs é sua aplicação em casos extremos, ou seja, àqueles que praticam ações de crimes econômico, organizado, sexual, terrorismo etc. Não que os *numerus clausus* estipulados pelo autor sejam legítimos, mas sim que dentro do ordenamento jurídico brasileiro a punição como inimigo do Estado tem sido generalizada, eis que qualquer jurisdicionado no processo penal estará sujeito a submissão da sua pena sob a perspectiva do direito penal do autor, contrariando não só o modelo jurídico positivado na constituição bem como a teoria.

Então, ressaltar-se que, além do risco de contrariar as perspectivas da Criminologia Crítica, o sistema penal proposto pelo direito penal do autor enseja num possível retrocesso, eis que o princípio da desigualdade, bem como a substituição do devido processo legal por ações de guerra contra o inimigo são aptas a provocar violações aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.<sup>138</sup>

Ademais, em que pese declarar não serem julgadas as perversões, as agressividades, os impulsos e desejos do réu, mas somente as agressões por ele cometidas, na realidade, essas sombras da causa são passíveis de julgamento e de punição. Mais uma vez, na avaliação da personalidade do agente, denota-se o usufruto da pena com o intuito de controlar o apenado, a fim de anular sua periculosidade, e não de uma sanção propriamente adequada ao ato praticado, a qual buscaria sua ressocialização.<sup>139</sup>

Esta reflexão de Foucault ainda se faz atual dentro do sistema jurídico-penal brasileiro, eis que na Constituição Federal de 1988 são tutelados os princípios da lesividade e da separação de direito e moral. Todavia, no Código Penal, por meio da análise da personalidade do agente, entre outros, incrimina-se condutas, não por lesarem bem jurídicos alheio, mas sim por desaprovação da coletividade, perfazendo-se objeto de apreciação moral.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> SANTOS *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 20.

<sup>139</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 22.

<sup>140</sup> VIANNA, Túlio, MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2008/pr/pr18.pdf>> Acesso em: 21 set. 2014. p. 10.

Há, portanto, que ser resguardado o modelo político-criminal em que se estabeleça a intervenção mínima do Estado, ou seja, que este respeite, de maneira cabal e universal, o 'ser' da pessoa humana, eis que esta terá o dever de cumprir a determinação legal, lhe sendo permitido o direito de ser intimamente perverso e continuar sendo sem a intromissão em seu âmago pelo controle social.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 10.

## CONCLUSÃO

Na abordagem geral da dosimetria, conclui-se que essa ocorre tão somente após ao convencimento do juízo acerca da materialidade e da autoria. Elucidou que o sistema adotado é dividido em três fases, análise das circunstâncias judiciais, das circunstâncias agravantes e atenuantes, a incidência de causas de aumento ou diminuição da pena. Em razão da problemática, o foco foi desenvolvido mais restritamente à uma circunstância judicial.

A circunstância judicial da personalidade do agente, no âmbito da dosimetria da pena, está sopesada de variáveis significados no âmbito da bibliografia pesquisada. O próprio instituto da personalidade *per se* é, comumente, considerado um produto complexo e instável, ou seja, um retrato cheio de nuances e, portanto, não muito esclarecedor acerca do próprio agente.

Para aqueles que se arriscam em conceituar esta circunstância judicial, argumentam referir-se aos atributos pessoais do indivíduo, ou seja, é examinado o seu caráter, sua cultura, manifestações de agressividade, perfazendo um perfil psíquico do acusado.<sup>142</sup> Há ainda quem argumente ser um reflexo do grau de instrução do apenado, idealizando que o indivíduo bem instruído é detentor de boa personalidade.<sup>143</sup> Inclusive, ainda relata-se que as pessoas comuns taxam os indivíduos que não seguem as normas do convívio social, incidindo em práticas reiteradas de crimes, como antissociais, logo, obtendo o título de personalidade desajustada.<sup>144</sup>

De forma geral, entendem que aferir a personalidade do agente na dosimetria é trazer à tona os seus desvios morais, elaborando-se o retrato psíquico do sentenciado, no qual inclui-se a análise da sua periculosidade, apto a influir para o agravamento da sua pena. Conclui-se que a própria doutrina admite como hipótese a problemática, que é a própria conceituação desta circunstância judicial.

---

<sup>142</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 50.

<sup>143</sup> MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Manual de Direito Penal*. Belo Horizonte: Lemi, 1954. v. 2. p. 93.

<sup>144</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 207.

Mas, também existem aqueles que defendem a inaplicabilidade da referida circunstância, seja em razão da impossibilidade da sua aferição pelo magistrado, seja com fulcro no argumento de que a personalidade do agente seria um instituto do direito penal do inimigo, logo incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro.

A primeira corrente conclui que o juiz não possui capacidade técnica para aferir a personalidade do apenado fundando-se apenas no que foi delineado no curso do processo penal, sem o auxílio de especialistas (psicólogos, psiquiatras).<sup>145</sup> Também é aclamado o argumento de que no próprio campo da psicologia é perceptível grande diversidade de concepções na teoria da personalidade.<sup>146</sup> Sendo assim, diante de um sistema garantista como o adotado no Brasil, é defeso a análise de uma circunstância judicial de maneira superficial, uma vez que essa aferição é causa de tamanho gravame, na realidade imensurável, que é a exacerbação na perda da liberdade.

Denota-se que talvez não seja a solução transferir a análise da personalidade do agente para a psicologia ou para a psiquiatria, pois até essas ciências ostentam inúmeras divergências e contradições acerca da sua conceituação. De toda forma, é notável a insegurança gerada, tanto no ramo do direito quanto das ciências da mente, diante das incertezas trazidas por este instituto.

Além disso, cabe citar problema experimentado pelo sistema prisional, quando da obrigatoriedade de exame criminológico para progressão de regime. Eis que em razão da deficiência do aparato Estatal em dispor de técnicos aptos a realização os exames criminológicos dos reeducandos, a segregação por vezes era postergada de forma indefinitiva e desumana, tendo sido um dos motivos da sua atual facultatividade. Da mesma forma, ainda nos dias correntes, esta insuficiência de profissionais da área de psicologia ou psiquiatria seria um problema para corresponder com a demanda de jurisdicionados, na dosimetria da pena.

De outro modo, diante do Estado Democrático de Direito adotado, o réu deve ser visto como sujeito possuidor de direitos e passível de punição em virtude de fatos por ele praticados, e não por características que possua e que fazem ele ser o que é, por ser defeso

---

<sup>145</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p. 400.

<sup>146</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 113.

ao Estado invadir a esfera subjetiva da pessoa. E é nesta linha de pensamento que se alicerça a segunda corrente.

Então, esta corrente evidenciou que a personalidade do autor possui liame com a corrente de pensamento denominada direito penal do autor. Ou seja, aquele sistema penal que intitula o criminoso como inimigo, eis que a reprovabilidade estatal e a aplicação da pena baseia-se não no fato ilícito ocorrido, mas sim na maneira de ser do agente, na sua periculosidade social, lhe aplicando, na realidade uma medida de segurança a fim de afastá-lo do convívio social ao invés de buscar a sua reeducação.

Pelo exposto, surge um embate entre os que argumentam pela capacidade dos magistrados de analisar a personalidade do réu, defendendo a sua observância na dosimetria e, antagonicamente, aqueles que defendem a inaplicabilidade da referida circunstância, seja com base na impossibilidade da aferição pelo sentenciante, seja com o argumento da sua incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

Diante disso, optou por realizar um balanço da inadequação da aferição da personalidade do agente, para que, ao final, se possa tirar conclusões mais claras acerca da insustentabilidade deste instituto dentro do sistema jurídico-penal brasileiro.

No segundo momento da pesquisa, em que se fez análises de julgados, deduziu-se entendimentos contraditórios acerca da aferição da personalidade. Inclusive, destacou-se dois posicionamentos emanados pela mesma turma em um curto período de tempo. No segundo julgado, em razão de ter sido reconhecido o laudo técnico como fundamento idôneo para estimar a personalidade do agente, enquanto, no terceiro, entendeu pela não correlação da personalidade prevista no Código Penal aos conceitos controversos deste instituto na esfera da psicologia.

Então, apesar da similitude fática, em um momento a corte reconhece o laudo técnico como eixo probatório hábil para aferir a personalidade do agente, restando-se latente a relevância atribuída ao parecer do profissional, enquanto no outro acredita-se na apreciação dessa circunstância sem a necessidade de abarcar conceitos técnicos-científicos específicos do estado mental do sentenciado, trazendo o encargo de aferir a personalidade ao



julgador. Não bastando, fundamenta sua agravação com critérios cívicos e morais que julga ser idôneos a fim de refletir na ponderação na dosimetria da pena.

Portanto, em que pese a proximidade temporal entre as decisões, visto que o segundo foi julgado em 18 de março de 2014 e o terceiro no dia 11 de fevereiro de 2014, inclusive, de relatoria da mesma Ministra, ainda assim se fez estampar a instabilidade que tem sido a influência da personalidade do agente na dosimetria da pena.

Desta humilde análise, tentou-se demonstrar a possível insegurança jurídica gerada da análise da personalidade do agente, o que se, devidamente comprovada, haveria que ser contornado. De toda forma, por tais dificuldades, é irremediável que este quadro enseje o surgimento de discussões a respeito da ponderação ou da própria constitucionalidade da circunstância judicial da personalidade do agente

Infere-se que, as dificuldade prelecionadas na pesquisa bibliográfica no tocante a definição e aferição da personalidade do agente nos casos concretos restaram comprovada. E essa instabilidade ensejou uma margem à adoção da arbitrariedade, o que, em verdade, deve ser evitado ao máximo em um sistema garantista como o brasileiro.

No terceiro e último capítulo, retornando-se à proposta final do primeiro capítulo, qual seja a de que o réu só deve ser apenado em razão da conduta por ele praticada, e não em razão da periculosidade que ostenta, do seu caráter, do seu ser, pois a sua moral é tida como de bem jurídico indisponível. Logo, fez-se uma ligação entre o agravamento da pena mediante a aferição da personalidade do agente com o direito penal do inimigo.

Por esta razão, constatou-se que a teoria do direito penal do inimigo implica na eliminação do indivíduo que praticou crime, mediante a sua despersonalização, por se portar como perigo iminente ao convívio social. O caminho traçado para neutralizar a periculosidade desse agente é por meio da imposição de uma medida de segurança, afastando-o do convívio social.

Então, a aferição da personalidade do agente a fim de agravar a pena em razão da sua periculosidade relaciona-se com a teoria do direito penal do inimigo. Eis que, apenar com fundo neste instituto se dá, não em razão da conduta estritamente praticada, mas,

substancialmente, em virtude de um hipotético risco social que o réu representa pelo o que ele supostamente é, e não pelo o que ele verdadeiramente fez. A natureza do apenamento em razão da pessoa (personalidade) do acusado visa, em verdade, o afastamento desse ser perigoso da sociedade. Desvirtuando daquela intenção garantista de reeducação e conseqüente reinserção social.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 tutela os princípios da lesividade e da separação de direito e moral, não parece legítimo que no Código Penal, por meio da análise da personalidade do agente, entre outros, incrimine-se a pessoa do acusado. Pois, o agravamento mediante a personalidade não se dá pela lesão, propriamente, de bem jurídico alheio, mas sim por seu potencial ofensivo ou desaprovação da coletividade, perfazendo-se objeto de apreciação moral.

Dessa feita, pesquisa não se ateve em detectar apenas as incongruências doutrinárias e jurisprudenciais em relação a circunstância judicial da personalidade do agente. O objetivo tornou-se também abordar o argumento pela necessidade de extinção da análise da personalidade do agente do sistema-jurídico penal. Eis que, e em face do estudado, tendeu-se a concluir pela sua incompatibilidade com preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Conforme estudado, à luz do Estado Democrático de Direito, o réu tem a prerrogativa de ser intimamente perverso sem a intromissão em seu âmago pelo controle social, desde que isso não se perfaça no mundo físico. Sendo dissonante deste sistema qualquer avaliação apta a agravar o apenamento com base na personalidade do apenado.

Logo, a intervenção mínima do Estado deve ser norteadora assídua naquilo que se refere à aplicação da pena, devendo ser respeitado, de maneira cabal e universal, o 'ser' da pessoa humana. Pelo exposto, não haveria de ser legitimado ao aplicador do direito o poder de alcançar a intimidade ou aferir a potencial ofensividade do jurisdicionado.

Ao final, parece intuitivo concluir que, se a solução não passa por uma desconsideração completa da circunstância em **análise**, o ideal seria ao menos a tentativa de definir parâmetros e diretrizes gerais de aferição da personalidade, a serem seguidas pelo aplicador do direito.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Ricardo Luiz de. A personalidade do agente como circunstância judicial na aplicação da pena. *Boletim IBCRIM*. São Paulo, volume 104, p. 14, jul. 2001. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/123-104---Julho---2001#](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/123-104---Julho---2001#)>. Acesso em: 15 maio de 2014.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal: doutrina, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 25 out. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial nº 1.113.688 - RS. Agravante: M A P. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 18 de março de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900650666&dt\\_publicacao=28/03/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900650666&dt_publicacao=28/03/2014)>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 256.569/SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Regiane Gomes Ribas. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 18 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201202132110>>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 278.514/MS. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Antônio Guilherme Rios da Fonseca. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303303775&dt\\_publicacao=28/02/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303303775&dt_publicacao=28/02/2014)>. Acesso em: 25 set. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

LYRA, Roberto; HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal: artigos 28 a 74*. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1958. v.2.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 2002.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Manual de Direito Penal*. Belo Horizonte: Lemi, 1954. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

MOTTA, Alessandra Costa da Silva. Uma análise sobre a aplicação do direito penal do autor nos dias atuais relacionada ao pensamento de Lombroso. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13862&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13862&revista_caderno=3)>. Acesso em: 15 maio 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo : Saraiva, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

———. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 113.

———. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

SANTOS, Pedro Sérgio dos; VIEIRA, Mara Lúcia Almeida. Análise da Personalidade para Fixação da Pena: Contradições e Ilegalidades no Artigo 59 do Código Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, p. 111-118, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/454/r141-09.pdf?sequence=4>> Acesso em: 15 maio 2014.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e sua execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Atlas, 2004. v.1.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIANNA, Túlio, MATTOS, Geovana. *A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2008/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

———. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

———. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.