

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DIRCEU SZYMONKA

**INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: A VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO  
COLABORADOR NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

CURITIBA

2018

DIRCEU SZYMONKA

**INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: A VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO  
COLABORADOR NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

Monografia apresentada ao curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Priscilla Placha Sá

CURITIBA

2018

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

DIRCEU SZYMONKA

### **INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: A VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO COLABORADOR NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Priscilla Placha Sá.

Orientadora – Setor de Ciências Jurídicas - UFPR.

---

Prof. Dr. Paulo César Busato.

Setor de Ciências Jurídicas - UFPR.

---

Prof. Me. Décio Franco David.

Setor de Ciências Jurídicas - UFPR.

Curitiba, 22 de novembro de 2018.

*Dedico este trabalho aos meus pais, Maria Eunice e Nelson,  
pelo incentivo e apoio incondicional,  
não só durante os cinco anos do curso de Direito,  
mas por toda a minha vida.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que iluminou e guiou meu caminho durante essa caminhada.

Aos meus pais, exemplos de força, perseverança e honestidade, que, mesmo em meio a tantas dificuldades, nunca mediram esforços para que eu pudesse realizar esse sonho e sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos.

À minha orientadora, Professora Dr.<sup>a</sup> Priscilla Placha Sá, pela confiança, atenção e dedicação que tornaram possível a realização da presente monografia.

A todos os professores e professoras da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que se dedicaram a ensinar e compartilhar todo o seu conhecimento.

E a todos os amigos, colegas e demais pessoas que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

“Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão  
dar contornos definidos e inequívocos à  
condição que o limita.”

*Rui Barbosa*

## RESUMO

O presente trabalho refere-se ao tema da personalidade do colaborador como circunstância determinante para a aplicação do prêmio decorrente do acordo de colaboração premiada, disciplinado pela Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa). Como introdução à temática proposta, foi necessária a apresentação de um panorama geral acerca da relação existente entre a personalidade e o campo do Direito Penal, sendo indispensável o breve desenvolvimento do tema da individualização da pena, momento em que a referida circunstância demonstra acentuada relevância. Desse modo, partindo das principais perspectivas doutrinárias a respeito do assunto, buscou-se visualizar as discussões centrais quanto à análise da personalidade como circunstância judicial e sua incidência no momento de fixação da pena-base. A partir desse estudo preliminar, foi realizado o exame da personalidade no âmbito da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013), norma esta que, embora não tenha sido a primeira a se ocupar do acordo de colaboração premiada, procurou preencher as lacunas deixadas pelas legislações anteriores, abordando o instituto de forma detalhada e tratando não apenas de seus aspectos materiais, mas também processuais. Nesse contexto, o trabalho se voltou à abordagem do tema da personalidade do colaborador como elemento subjetivo a ser analisado para a aplicação do benefício decorrente do acordo de colaboração, procurando expor as questões relevantes quanto à possibilidade de verificação de tal requisito no caso concreto e sua pertinência para os fins pretendidos.

Palavras-chave: Direito Penal. Individualização da pena. Personalidade. Colaboração premiada. Lei nº 12.850/2013.

## **ABSTRACT**

The present paper analyses the personality of the collaborator as a determining circumstance for the application of the prize resulted from the plea-bargaining agreement, governed by Law nº 12.850/2013 (Criminal Organization Law). As an introduction to the thematic, it was necessary to present an overview about the relationship existent between a moral behaviour and the field of criminal law, and, for that, a brief development of the topic of individualization of punishment became indispensable. A visualization of the central discussions about the personality as a judicial circumstance and its incidence in the moment of establishing the preliminary sentence was created based on the main doctrine about the subject. From this preliminary study, the moral personality was analysed under the Criminal Organization Law (Law 12.850/2013), which, although is not the first law to discuss the plea-bargaining agreement, was capable of fill in the gaps left by previous legislations, dealing with its both material and procedural aspects. In this context, the present paper encompass the collaborator personality as a subjective element to be analysed before the application of the plead-bargaining prize, in a attempt to expose the relevant questions regarding the possibility of its application in concrete cases and relevance to the intended purposes.

Key-words: Criminal Law. Individualization of Penalties. Plea-bargaining agreement. Law nº 12.850/2013.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 APLICAÇÃO DA PENA.....</b>	<b>10</b>
2.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA .....	10
2.2 MÉTODOS DE APLICAÇÃO DA PENA .....	13
2.3 PENA-BASE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS .....	17
<b>3 PERSONALIDADE DO AGENTE .....</b>	<b>22</b>
3.1 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS .....	22
3.2 DIVERGÊNCIAS QUANTO À ADOÇÃO OU REJEIÇÃO .....	26
3.3 INCIDÊNCIA NA FASE JUDICIAL.....	31
<b>4 A PERSONALIDADE DO COLABORADOR NO ÂMBITO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA .....</b>	<b>36</b>
4.1 A LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	36
4.2 A ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA.....	41
4.3 VERIFICAÇÃO DA PERSONALIDADE DO COLABORADOR NO CASO CONCRETO .....	43
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar o tema da personalidade no campo do Direito Penal, a partir do estudo da fase judicial da individualização da pena, momento em que o elemento da personalidade do agente se apresenta como circunstância determinante para a fixação da pena-base, e, em seguida, realizar a verificação das questões relevantes a respeito da personalidade do colaborador, enquanto elemento subjetivo a ser considerado para a concessão do benefício decorrente do acordo de colaboração premiada.

Para tanto, partiu-se do estudo da individualização da pena, princípio fundamental contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, todo indivíduo possui o direito de ter sua pena singularizada de acordo com as particularidades do caso concreto.

Nesse contexto, a personalidade do agente, trazida pelo art. 59 do Código Penal Brasileiro, como circunstância a ser considerada na fase judicial da individualização da pena, tem fomentado grandes discussões no campo do Direito Penal, tanto do ponto de vista doutrinário como jurisprudencial, sendo observada a existência de posições divergentes em relação ao tema.

Procurou-se, dessa forma, abordar o assunto a partir do levantamento dos principais posicionamentos doutrinários a respeito da matéria em questão, contrapondo-os no que diz respeito aos conceitos de personalidade, bem como quanto à viabilidade da aplicação ao caso concreto e sua incidência na fase judicial da individualização da pena.

Assim como no momento da dosimetria da pena, o elemento da personalidade do colaborador possui grande relevância no âmbito do acordo de colaboração premiada, previsto pela Lei nº 12.850/2013, que trata das Organizações Criminosas. Destarte, buscou-se abordar o tema à luz das questões previamente levantadas.

Dentre as problemáticas enfrentadas, procurou-se entender a função desempenhada pela análise da personalidade no âmbito da Lei de Organizações Criminosas e sua influência para a concretização do acordo de colaboração premiada, assim como verificar a existência de possíveis obstáculos para a sua averiguação no caso concreto.

## 2 APLICAÇÃO DA PENA

A pena privativa de liberdade, principal forma de punição criminal, é considerada a espinha dorsal do sistema penal, constituindo o núcleo a partir do qual se desenvolve a política penal brasileira (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 282).

Dessa forma, a aplicação da pena é tida como um dos momentos mais importantes do processo criminal, onde, comprovada a existência de fato que se amolda às dimensões do tipo penal e demonstrada a culpabilidade do agente, deverá o magistrado realizar a individualização da reprimenda penal, de forma a estabelecer o montante necessário e suficiente para a reprovação do delito cometido (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 307).

### 2.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O arbítrio judicial, que permeou os tempos medievais e imediatamente posteriores, dando ao direito punitivo um caráter de insegurança, violência e crueldade, resultava de um regime penal aberto em que a pena, em sua medida e em seus processos de execução, ficava, em regra, fora de determinação legal (BRUNO, 2009, p. 60).

Como uma primeira reação ao referido arbítrio judicial, onde não haviam limites claramente estabelecidos para a determinação da sanção penal, houve a adoção de uma pena fixa, que representava um “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delinquente. Contudo, percebeu-se que, assim como a indeterminação absoluta, uma absoluta determinação também seria inconveniente, impedindo o ajustamento da reprimenda à realidade concreta. Constata-se esta que motivou a evolução para uma determinação relativa, como se observou no Código Penal Francês de 1810, que trouxe a previsão de limites mínimo e máximo, dentre os quais deveria variar a mensuração da pena a ser aplicada pelo magistrado. Essa concepção foi o ponto de partida para muitas das legislações modernas, que procuraram estabelecer os limites dentre os quais o juiz deve estabelecer, de maneira fundamentada, a pena aplicável ao caso concreto. Essa orientação deu sustentação ao desenvolvimento do princípio da individualização da pena (BITENCOURT, 2008, p. 587-588).

O princípio da individualização da pena é preceito fundamental incluído no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Brasileira de 1988, o qual preconiza que as penas impostas aos infratores devem ser individualizadas e particularizadas conforme a conduta e as características pessoais do indivíduo, bem como pela natureza, circunstâncias, motivos e resultados provenientes dos crimes cometidos. A individualização é, dessa forma, uma das chamadas garantias criminais repressivas, constituindo postulado básico da justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, judicial ou no momento executório, como será adiante exposto (MIRABETE, 2012, p. 301).

Individualizar a pena, segundo Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 34), tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, adequando-a as particularidades de cada caso, quanto ao montante a ser aplicado, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que existam inúmeros coautores de um mesmo crime. Desse modo, sua finalidade e importância consistem na fuga da padronização da pena, da mecanizada aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, buscando-se evitar a adoção de qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado e empobrecido.

Nesse sentido, Paulo César Busato (2013, p. 870) assevera que, uma vez havida a condenação de um agente pelo cometimento de um crime, é dever do juiz e direito do condenado que seja realizado o procedimento de individualização da pena a ser fixada. Assim, havendo vários delitos, deverá o juiz individualizar a pena de cada um deles, aplicando ao seu autor a pena que corresponde exatamente ao ilícito praticado. Da mesma forma, havendo vários partícipes do mesmo delito, deverá o juiz individualizar a pena de cada um dos réus, devendo ser observadas as características objetivas e subjetivas que permitam oferecer uma resposta pessoal como consequência da prática delitiva.

Como anteriormente mencionado, a ocorrência da individualização da pena pode ser observada em três momentos distintos: individualização legislativa, entendida como sendo o processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial, a qual é elaborada pelo juiz na sentença, caracterizada como a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais; e individualização executória, aquela

que ocorre no momento mais crítico da sanção criminal, o do seu cumprimento (BITENCOURT, 2008, p. 588).

Portanto, compete ao legislador a incumbência de fixar, no momento de elaboração do tipo penal, as penas mínima e máxima, entendidas como suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do ilícito penal, tendo em conta os critérios de proporcionalidade fixados antecipadamente pelo constituinte. Observando a faixa de pena previamente estabelecida, quando da ocorrência da infração penal e sua apuração, o juiz deverá eleger o montante concreto a ser aplicado ao condenado. Finalmente, caberá ao magistrado incumbido da execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada, que deverá ocorrer de acordo com as peculiaridades de cada caso (NUCCI, 2009, p. 36).

Nessa esteira, cabe pontuar que os três estágios acima referidos sempre estarão interligados pela finalidade buscada por meio da aplicação da pena. Assim, dependendo de quais sejam os fins atribuídos à pena nos três momentos – cominação, imposição e execução da pena – a sua determinação variará de forma substancial. Isso deixa evidente que o pressuposto prévio para o sistema e para o conteúdo da determinação da pena é a postura que uma determinada sociedade cultiva a respeito dos fins pena, porque somente a partir desse prévio posicionamento poder-se-á definir o modelo de determinação penal a ser seguido em cada uma das três fases da individualização (ALONSO, 2000 apud NUCCI, 2009, p. 36-37).

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 35) acrescenta, ademais, que, do ponto de vista da individualização legislativa, existem basicamente quatro formas de se individualizar a pena: a) pena determinada em lei, não deixando margem para a escolha do juiz; b) pena totalmente indeterminada, permitindo ao juiz ampla margem de escolha para fixar o *quantum* que lhe pareça suficiente; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos flexíveis, adaptados ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal; e d) pena estabelecida em lei dentro de margens mínima e máxima, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum* dentro dos limites instituídos pelo legislador, sendo esta última, segundo o autor, a mais adotada e adequada ao Estado Democrático de Direito.

Insta pontuar que, na fase legislativa da individualização da pena, o legislador não detém uma liberdade absoluta para tipificar condutas ou cominar penas, ou seja, não pode o legislativo criminalizar e sancionar aquilo que bem entender, vez que sua ação política é orientada pelo comando normativo do devido processo substancial, previsto pela Constituição Federal, restando proibida a edição de leis incoerentes com o ordenamento jurídico (BOSCHI, 2013, p.149).

Ainda, nas palavras de Boschi (2013, p.149), na segunda fase é onde a individualização da pena é realizada em concreto, pelo juiz competente para o julgamento do caso, com referência nas margens mínimas e máximas estabelecidas pelo legislador, revelando, nessa fase, um esforço mútuo entre o Legislativo e o Judiciário para a efetivação do direito penal. E, por fim, na terceira fase, o juiz responsável pela execução, tendo por referência a pena concreta fixada na sentença condenatória, presidirá o processo de execução da pena.

Não obstante as considerações apresentadas até aqui, para os fins do presente trabalho, terá maior relevância a individualização da pena em sua fase judicial, por meio da qual o magistrado, de forma fundamentada, tendo como base os indicadores trazidos pelos artigos 59 e 60 do Código Penal, devendo proceder à análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime, bem como do comportamento da vítima, fica incumbido de fixar a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito cometido, observando para tanto os limites preestabelecidos pelo legislador (DOTTI, 2013, p. 643).

## 2.2 MÉTODOS DE APLICAÇÃO DA PENA

Tendo em vista a relevância da individualização judicial da pena, compreendida pela aplicação da sanção abstratamente prevista no tipo penal ao caso concreto, o legislador, buscando resguardar o princípio constitucional da individualização da pena, procurou estabelecer um método a ser adotado pelo magistrado no momento da dosimetria da pena.

Nesse sentido, o Código Penal Brasileiro de 1940, em sua redação original, trazia a definição do método de aplicação da pena em seu artigo 42, cujo conteúdo assim era apresentado:

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

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

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. (BRASIL, Lei 2.848, 1940, art. 42, revogado pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Infere-se do citado dispositivo, que o juiz, no processo de individualização e aplicação da pena, deveria considerar tanto as circunstâncias objetivas do delito, como os aspectos subjetivos relacionados ao agente que violou o tipo penal.

Não obstante, quanto ao método de aplicação da pena originalmente adotado pelo Código Penal, surgiram duas orientações divergentes. Preconizava a primeira uma operação realizada em três momentos: fixação da pena-base fundamentada nas circunstâncias judiciais; aumento ou diminuição em decorrência das circunstâncias atenuantes e agravantes; e aumento ou diminuição das causas gerais ou especiais nos limites fixados na lei. Conforme uma segunda orientação, deviam ser realizadas apenas duas operações, uma primeira consistente na fixação da pena-base, com a apreciação simultânea das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes, e a segunda com a consideração das causas de aumento e diminuição previstas na Parte Geral e na Parte Especial do código (MIRABETE, 2012, p. 302).

Essa segunda vertente, cuja idealização é vinculada ao magistério preconizado por Roberto Lyra, ficou conhecida como método bifásico. Segundo tal procedimento, como acima exposto, a melhor forma de proceder à individualização judicial da pena, seria promover a sua dosimetria em apenas dois momentos (CARVALHO NETO, 2003, p. 29).

Para Lyra (1955 apud NUCCI, 2009, p. 164), as circunstâncias atenuantes e agravantes deviam ser analisadas em conjunto com as circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base. Após, devia o juiz aplicar as causas de diminuição e de aumento. A razão para este posicionamento consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as circunstâncias legais, não existindo razões para separá-las.

Argumentava-se, ademais, que a operação trifásica poderia levar o juiz a considerar por duas vezes a mesma circunstância, como por exemplo, os maus antecedentes e a reincidência, incorrendo em *bis in idem* (MIRABETE, 2012, p. 302).

No entanto, com a reforma do Código Penal havida em 1984, foi resolvida a questão quanto ao procedimento a ser seguido, determinando a lei nova que o cálculo da pena deverá ser realizado em três etapas. É o que se verifica do disposto no artigo 68 do Código Penal, segundo a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. *In verbis*:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (BRASIL, Lei 2.848, 1940, art. 68, redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Outrossim, ficou expressa na Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84<sup>1</sup> a opção do legislador pelo método trifásico:

51. Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o quantum da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa.

Dessa forma, conforme a orientação trazida pela atual redação do Código Penal, o juiz deverá, inicialmente, fixar a pena-base, tendo em conta apenas as circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59. Em seguida, levará em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes, aumentando ou diminuindo a pena na quantidade em que entender prudente, dando ênfase às circunstâncias

---

<sup>1</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em: 18 set. 2018.

preponderantes. Finalmente, sobre este resultado, terá de aplicar os aumentos e diminuições previstos nas causas gerais e especiais (MIRABETE, 2012, p. 302).

Observa-se, pois, que, apesar dos argumentos favoráveis ao método bifásico, prevaleceu no Direito Penal brasileiro o método trifásico, cuja autoria é vinculada a Nelson Hungria.

Argumenta-se que tal modelo seja o mais detalhado, possibilitando às partes o conhecimento exato do pensamento do juiz no momento da aplicação da pena, pois, em cada uma das três distintas fases, devem ser expostos os motivos que levaram a pena a ser aplicada em determinado patamar, tornando mais clara a fixação da reprimenda penal (NUCCI, 2009, p. 165).

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 166 e 167) considera tal método como sendo o mais adequado, pois possibilita ao condenado o conhecimento do exato processo pelo qual foi realizada a dosimetria da pena. Isso porque o magistrado, ponto por ponto, deve expor, por meio do raciocínio lógico-dedutivo, sua conclusão acerca da medida da sanção penal cabível, individualizando-a como determina a Constituição Federal. Não nega, porém, a possibilidade de haver *bis in idem*, caso não proceda com extrema cautela e atenção, vez que as circunstâncias do delito espalham-se por todas as fases da aplicação da pena. De todo modo, afirma o autor que, com o cuidado devido, pode o magistrado expor ao acusado a pena concreta, individualizando-o e diferenciando-o dos demais acusados por delitos similares.

No mesmo sentido, para Julio Fabbrini Mirabete (2012, p. 303), o método trifásico parece ser o mais pertinente, por impedir a apreciação simultânea de muitas circunstâncias de espécies diversas, permitindo que o juiz analise pormenorizadamente cada particularidade do caso, e, além disso, possibilitar às partes uma melhor verificação a respeito da observância e obediência aos princípios que regem a aplicação da pena. Permite-se, dessa forma, segundo Mirabete (2012, p. 303), o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria da pena.

Ademais, José Duarte (1942 apud BOSCHI, 2013, p.151) acrescenta diversas razões que conferem ao método trifásico superioridade sobre o método recomendado por Roberto Lyra:

- a) porque ele exige um ponto de referência, ou seja, um quantum certo de pena, para que se proceda à agravação ou à atenuação resultante, obrigatoriamente, das circunstâncias legais;

b) porque ele não autoriza o juiz a contrapor as circunstâncias judiciais às circunstâncias legais, de modo que estas possam ser neutralizadas ou superadas por aquelas (podendo ensejar pena no mínimo, ainda que existisse uma agravante obrigatória);

c) porque as circunstâncias judiciais existem sempre, ao passo que as legais têm caráter excepcional, representando um *plus* ou um *minus* em relação aos casos comuns, e, assim, devendo importar um quantum de pena a ser somado ou subtraído à pena que deveria ser aplicada aos casos comuns e, ainda,

d) porque antes de serem medida do quantum de agravação ou de atenuação, as circunstâncias judiciais são um critério geral de mensuração da pena em relação ao crime considerado substancialmente ou nos limites de sua definição geral.

No entanto, a realização do sistema trifásico, da forma como idealizado, é algo que muitas vezes não acontece no dia a dia das cortes brasileiras. É o que lamenta Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 166):

Por vezes - e muitas – passa o juiz ao largo da riqueza dos elementos estampados no art. 59, despreza agravantes e atenuantes, bem como elege aumentos e diminuições sem critério subjetivo, mas simplesmente aritmético. Urge sanar esse desvio, concentrando na aplicação da pena as metas previstas no artigo 68 do Código Penal.

Admite-se, portanto, ser o método trifásico o mais adequado à efetivação do princípio da individualização judicial da pena, por propiciar uma análise mais detalhada das circunstâncias do caso concreto, bem como por permitir que se tenha uma visão geral do processo de dosimetria da pena, vez que o julgador deverá demonstrar o caminho percorrido e os motivos que levaram a pena a ser fixada em um determinado patamar. Porém, para que este método efetivamente se concretize, é preciso que o magistrado se atente às diretrizes fixadas pelo Código Penal, devendo adentrar cada uma das três fases da aplicação da pena.

### 2.3 PENA-BASE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Como visto, o método trifásico, contemplado no art. 68 do Código Penal, propõe que o processo de individualização judicial da pena privativa liberdade se desenvolva em três fases, sendo a primeira delas destinada à quantificação da pena-base.

A pena-base é descrita como a primeira escolha do juiz no processo de fixação da pena, sobre a qual incidirão as agravantes e atenuantes e, em seguida, as causas de aumento e diminuição. A eleição da quantidade inicial da pena, a ser fixada entre o mínimo e o máximo previstos no tipo penal incriminador, faz-se em observância às circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 (NUCCI, 2009, p. 163).

Ainda, como sugere José Antônio Paganella Boschi (2013, p.161), a pena-base surge como uma necessidade prática, que se impõe como fundamento e ponto de partida da aplicação da pena, sendo a unidade sobre a qual assentam ulteriores acréscimos ou diminuições, pois o juiz não poderia proceder a um aumento ou diminuição sem que houvesse um termo fixo, um ponto de partida.

Diante do exposto, fica evidente a relevância da mensuração da pena-base no processo de individualização judicial da pena, merecendo uma análise mais detalhada quanto às circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59.

São as chamadas circunstâncias judiciais, que, conforme o disposto no art. 68, fornecem ao julgador os critérios necessários à determinação da pena-base, que deverá ser fixada entre os limites da sanção previstos abstratamente pelo legislador. Tais circunstâncias, como já referido, estão elencadas no art. 59 do Código Penal. *In verbis*:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, Lei 2.848, 1940, art. 59, redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Como se observa, são oito as circunstâncias a serem verificadas na primeira fase da aplicação da pena, sendo elas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta

social e a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Não convém ao objetivo da presente monografia detalhar uma a uma as circunstâncias judiciais, porém, importante destacar que, dentre estas, pode ser constatada a existência de circunstâncias que possuem caráter objetivo, voltadas ao evento delitivo, como as circunstâncias do fato e as consequências do crime, enquanto outras possuem natureza subjetiva, referidas ao autor, como os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente (BUSATO, 2013, p. 873).

Verifica-se, além disso, que o dispositivo anuncia quais seriam os fins da pena, determinando que esta deve ser estabelecida conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, sendo a culpa do agente a base fundamental para a individualização da sanção a ser aplicada (MIRABETE, 2012, p. 285).

Todavia, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 589) alerta que “os operadores do art. 59 do CP, todos, constituem apenas uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinquente”. Assim, os elementos trazidos pelo art. 59 são denominados circunstâncias judiciais porque não há na lei a definição de cada um deles, cabendo ao julgador a função de identificá-los e mensurá-los no caso concreto. Nessa direção, observa-se que estas não são efetivas circunstâncias do crime, mas critérios que indicam o procedimento a ser adotado na determinação da pena-base.

Nesse ponto, vem à tona um aspecto marcante de tais circunstâncias, o elevado grau de discricionariedade concedido ao julgador no momento de estipulação da reprimenda a ser aplicada ao infrator. Isso porque se tratam de aspectos amplamente subjetivos, que demandam a interpretação do juiz para a aplicação ao caso concreto.

Aníbal Bruno (2009, p. 96) justificava que, sendo a determinação da pena uma função bastante complexa, onde cabe ao juiz recolher e ponderar todos os dados capazes de contribuir e elucidar a gravidade do episódio criminoso e a natureza do homem, para então, num livre movimento de consciência, decidir a pena justa e eficaz, tinha de ser-lhe conferido certo poder discricionário no julgamento, um arbítrio ponderado, em verdade, mas suficientemente largo para apurar e resolver o que lhe parecesse de justiça.

Ainda, observam Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (1996, p.146) que “os elementos constantes no art. 59 do CP não são efetivas ‘circunstâncias do crime’, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base”.

Por outro lado, assevera Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 309) que as circunstâncias judiciais do art. 59 são objeto do arbítrio exclusivo do juiz, que tem em suas mãos a tarefa de analisar elementos que dizem respeito ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), ao fato (circunstâncias e consequências do crime) e à vítima (comportamento da vítima).

Assim, não obstante a tentativa do Código Penal de reduzir ao máximo o arbítrio judicial, determinando parâmetros para a aplicação da pena, o que se observa é a elevada discricionariedade na fixação da sanção penal, em decorrência dos elementos abertos previstos no art. 59, que não contam com uma definição exata (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 36).

Constata-se, portanto, que o Código Penal, apesar de estabelecer as diretrizes para a realização da individualização e aplicação da pena, determinando o método por meio do qual a dosimetria deverá ser procedida, bem como as circunstâncias a serem consideradas, ainda permite uma grande abertura ao arbítrio do magistrado, o que pode desencadear a arbitrariedade exacerbada das decisões, acarretando abusos e discrepância nas penas aplicadas.

Para tentar reduzir os excessos por parte do magistrado no momento da atribuição da sanção penal, é necessário que este bem fundamente sua escolha por aplicar a pena no montante estabelecido, pois uma abordagem incompleta ou superficial pode levar o intérprete ao campo dos abusos, uma vez que as “margens penais” possibilitam evidente amplitude e podem converter o arbítrio judicial em arbitrariedade (BOSCHI, 2013, p. 162).

Além disso, Paulo César Busato (2013, p. 873) menciona que todas as circunstâncias judiciais deverão obrigatoriamente ser detalhadamente analisadas pelo julgador, que deverá referir sua análise a cada uma delas, existindo ou não elementos nos autos que possibilitem valorá-las positiva ou negativamente. Isto é, mesmo que não haja nada nos autos com relação a uma determinada circunstância, o juiz deverá referi-la no momento da fixação da pena-base, deixando claro que esta não influenciou para a alteração da quantia de pena aplicada.

Nesse sentido, Nucci (2009, p. 163) afirma que a ausência de fundamentação não deve ser permitida, mesmo nos casos em que o juiz elege o mínimo legal previsto no tipo penal como pena-base, sob a assertiva de existir uma presunção de serem todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX, garante que todas as decisões do Poder Judiciário serão devidamente motivadas, sob pena de nulidade. Como acrescenta o autor, não havendo fundamentação, pode ocorrer que o magistrado não tenha enfrentado todas as circunstâncias judiciais ou, nem mesmo considerado os elementos do art. 59.

Evidente, portanto, que a determinação pena-base, tida como ponto de partida do processo de determinação da pena criminal, o primeiro passo para a concretização da pena final, requer um cuidadoso e fundamentado exame das circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59, de modo que não fique à mercê da arbitrariedade do julgador.

### 3 PERSONALIDADE DO AGENTE

A circunstância da personalidade do agente, como parte da composição da pena, tem gerado grandes debates no campo do Direito Penal, tendo em vista seu caráter largamente subjetivo e, conseqüentemente, sua difícil verificação no caso concreto.

Por não possuir uma definição precisa, coube à jurisprudência e especialmente à doutrina a árdua tarefa de interpretar o conceito de personalidade presente no rol trazido pelo artigo 59 do Código Penal, como circunstância judicial a ser considerada para a aplicação da pena (STOCO, 2014, p. 150).

#### 3.1 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

O tema da personalidade, enquanto condicionante da aplicação da sanção penal, sempre foi objeto de divergências no campo do Direito Penal brasileiro, sendo comum a observação de posicionamentos antagônicos tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Aníbal Bruno tratava da personalidade como um todo complexo, influenciado tanto por elementos herdados quanto por elementos adquiridos ao longo da trajetória de vida do indivíduo, sendo fruto de todas as forças que, de alguma forma, determinam ou influenciam a formação do comportamento humano (BRUNO, 2009, p. 97).

Para o autor, não se trata de um conceito jurídico ou de um ente criado pelo Direito, mas sim de uma realidade naturalística, cuja compreensão exige certo grau de conhecimento a respeito de outras ciências, como antropologia e biologia, por exemplo. Salientava, todavia, que não é preciso que se tenha aprofundado conhecimento dessas demais áreas para entendê-la, mas que também é certa a necessidade de ir além do simples empirismo da observação cotidiana. Dessa forma, em sua investigação, o juiz não poderia adotar uma visão limitada ao campo do Direito, desconsiderando os estudos fornecidos por outros ramos de conhecimento, que avançam a cada dia na compreensão da maneira de ser e agir do indivíduo (BRUNO, 2009, p. 97).

Tendo em conta que a personalidade não é uma figura estática, mas um processo contínuo, constantemente complementado pelo mundo circundante, o

autor afirmava que, para a sua análise, deveria ser considerado o ambiente em que o agente está inserido, a forma normal de seu comportamento, as reações que costuma opor às provocações do ambiente e que seriam sinais reveladores da sua maneira de ser, seus hábitos no meio familiar e social, além de seus antecedentes penais e judiciais (BRUNO, 2009, p. 98).

Aníbal Bruno (2009, p. 98) deixava claro que é preciso determinar o quanto a prática do fato punível foi influenciada pela personalidade, ou seja, pela esfera íntima do agente, restando evidente, portanto, a ideia de que a reprovabilidade recai sobre a subjetividade do autor, exteriorizada no fato praticado.

Partindo do conceito proposto por Aníbal Bruno, Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 775) acrescenta que a análise da personalidade do agente deve levar em conta a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, bem como a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.

Julio Fabbrini Mirabete (2012, p. 286) também demonstrava seu entendimento no sentido de que a personalidade está ligada ao caráter e aos valores morais do agente, afirmando que, “quanto à personalidade, 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.”

Já para Gilberto Ferreira (2004, p. 86), a personalidade deve ser entendida como um conjunto de atributos adquiridos ao longo da vida, de modo que, se forem retirados do indivíduo, esse deixa de existir como ser humano individualizado, pois é o que lhe diferencia dos demais.

A personalidade seria, portanto, formada tanto por fatores internos quanto externos, constituindo um conjunto de condições fundamentais que identificam um indivíduo (FERREIRA, 2004, p. 86-87).

Juarez Cirino dos Santos posiciona seu entendimento de forma interdisciplinar, adotando um conceito de personalidade ligado aos campos da Psicologia e Psiquiatria, onde, segundo o autor, tal conceito é objeto de enormes controvérsias, pois apresenta limites imprecisos ou difusos. Observa que não há consenso no sentido de indicar se a personalidade “(a) seria delimitada pelo ego, como perceptivo-consciente responsável pelas decisões e ações da vida diária? (b) abrangeria o superego com instância de controle ou censura pessoal? (c) enfim,

incluiria as pulsões instintuais do id, como fonte inconsciente da energia psíquica, regida pelo princípio do prazer?” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 315).

Visto isso, pontua que, em geral, falta aos julgadores a formação acadêmica nos campos da Psicologia ou Psiquiatria para que possam adentrar na análise da personalidade do condenado, razão pela qual muitos julgamentos acabam por atribuir significados leigos e superficiais ao conceito (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 315-316).

Ainda, acrescenta o autor, que a personalidade, na qualidade de natureza concreta de sujeitos reais, é um produto histórico que está em um constante processo de formação, modificação e deformação, de modo que eventuais traços de caráter constituem pequenos cortes simplificados, imprecisos e transitórios da natureza humana, como produto bio-psíquico-social do conjunto das relações históricas concretas do indivíduo (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 316).

Nesse mesmo sentido, Fernando Capez admite que o conceito de personalidade pertence mais ao campo da Psicologia e Psiquiatria do que ao Direito, exigindo “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.” (CAPEZ, 2005, p. 439).

Por outro lado, entende Paulo César Busato (2013, p. 880) que a personalidade está relacionada “às qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social.”

Em oposição ao entendimento difundido por autores que adotam um posicionamento mais interdisciplinar a respeito da legitimidade da personalidade do agente como circunstância judicial para a fixação da pena, o autor entende que a personalidade a que se refere o artigo 59 do Código Penal possui um conceito unicamente jurídico. Dessa forma, não se confundiria com os conceitos psicológicos ou psiquiátricos, considerando que as definições trazidas por tais ciências não gozam de uniformidade, não oferecendo para o direito um suporte seguro para a avaliação da carga penal (BUSATO, 2013, p. 881).

Portanto, para Busato (2013, p. 881), a verificação da personalidade do acusado prescindiria de laudo pericial psicológico ou da análise de um profissional

da área, bastando para tal os conhecimentos do magistrado, que deve partir de um conceito estritamente jurídico.

Justifica o autor, ser usual a utilização, por parte do legislador, de certos termos para expressar conceitos jurídicos que se contrapõem ao conhecimento de outras áreas, bem como apoia sua tese no princípio hermenêutico de que o legislador não utiliza palavras inúteis, não devendo, desse modo, ser abandonada a verificação da circunstância judicial da personalidade do agente na aplicação da pena (BUSATO, 2013, p. 881).

Ponto de vista semelhante é adotado por Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 186-192), que, entendendo por personalidade o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida, sendo a conduta do indivíduo influenciada tanto por seu patrimônio genético como por seu processo de vida, formando a consciência de seu comportamento, afirma que o juiz não precisa possuir aprofundados conhecimentos técnicos para avaliar a personalidade do acusado, bastando o seu natural bom senso.

O autor aduz que o magistrado não precisa ser um verdadeiro psicólogo para bem avaliar a personalidade, pois essa análise não possui finalidade de determinar ao réu algum tratamento, mas sim aplicar-lhe uma pena pelo delito cometido. Complementa afirmando que, em casos particulares, onde seja necessária uma verificação mais aprofundada, o magistrado poderá nomear um psicólogo de sua confiança para avaliar o caráter e a personalidade do réu, no sentido de auxiliar na cominação da pena. Ressalta, todavia, que o juiz não está obrigatoriamente vinculado a tais pareceres, que deverão servir apenas como balizamento para a aplicação da lei ao caso concreto (NUCCI, 2009, p. 192-194).

Tal panorama demonstra que, mesmo entre os penalistas brasileiros de maior renome, as definições do termo “personalidade do agente” não encontram delimitações precisas, apresentando-se, muitas das vezes, como conceitos incertos, incapazes de conferir a necessária segurança e racionalidade que um critério de fixação da pena deve oferecer ao operador da lei (STOCO, 2014, p. 152).

Diante do exposto, pode-se verificar que a personalidade do agente, enquanto elemento normativo, não encontra na doutrina penal brasileira um significado único, o que se reflete na atividade jurisprudencial, dificultando sua verificação como circunstância determinante na individualização judicial da pena.

### 3.2 DIVERGÊNCIAS QUANTO À ADOÇÃO OU REJEIÇÃO

Por um lado, afirma-se que não seria possível a atribuição da análise da personalidade do agente ao juiz, vez que este não seria o profissional melhor capacitado para tal tarefa, devendo-se, desse modo, procurar o auxílio de profissionais das áreas da Psicologia e Psiquiatria, ou mesmo abandonar tal circunstância judicial. Em oposição, parte da doutrina considera a verificação da personalidade do agente como componente essencial da individualização da pena, contribuindo, justamente, para a diferenciação do acusado com relação aos demais.

Aníbal Bruno (1976, p. 94) considerava que, por meio da definição da personalidade do acusado, o julgador talvez pudesse encontrar a explicação do crime e a sugestão da medida penal ajustada a combater os impulsos que o originaram, bem como determinar se o crime foi expressão de uma íntima inclinação do agente para a prática de delitos ou apenas um acontecimento acidental, o que poderia influir no montante da pena a ser aplicada.

O autor reconhecia que a definição da personalidade de uma pessoa é uma tarefa difícil, a qual não poderia ignorar os meios empregados pelas ciências antropológicas, geralmente fora do alcance dos magistrados. Não obstante, afirmava que, mesmo desprovido dos recursos técnicos mais apropriados, o juiz poderia proceder à investigação da personalidade através de suas manifestações no mundo exterior, pela observação do comportamento habitual do sujeito na sua vida em sociedade, bem como da maneira de se portar durante ou depois do crime. Além disso, para uma visão total da personalidade, seria necessário analisá-la em seu meio circundante, no ambiente a que o indivíduo está inserido, bem como a influência do meio circundante do momento da prática do delito, pois, segundo Aníbal Bruno (1976, p. 95-96), “o crime nasce do encontro de determinada personalidade com determinada circunstância.”

Ainda destacava que, assim como os antecedentes, um comportamento verificado após o ato praticado poderá contribuir para a análise da personalidade do réu, não devendo ser desprezado no momento da determinação da pena (BRUNO, 1976, p. 98).

Paulo César Busato (2013, p. 881), como já indicado no item anterior, posiciona-se favoravelmente à utilização da personalidade do agente como fator

importante para a aplicação da pena, não acreditando que a análise da referida circunstância deva ser deixada de lado.

Em que pese a existência de precedentes contrários à possibilidade de considerar a personalidade do acusado como circunstância judicial por falta de conhecimentos técnicos do magistrado, Busato (2013, p. 881) afirma que o conceito a ser considerado pelo juiz deve ser unicamente jurídico, não se confundindo com os conceitos psicológicos ou psiquiátricos, que pouco contribuem para a atividade jurisdicional.

Dessa forma, o juiz não necessitaria do auxílio de outras áreas, bastando seus próprios conhecimentos para a análise da personalidade do réu, devendo levar em conta os elementos aferíveis no decorrer do processo que demonstrem características da sua maneira de ser e de agir (BUSATO, 2013, p. 881-882).

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 187-190) compartilha do mesmo entendimento, afirmando que o magistrado não precisa ser psicólogo para verificar os traços da personalidade do réu.

Para Nucci (2009, p. 190-191), a avaliação da personalidade na fixação da pena-base não significa realizar um juízo de reprovação incidente sobre o que o réu é ou pensa, como afirmam muitos autores. Assevera que, para se afastar de uma padronização da pena, depois de constatada a ocorrência de um crime, deverá ser levado em consideração o modo de ser do acusado, que poderá revelar traços de sua personalidade que justifiquem a aplicação da pena em patamar mais elevado.

O autor reconhece que existem decisões bastante superficiais, que, a partir de uma análise rasa, utilizam a circunstância da personalidade para agravar a pena aplicada ao réu. No entanto, afirma que nem por isso tal critério precisa ser eliminado, bastando que haja um aperfeiçoamento, uma maior dedicação do julgador em busca de elementos que sirvam de apoio à sua decisão. Para tanto, assevera que a participação das partes é muito importante, seja solicitando a produção de avaliação psicológica do acusado ou mesmo a oitiva de profissional especializado (NUCCI, 2009, p. 192).

O autor ainda elenca uma série de elementos que poderão ser verificados pelo juiz para valorar a personalidade do autor do delito, tanto positiva como negativamente:

“a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia; tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade.” (NUCCI, 2009, p. 192).

Salienta, todavia, que muitos desses fatores, se isoladamente considerados ou quando não exercem influência no ato praticado, devem ser entendidos como meros frutos da liberdade do indivíduo, que não possuem influência no fato criminoso. Assim, apenas se uma característica negativa da personalidade do réu foi determinante para o cometimento do delito, deverá ela ser considerada para o estabelecimento da pena em patamar superior ao mínimo legal. Em contrário, não havendo nexos de causalidade entre o crime e o elemento da personalidade verificado, a pena não deverá ser aumentada (NUCCI, 2009, p. 187-188).

Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 775) acrescenta que, na análise da personalidade, também devem ser consideradas as infrações cometidas pelo réu durante a menoridade, ainda que não admitidas como maus antecedentes, bem como infrações praticadas em momento posterior ao cometimento do delito, que podem servir para auxiliar a análise dos traços de sua personalidade, constituindo elementos concretos que não podem ser ignorados.

Para Gilberto Ferreira (2004, p. 86-87), a personalidade é a mais importante circunstância a ser considerada na verificação do grau de reprovabilidade, por englobar os antecedentes e a conduta social do agente, devendo ser cuidadosamente apurada pelo magistrado. Nessa esteira, através da verificação da personalidade do acusado, o juiz possuiria melhores condições de analisar os motivos determinantes do crime e, em conjunto com os demais critérios legalmente previstos, determinar a pena a ser aplicada ao caso.

Ressalva, porém, que na realidade vivida em nosso país, o magistrado não possui condições de realizar uma avaliação científica da personalidade do réu. Esse fato se deve à falta de preparo técnico em caráter institucional nos campos da Psicologia e da Psiquiatria, tendo o juiz que buscar tal conhecimento por conta própria, bem como por não dispor do tempo necessário para se dedicar a um estudo

aprofundado e porque a deficiência material do Judiciário e da Polícia impedem que sejam trazidos ao processo os elementos suficientes para uma rigorosa análise da personalidade (FERREIRA, 2004, p. 88).

Assim sendo, conclui que o legislador, ao se referir à personalidade como circunstância judicial da individualização da pena, não teve a intenção de que a análise feita no bojo do processo criminal fosse realizada com o rigor e o conhecimento que se espera de um psicólogo ou psiquiatra. Nesse ponto de vista, basta que o juiz considere a “boa ou má índole do delinquente, seu modo ordinário de sentir, de reagir, sua maior ou menor irritabilidade e o seu maior ou menor grau de entendimento, ou sua maior ou menor propensão à prática de crimes.” (FERREIRA, 2004, p. 88).

Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 315-316), como anteriormente demonstrado, também adota um conceito de personalidade intimamente ligado à Psicologia e à Psiquiatria. De acordo com o autor, os operadores do sistema de justiça criminal, de modo geral, não possuem formação suficiente nessas áreas para analisar e decidir quanto ao complexo conteúdo da personalidade. Por tal razão, como aponta, a jurisprudência brasileira tem atribuído significados leigos ao conceito, identificando-o como um conjunto de “sentimentos/emoções pessoais distribuídos entre pólos de emotividade/estabilidade, ou de atitudes/reações individuais na escala sociabilidade/agressividade, que pouco indicam sobre a personalidade do condenado.” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 316).

Segundo o autor, investigações empíricas demonstram que a personalidade do agente é invocada para determinar à pena-base acima do mínimo legal em 47,7% dos julgamentos, sendo, em grande parte, referida com fórmulas genéricas, afirmando-se que “o acusado possui personalidade voltada para o crime, ou apresenta personalidade distorcida, ou tem personalidade comprometida com a prática de delitos” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 316).

Assim sendo, percebe-se uma resistência do autor à análise e valoração da personalidade do agente no momento de determinação da pena-base, sobretudo por conta da dificuldade do operador do sistema de justiça criminal em adentrar ao campo de conhecimento das ciências que possuem maior afinidade com o estudo do tema.

Rogério Greco (2012, p. 164-165), também partindo de um conceito interdisciplinar de personalidade, acredita que o julgador não possui a capacidade

técnica e os conhecimentos necessários para a aferição dessa circunstância sem uma análise de toda a vida do réu, a iniciar pela infância. Segundo o autor, somente profissionais das áreas da saúde – psicólogos, psiquiatras, terapeutas, entre outros – teriam condições de avaliar tal circunstância judicial. Dessa forma, sugere que o juiz não deve levar em conta a personalidade do agente no momento da fixação da pena-base.

Complementa afirmando que a consideração da personalidade seria ofensiva ao direito penal do fato, vez que prioriza a análise das características íntimas e pessoais do autor (GRECO, 2012, p. 165).

José Antonio Paganella Boschi (2013, p. 171-172) alerta para a dificuldade do magistrado em realizar um exame satisfatório sobre a personalidade do indivíduo que está sendo julgado, sendo comuns afirmações genéricas como “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, que não possuem qualquer valor técnico para a aplicação da pena.

Dessa forma, notada a inexistência de um padrão comparativo, tendo em vista o caráter dinâmico da personalidade, o juiz dificilmente poderia determinar a personalidade do réu com base nos poucos elementos fornecidos pelo processo. Assim, segundo Boschi (2013, p. 172), parece temerária a conclusão de que o magistrado conseguiria analisar a personalidade do agente sozinho, apenas amparado por seu natural bom senso.

Ademais, o autor defende que os indivíduos devem ser punidos pelos atos ilegais que cometeram, e não por aquilo que são ou que pensam, para que não haja um retorno aos tribunais medievais, onde as pessoas eram julgadas e condenadas porque pensavam e não porque haviam cometido algum crime. Posto isso, complementa que “a possibilidade de intensificação da reprovação penal ao indivíduo que evidenciar transtorno de personalidade culmina por conferir-se legitimidade política ao Estado para mudar os outros e, assim, sem limites, ignorar completamente o direito à diferença.” (BOSCHI, 2013, p. 173).

Conclui, portanto, que a questão é verdadeiramente complexa, motivo pelo qual seria mais recomendável que, no momento da valoração das circunstâncias judiciais, o juiz se declarasse, simplesmente, sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado (BOSCHI, 2013, p. 174).

Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho (2004, p. 54) apregoam que o critério da personalidade não apresenta possibilidade de verificabilidade

processual, tendo em vista que nem o magistrado e nem as partes possuem meios de comprová-la faticamente no processo criminal, em razão da dificuldade em encontrar uma definição satisfatória. Haveria, portanto, uma impossibilidade técnica do jurista proceder à averiguação da personalidade e retirar dela os efeitos legais importantes ao processo penal.

Isso porque, antes de dar início a qualquer investigação quanto à personalidade do acusado, o juiz teria de indicar qual o conceito de personalidade adotado, qual a metodologia utilizada, quais os critérios empregados e os passos seguidos, bem como quais os elementos que lhe possibilitaram tal averiguação. Tal cenário parece muito distante de ser alcançado, por se tratar de um tema que fomenta intermináveis discussões, entre estudiosos dos mais variados campos, não havendo um, mas inúmeros conceitos e definições diferentes, de forma que nenhuma definição substantiva de personalidade poderá ser generalizada (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 55).

Não bastaria, pois, que o julgador se valesse de um elemento categórico, encoberto de termos vagos e imprecisos, uma vez que estaria ferindo o requisito constitucional da fundamentação das decisões, que impõe a explicitação dos critérios, métodos e conceitos utilizados (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 56).

À vista disso, se posicionam os autores pela inadmissibilidade da valoração negativa da personalidade sem que seja demonstrada a base conceitual e metodológica que possibilitou tal ponderação. Motivo pelo qual inexistiriam condições mínimas de o juiz, no processo penal, estabelecer tal juízo, dado que o conhecimento da personalidade não se delimita ao campo jurídico, mas sim à psicologia, à psiquiatria e à psicanálise (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 56).

Além disso, a adoção de uma noção de personalidade vazia de significado concreto vai de encontro ao princípio da ampla defesa e do contraditório, tornando impraticável o exercício da defesa do acusado, dada a impossibilidade da verificação dos elementos da decisão (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 57-58).

### 3.3 INCIDÊNCIA NA FASE JUDICIAL

Não obstante as divergências observadas quanto à adoção ou rejeição da personalidade do agente na fase de determinação da pena-base, o fato é que tal circunstância judicial está expressamente prevista no artigo 59 do Código Penal, o

que traz à tona a discussão quanto à forma de como deve se dar a sua incidência na fase judicial da individualização da pena.

Nesse ponto, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 187) assevera que a valoração da personalidade do agente no caso concreto poderá se dar tanto de forma negativa como positiva, citando, como anteriormente demonstrado, diversos elementos que podem ser buscados pelo juiz na análise do modo de ser do autor da infração penal.

Todavia, pontua que tais elementos precisam ser considerados em conjunto com aspectos do meio e das condições em que o agente se desenvolveu e vive, pois, como exemplifica o autor, “o bem-nascido que tende ao crime deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir sua sobrevivência” (NUCCI, 2009, p. 188).

Nucci (2009, p. 188) ainda destaca que a personalidade não possui um caráter estático, estando em constante processo de modificação e desenvolvimento, de forma que um apenado, após o cumprimento de uma longa pena em regime fechado, poderá apresentar grandes alterações em sua personalidade, devendo o juiz proceder com grande cautela na verificação das circunstâncias do caso concreto.

No entanto, o autor não aprofunda a análise do exemplo empregado, restando dúvidas quanto à possibilidade e os efeitos de uma valoração negativa da personalidade do indivíduo que, após o cumprimento de uma longa pena em regime fechado, venha a ser condenado por novo crime e apresente alterações significativas em seu modo de ser.

O que fica claro é que, para Nucci (2009, p. 196), apenas os fatores da personalidade do agente que se esgotam na prática delitiva devem produzir efeitos na fase judicial da aplicação da pena. Não se deve, portanto, tomar como fundamento para a individualização da pena os traços da personalidade ligados ao ser humano como um todo, sem que tenham relação com o crime praticado, afinal, nem todas as características reprováveis observadas no comportamento de um indivíduo se revelam móveis propulsores de ações criminosas.

Aníbal Bruno (2009, p. 98) já se posicionara com tal entendimento, salientando a necessidade de uma determinação do grau de influência da personalidade no cometimento do fato punível, buscando apontar se o crime é expressão do modo de ser usual do acusado ou se configura apenas um fato

isolado, um extravio de sua linha de conduta habitual, motivado por fatores estranhos à sua natureza. Dessa forma, o peso da reprovabilidade seria tanto mais forte quanto maior fosse a parcela do pessoal e íntimo do autor na determinação de sua conduta.

A personalidade do agente seria, então, assim como as demais circunstâncias judiciais, um importante elemento na determinação da reprovabilidade do crime, influenciando no julgamento do réu. Fazendo com que a prática do crime seja considerada mais grave ou menos grave (BRUNO, 2009, p. 97).

Tendo a pena não só como retribuição ao delito, mas como esforço dirigido à ressocialização, Bruno (2009, p. 98) assegurava que a incidência da circunstância da personalidade do agente na individualização da pena contribuiria para o ajustamento da pena-base ao fim da recuperação social do condenado e não apenas como punição pelo ato praticado.

Já Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho (2004, p.60) adotam posicionamento diverso, filiando-se ao entendimento de que a circunstância da personalidade do agente não deveria ser usada para agravar a pena do acusado, mas apenas para beneficiá-lo.

Em decisão citada, por esses autores, proferida pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirma-se que a punição deve considerar tão somente as consequências e circunstâncias do crime e excepcionalmente minorar a pena em decorrência da boa conduta e/ou boa personalidade do agente (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 60).

De tal modo, mesmo que a personalidade do acusado não se enquadre nos padrões médios aceitos pela sociedade em que vive - se os atos dela decorrentes não configurarem infrações penais - esta não deverá ser utilizada para o efeito de elevar sua pena (CARVALHO; CARVALHO, p. 60).

José Antonio Paganella Boschi (2013, p. 174) ainda vai além. Para o autor, se fossem afastados todos os inconvenientes e admitida a possibilidade de que peritos ou mesmo o juiz possam analisar e conhecer a personalidade do indivíduo, bem como que o Estado está autorizado a valorá-la negativamente, essa circunstância não poderia simplesmente ser considerada como pretexto para o aumento da pena.

A valoração negativa da personalidade deveria, assim, propiciar menor, e não maior censura pelo delito cometido, ao contrário do que é hoje recomendado

pela doutrina majoritária e realizado pelos juízes e Tribunais. Isto é, uma possível “deformação” da personalidade do réu, originada por algum transtorno, não deveria servir como fundamento para o aumento da pena-base, mas sim propiciar o abrandamento da censura penal, porque este transtorno afeta a liberdade moral e a capacidade do indivíduo de formular juízos críticos e de viver em harmonia consigo e com a sociedade, revelando uma menor censurabilidade de suas condutas (BOSCHI, 2013, p. 174).

Seria, pois, incoerente que um transtorno da personalidade do réu pudesse motivar a agravação da pena e o conseqüente aumento da pena-base, enquanto a perturbação da saúde mental ou o desenvolvimento incompleto ou retardado, que dão causa à semi-imputabilidade, obrigam o julgador a realizar a redução da pena, conforme dispõe o artigo 26, parágrafo único de Código Penal (BOSCHI, 2013, p. 174):

Art. 26 [...]

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, Lei 2.848, 1940, art. 68, redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Partindo-se desse pensamento, não haveria motivos que justificassem um tratamento distinto, pois, tanto o transtorno de personalidade quanto a perturbação da saúde mental e o desenvolvimento incompleto ou retardado comprometem a capacidade do indivíduo na formação dos juízos críticos indispensáveis ao dever de agir de outro modo no momento da prática delituosa (BOSCHI, 2013, p. 174).

Diante do exposto, observa-se a existência de posicionamentos bastante diversos por parte da doutrina quanto à incidência da análise da personalidade do acusado no momento da individualização judicial da pena, ora apontando que essa poderia ser considerada tanto para aumentar como para diminuir a pena, ora afirmando que somente seria possível um abrandamento da pena-base.

Conseqüentemente, não há posicionamento unânime por parte do Judiciário brasileiro, vez decidindo pela possibilidade da elevação da pena-base por conta da

valoração negativa da personalidade do réu, vez deliberando pela incoerência da incidência da personalidade de forma prejudicial ao acusado (STOCO, 2014, p. 190-191).

Verifica-se, destarte, que, por falta de uma definição legal satisfatória, bem como por conta do grande dissenso notado nos campos da doutrina e jurisprudência, uma série de incertezas recobre a circunstância judicial da personalidade do agente, dificultando a sua verificação e aplicação no caso concreto.

## **4 A PERSONALIDADE DO COLABORADOR NO ÂMBITO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

Diante das discussões levantadas, infere-se que a personalidade do colaborador, trazida pelo artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) como elemento subjetivo a ser analisado para a aplicação do prêmio referente à colaboração premiada merece especial atenção, tendo em vista a sua influência na concretização do acordo de colaboração.

### **4.1 A LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA**

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 150/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a definição e tipificação de organização criminosa, bem como procurou, além de criar novos institutos, ajustar a legislação aos preceitos definidos por meio da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e acolher as teses mais modernas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA3 (GRECO FILHO, 2014, p. 8).

A norma que anteriormente tratava do tema – Lei nº 9.034/95 -, embora tenha introduzido no Brasil a figura da organização criminosa, não logrou defini-la, bem como não a tratou como fato criminoso em si, chegando a equipará-la, em sua redação original, à descrição contida no art. 288 do Código Penal, onde é disciplinada a figura da associação criminosa (NOGUEIRA, 1995 apud GRECO FILHO, p. 7).

Não obstante a definição trazida pela nova lei, o conceito de organização criminosa é complexo e controverso. Conforme Winfried Hassemer (1994), a definição de criminalidade organizada usualmente adotada é muito abrangente e vaga, inexistindo uma delimitação precisa a respeito do tema. Dessa forma, o autor argumenta que “seria contraditório abrigar no conceito de ‘criminalidade organizada’ manifestações criminosas com características habituais, profissionais ou de bando, apenas por serem particularmente perigosas, ou planejadas com grande astúcia ou dissimulação. Aqui não haveria nada de novo, mas apenas o crescimento ou a

modernização quantitativa de fenômenos dos quais a legislação policial, penal e processual penal trata desde longa data. Um conceito útil de C.O. precisa isolar um potencial de ameaça qualitativamente novo.” (HASSEMER, 1994).

Vejamos, então, a definição apresentada pela Lei 12.850/2013:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 agosto 2013, Brasília, DF).

Assim, temos que os elementos fornecidos pelo conceito legal para a configuração de uma organização criminosa são os seguintes: a) a associação de quatro ou mais pessoas; b) estruturalmente ordenada, ou seja, de maneira organizada, havendo alguma forma de hierarquia entre os seus membros; c) divisão de tarefas, de modo que cada participante exerça determinadas atribuições dentro da organização, ainda que tal divisão seja informal; d) obtenção de vantagem de qualquer natureza, não necessariamente econômica; e) mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos; e/ou f) mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional, sendo aqui irrelevantes a natureza da infração e a pena máxima cominada (NUCCI, 2017, p. 14-17).

A legislação ainda prevê, em seu art. 1º, §2º, demais casos em que poderão ser aplicadas as disposições referentes às organizações criminosas, sendo eles: (i) as infrações penais transnacionais previstas em tratado internacional; (ii) os casos em que estejam envolvidas organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática de atos de terrorismo legalmente definidos. Nessas situações, ao que parece, embora não haja a presença dos requisitos do conceito de organização criminosa, será possível a aplicação de meios de obtenção de provas previstos na Lei de Organização Criminosa (MENDONÇA, 2013).

Para além de definir organização criminosa, conforme está previsto no artigo supracitado, o referido diploma normativo dispõe sobre a investigação criminal, os

meios de obtenção de provas especiais, infrações correlatas e normas procedimentais (GRECO FILHO, 2014, p. 7).

Dentre os meios de obtenção de provas enumerados na Lei 12.850/2013, está prevista, no art. 4º, a colaboração premiada, por vezes referida pela doutrina como “delação premiada”. Tal instituto, já era previsto em outras legislações, como a revogada Lei nº 9.034/95 e leis especiais, como a Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro) e a Lei de Drogas (nº 11.343/2006), dentre outras, cada qual com suas especificidades (GRECO FILHO, 2014, p. 34).

A título exemplificativo, a Lei nº 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos -, introduziu o parágrafo 4º no art. 159 do Código Penal, estabelecendo uma minorante em favor do indivíduo que houvesse tomado parte, como coautor ou partícipe, do crime de extorsão mediante sequestro, cometido por quadrilha ou bando, e denunciasse o crime à autoridade, facilitando a libertação da vítima, fazendo jus, dessa forma, à redução de um a dois terços de sua pena. Ainda, a Lei nº 9.034/95, também previa que, em se tratando de crimes praticados por organização criminosa, a colaboração espontânea do agente, que levasse ao esclarecimento das infrações cometidas, proporcionaria a redução de um a dois terços da pena a ser aplicada. Ademais, sem a pretensão de esgotar os possíveis exemplos, a Lei nº 7.492/86, já previa a possibilidade de redução da pena para o coautor ou partícipe de crime praticado contra o sistema financeiro nacional, que colaborasse para o esclarecimento da atividade delituosa (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 119-120).

Entretanto, tais dispositivos, assim como outros que procuraram tratar do tema, abordaram o instituto de modo deficitário, se dedicando apenas a detalhar as consequências proporcionadas pela colaboração, sem abordar satisfatoriamente o ponto de vista procedimental (VASCONCELLOS, 2014).

Damásio de Jesus (2005) ainda alertava que a falta de consonância entre as legislações que se referiam ao tema da delação poderia acarretar dificuldades em sua aplicação. Para o autor, o ordenamento jurídico pátrio carecia de uma regulamentação expressa, especificamente sobre tal tema, de modo a evitar discrepâncias em sua aplicação e preencher as brechas existentes.

A solução sugerida pelo autor veio com o advento da Lei 12.850/13, que modificou tal cenário, pois buscou disciplinar a colaboração premiada com maior amplitude e de forma mais detalhada, diferentemente do que se observava nas leis

anteriores (GRECO FILHO, 2014, p. 34). A referida lei disciplina a colaboração premiada em seu art. 4º e seguintes. Vejamos:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 agosto 2013, Brasília, DF).

Além disso, a Lei 12.850/2013 se mostra muito mais detalhista em relação aos aspectos procedimentais da colaboração premiada, tratando de assuntos como a impossibilidade de participação do juiz nas negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo (art. 4º, §6º), a forma de homologação do acordo de colaboração pelo juiz (art. 4º, §§7º e 8º), a possibilidade de retratação da proposta e suas consequências (art. 4º, §10º), entre outros fatores relevantes (GOMES; DA SILVA, 2015).

Quanto ao conceito do instituto da colaboração premiada, segundo o comentário de Guilherme de Souza Nucci, *colaborar* significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; o que se associa ao termo *premiada*, que representa vantagem ou recompensa, possibilitando a extração do significado processual penal para o investigado ou acusado que a ela recorre: “admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro(s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou à autoria.” (NUCCI, 2017, p. 57).

Dessa forma, a colaboração premiada apresenta-se como um acordo realizado entre acusador e defesa, visando à redução da resistência por parte do réu e à sua conformidade com a acusação, tendo como principal objetivo facilitar a persecução penal, o que se busca por meio da concessão de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências da sanção imposta à conduta delitiva praticada. Trata-se, portanto, de um instituto complexo, abrangendo diversos atos, como negociações prévias, termo de acordo, homologação e análise as declarações do réu colaborador, de modo que cada uma dessas situações possui natureza específica e relevância ao mecanismo em geral (VASCONCELLOS, 2018, p. 28).

A colaboração premiada consiste, pois, nos termos da legislação em questão, na possibilidade de redução ou até mesmo isenção de pena para o acusado que, de forma efetiva e voluntária, colabore com a investigação e com o processo criminal, desde que das informações cedidas advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4º: “I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.” (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 115).

Nessa esteira, cabe pontuar que, ao se referir ao requisito da voluntariedade, o legislador pretendeu estabelecer que o acordo de colaboração deverá se dar de forma livre de qualquer coação física ao moral, embora não seja exigida espontaneidade, não havendo a necessidade de que a iniciativa parta da pessoa do acusado, por motivos de arrependimento ou intenção de colaborar com a instrução processual (NUCCI, 2017, p. 61).

A principal diferença entre espontaneidade e voluntariedade está no fato de que nessa se permite que o agente colabore por interferência de terceiros, já naquela se pressupõe que a intenção de praticar o ato - celebração do acordo de colaboração - tenha nascido exclusivamente da vontade do colaborador, sem qualquer interferência externa (GOMES; DA SILVA, 2015).

Portanto, a colaboração premiada deve ser fruto da livre manifestação pessoal do delator, sendo, porém, irrelevante o motivo pelo qual tal decisão foi

tomada, seja por vingança, arrependimento, inveja ou até mesmo ódio (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 119).

#### 4.2 A ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A Lei Nº 12.850, de 02 de Agosto de 2013, prevê que, nos casos em que seja possível a celebração do acordo de colaboração premiada, a concessão do benefício deverá levar em conta a personalidade do colaborador, bem como a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do delito e a eficácia da colaboração. É o que se observa da disposição contida no art. 4º, §1º, do referido diploma legal:

“§1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”  
(BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 agosto 2013, Brasília, DF).

Nesse ponto, após o enfrentamento do tema da personalidade como circunstância determinante para a aplicação da pena, realizado nos capítulos precedentes, se insere a problemática do presente trabalho. No entanto, aqui a personalidade desempenha função diversa daquela anteriormente observada. Vejamos.

Da leitura do dispositivo acima mencionado, observa-se que a personalidade do agente exerce grande influência na efetivação do acordo de colaboração premiada, dado que, em meio aos requisitos estabelecidos pelo artigo 4º da Lei 12.850/2013, a personalidade do colaborador se destaca como o elemento subjetivo a ser analisado para a aplicação do prêmio referente à colaboração, devendo o juiz verificar se a personalidade do agente – positiva ou negativa – relaciona-se ao fato praticado (NUCCI, 2017, p. 62).

Conforme a redação da Lei de Organização Criminosa, infere-se que o juiz deve se ocupar da personalidade do colaborador estritamente naquilo que se relaciona com o fato praticado, buscando, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 62), a “culpabilidade de fato (e não a culpabilidade do autor)”. Assim sendo, o criminoso que apresenta aspectos negativos em sua personalidade não

mereceria o perdão judicial, da mesma forma que deve ser apenado mais gravemente no momento da aplicação da pena.

Há, no entanto, discussões quanto à possibilidade de realização do acordo de colaboração premiada por acusado que já tenha descumprido anteriormente acordos em persecuções por outros crimes. Nesse ponto de vista, a análise da personalidade ou confiabilidade do indivíduo estaria ligada à admissibilidade do acordo, configurando requisito de validade que poderia impedir a sua homologação. Cita-se, ainda, a existência de projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional – PL 4.081/2015 – que trata da proposta de inserção de parágrafo ao art. 4º da Lei 12.850/13, prevendo expressamente que “ressalvada a hipótese do inciso V do caput, é vedada a colaboração premiada daquele que ostenta maus antecedentes ou que tenha rompido colaboração anterior” (VASCONCELLOS, 2018, p.106).

Para Nucci (2017, p. 63), de maneira diversa, a personalidade do colaborador constitui requisito a ser considerado apenas para a aplicação do prêmio referente à colaboração e não elemento que exerce influência quanto à admissibilidade do acordo.

A respeito de tais questionamentos, o Supremo Tribunal Federal (STF), no recurso de *Habeas Corpus* nº 127.483-PR<sup>2</sup>, julgado em 27/08/2015, firmou a posição de que a avaliação da personalidade do colaborador não configura um requisito de validade do acordo, mas sim elemento a ser considerado para o estabelecimento de suas cláusulas, especialmente na eleição do benefício a ser concedido ao colaborador, conforme dispõe o art. 4º, § 1, da Lei nº 12.850/13.

No caso, o STF afirma que, dado o próprio conceito legal de organização criminosa, é natural que seus integrantes, em tese, possam apresentar personalidade em desajuste ao convívio social, voltada à prática de delitos, de modo que o instituto da colaboração premiada seria totalmente ineficaz ou seria dificilmente aplicado caso fosse direcionado apenas a agentes que possuíssem um perfil psicológico considerado favorável.

Isso porque, em momento algum o parágrafo primeiro do art. 4º se refere a requisitos para o acordo de colaboração premiada, tendo em vista que o *caput*

---

<sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483-PR**, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, processo eletrônico dje-021 divulg 03-02-2016 public 04-02-2016 Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 6 out. 2018.

desse mesmo dispositivo não dispõe sobre o acordo propriamente dito, mas sim sobre o prêmio que poderá ser concedido a aquele que tenha colaborado com a investigação ou com o processo: perdão judicial, redução de pena ou substituição por restritiva de direitos.

Diante do exposto, parece ser possível concluir que a análise da personalidade como favorável ou desfavorável não deverá ser considerada como elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim como elemento determinante para a decisão quanto à aplicação do benefício dele decorrente. Assim, conforme o entendimento adotado pelo STF, a personalidade do colaborador não configura requisito de validade que possa impedir a homologação do acordo (VASCONCELLOS, 2018, p.106).

#### 4.3 VERIFICAÇÃO DA PERSONALIDADE DO COLABORADOR NO CASO CONCRETO

Os benefícios decorrentes do acordo de colaboração premiada, previstos no art. 4º, deverão ser definidos e aplicados até o momento da prolação da sentença, ocasião em que o magistrado, tendo em conta os elementos do acordo, poderá até mesmo declarar a extinção da punibilidade, por meio do perdão judicial, ou, caso contrário, fixar a pena privativa de liberdade, estabelecendo o *quantum* a ser aplicado, que poderá ser reduzido em até dois terços, ou ainda a sua substituição por penas restritivas de direitos (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 128).

No sentido do que foi demonstrado no capítulo anterior, tem-se que, de acordo com a doutrina jurídico-penal que adota um enfrentamento interdisciplinar quanto ao tema, a questão da personalidade no campo do Direito Penal se mostra bastante complexa, vez que esta é influenciada tanto por elementos herdados como por elementos adquiridos pelo indivíduo, inclusive em momento posterior à prática delitiva, de forma que não se configura como elemento estático e de fácil verificação, mas um processo de constante formação e modificação (BRUNO, 2009, p. 97-98).

Assim sendo, retomando os apontamentos de Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 315-316), temos que, mesmo nos campos da Psicologia e Psiquiatria, onde a personalidade é debatida e estudada com maior propriedade, não há definição exata quanto ao seu conceito. Sua verificação apresenta, portanto, grandes complicações ao magistrado, que, de modo geral, possui enormes limitações para a

análise da personalidade, por não possuir formação acadêmica ou conhecimentos suficientes dessas áreas para abordar o tema de forma satisfatória.

Nessa perspectiva, diante dos inúmeros embaraços em se estabelecer uma investigação suficiente a respeito do tema, percebe-se que esse elemento é extremamente controvertido, tendo em vista a dificuldade de se efetivar uma apuração democrática e imparcial da personalidade, ainda mais pelo juiz (ROSA, 2016, p. 293).

Nesse cenário, observa-se que, assim como ocorre no momento da individualização da pena, a circunstância da personalidade pode representar grandes embaraços para a adequada definição do benefício a ser conferido ao colaborador, tendo em vista seu caráter amplamente subjetivo.

Ainda assim, Nucci (2017, p. 62-63) discorda de tal ponto de vista, afirmando que, embora pareçam razoáveis as críticas quanto à adoção da personalidade no âmbito do acordo de colaboração premiada, não se pode deixar de considerar o princípio constitucional da individualização da pena, segundo o qual, a verificação dos aspectos subjetivos do colaborador fornece subsídios para que se chegue à justa medida para a aplicação da pena ou, nesse caso, da justa medida do benefício a ser concedido.

Não obstante, mesmo que tais obstáculos fossem inteiramente transpostos, haveria que se atentar a outro ponto de grande tensão para a discussão do tema, proveniente de uma das maiores críticas em relação à colaboração premiada, o qual adentra em questões éticas que envolvem o referido instituto.

Observa-se a existência de um posicionamento crítico, difundido por parte significativa da doutrina jurídico-penal, quanto à aplicabilidade do acordo de colaboração premiada, alicerçado no argumento de que o Estado, ao buscar o auxílio do próprio criminoso para investigar e combater práticas criminosas, estaria admitindo sua incapacidade de promover o controle da criminalidade, bem como que essa prática transmite a ideia da virtude da traição e de sua necessidade e indispensabilidade na guerra contra o crime organizado (CARVALHO; LIMA, 2009, p. 134).

A colaboração premiada apresentaria, segundo tal ponto de vista, certa carga antiética, vez que consiste na diminuição da pena, ou até mesmo no perdão judicial, para o agente que se presta a delatar seus comparsas, desde que

preenchidos os requisitos legalmente exigidos (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 115).

Segundo apontam Busato e Bitencourt (2014, p. 116-117), não se poderia admitir, sem maiores questionamentos, a premiação da conduta de traição de um indivíduo que, com a finalidade de obter benefícios para si, delata seus parceiros, com os quais deve ter tido uma relação de confiança para praticarem as atividades criminosas. Os autores questionam a legitimidade do Estado para estimular a deslealdade e a traição, mesmo que entre parceiros em uma organização criminosa, para garantir resultados que não consegue alcançar apenas por meio do aparato estatal de investigação. Além do mais, conforme sugerem, seria, no mínimo, arriscado confiar em informações originadas de uma traição, sendo que estas podem se mostrar traiçoeiras em seu conteúdo, pois é possível supor que alguém capaz de delatar seus companheiros de outrora, procurando obter vantagens pessoais, esteja também disposto a manipular as informações prestadas, com o fim de obter o benefício desejado.

Nessa ótica, estaríamos diante de situação onde o colaborador, sob incentivo do Estado, poderia se favorecer da própria torpeza, uma vez que além de ter participado da organização criminosa, se beneficiaria do fato de atraiçoar a confiança dos demais integrantes, delatando-os às autoridades (MOREIRA FILHO, 2016).

Dessa forma, partindo-se desse posicionamento, uma análise do instituto da colaboração premiada em conjunto com o sistema jurídico como um todo, possibilitaria observar certa contradição, visto que ora a traição é encarada como circunstância agravante ou qualificadora da prática criminosa, ora, quando diante de um acordo de delação, é premiada, podendo levar à diminuição ou até mesmo isenção da pena (PASTRE, 2009, p. 62).

Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 59), nesse mesmo caminho, cita como ponto negativo da colaboração premiada o fato de que a traição, de modo geral, acarreta a agravação ou qualificação do delito, razão pela qual não deveria ter proveito para o abrandamento da pena, como é previsto pela Lei nº 12.850/13.

Todavia, não se busca aqui uma aprofundada análise quanto a tal embate. Portanto, evitando a fuga ao objetivo do presente trabalho, o que se pode questionar, diante do exposto, é se a conduta do colaborador, ao concordar em denunciar seus antigos colegas – ou comparsas –, com a intenção de obter um

benefício para si próprio, não estaria demonstrando um aspecto reprovável de sua própria personalidade, que poderia ser valorado negativamente no momento da aplicação do prêmio? Isso porque, conforme aponta Nucci (2009, p.187-188), dentre os elementos negativos que podem ser determinantes para a valoração da personalidade do agente, estão o individualismo excessivo e o egoísmo, características intimamente ligadas a atos de traição.

Nessa linha de raciocínio, seria possível deduzir que tais condutas, quando encaradas como possíveis determinantes para a celebração do acordo de colaboração premiada, que é referido por parte da doutrina como um instituto permeado pelo estímulo à deslealdade e à traição, poderiam ser consideradas como feições indesejáveis ou reprováveis da personalidade do colaborador. Estaríamos, então, diante de uma enorme incoerência, vez que a própria aderência ao acordo de colaboração premiada, em detrimento da confiança ora existente entre os membros de uma organização, demonstraria características individualistas e egoístas do comportamento do colaborador, que poderiam ensejar a valoração negativa de sua personalidade, influenciando na concessão dos benefícios decorrentes da colaboração.

Ademais, buscando um distanciamento da análise de elementos subjetivos e abstratos, Enara Garro Carrera (2013, p. 17-18), em estudo voltado ao instituto da colaboração premiada nas discussões de sua utilização pelo ordenamento espanhol, considera que a aplicação da pena, ou sua atenuação, deve ser baseada em fundamentos sólidos, objetivamente verificáveis. Assim, segundo a autora, a teoria da pena da prevenção geral positiva seria a mais idônea para fundamentar de forma convincente a redução da pena, pois quando o próprio autor, através de sua conduta positiva, contribui para transmitir a mesma mensagem buscada pela reprimenda penal, retornando à conformidade com a lei, resta demonstrada a menor necessidade da aplicação da pena.

Nesse contexto, o comportamento pós-delitivo positivo do colaborador ganha acentuada relevância, pois, através das condutas por ele exteriorizadas, seria possível a verificação da sua disposição em alcançar os fins da pena, como ocorre, por exemplo, com a confissão e a reparação do dano, quando adquirem o valor expressivo de atos de arrependimento e de assunção de responsabilidade autonomamente decididos pelo infrator. Seriam relevantes, portanto, para a definição do benefício a ser concedido, os atos que demonstrem um compromisso

sério do colaborador, orientado a reparar ou mitigar o dano causado (CARRERA, 2013, p. 18).

A partir desse ponto de vista, a autora propõe a adoção de uma abordagem mais sistemática do referido comportamento, indicando aspectos chaves como ponto de partida para a articulação da relevância do comportamento pós-delitivo positivo.

Inicialmente, o abandono voluntário das atividades criminosas, demonstrado pela ruptura definitiva de quaisquer vínculos com a organização criminosa da qual fez parte, seria condição essencial para que demais condutas pós-delitivas positivas do criminoso possam ser revestidas de credibilidade. O colaborador, dessa forma, deverá renunciar a obediência à disciplina da organização e deixar efetivamente de contribuir para seus fins (CARRERA, 2013, p. 19).

Outro aspecto importante, porém nem sempre realizável no âmbito dos crimes praticados por organizações criminosas, é a reparação do prejuízo causado às vítimas, demonstrando arrependimento e vontade de reparar os danos causados por suas ações (CARRERA, 2013, p. 20).

Outro elemento significativo em tal análise é a posição hierárquica ocupada pelo colaborador, visto que quanto mais elevada a posição ocupada pelo sujeito na hierarquia da organização criminosa, maiores devem ser as exigências quanto à sua contribuição pós-delitiva para que essa possa influenciar na determinação da penalidade a ser aplicada. Isso porque, quanto maior o status ocupado pelo indivíduo dentro de uma organização criminosa, maior é o nível de informações a que tem acesso, podendo colaborar de maneira mais abrangente com as investigações (CARRERA, 2013, p. 20-21).

A autora ainda salienta que não devem ser subestimadas as consequências da delação, na medida em que as organizações criminosas, em geral, dispõem de recursos que permitem articular fortes reações contra os delatores. Assim, a recompensa recebida pelo colaborador não seria uma situação tão confortável como parece à primeira vista, visto que este pode estar colocando em risco sua própria vida e a de seus familiares (CARRERA, 2013, p. 21).

O elemento temporal também possuiria relevância na verificação do valor das condutas pós-delitivas do colaborador, de modo que a desvinculação espontânea da organização criminosa e apresentação perante as autoridades, antes de tomar conhecimento de que suas condutas estavam sendo investigadas, deverá ser valorada de forma especialmente positiva, ante a inexistência de um cálculo

interessado e a demonstração verossímil de assunção de responsabilidades. Não obstante, tal situação não ocorre com frequência, sendo mais habitual que o sujeito se disponha a colaborar após descoberta a prática delitiva ou mesmo após sua prisão. Doutra feita, a assunção de responsabilidade tardia deverá ser valorada de forma mais modesta, pois pode demonstrar que a adesão ao acordo de colaboração se deu unicamente por interesse no abrandamento da condenação (CARRERA, 2013, p. 21-22).

Por fim, intimamente ligado ao aspecto temporal, está o elemento subjetivo, pois tanto o abandono da prática criminosa como as demais condutas devem ser provenientes de decisão autônoma do colaborador e não ditadas pelas circunstâncias. Nesse ponto, a voluntariedade, entendida como ausência de coação ou pressão, não seria suficiente, sendo necessária a presença de um ânimo específico do sujeito de renunciar ao cometimento de delitos e um impulso de arrependimento pelos danos causados (CARRERA, 2013, p. 22).

Insta salientar que o elemento subjetivo referido pela autora seria verificado a partir do comportamento pós-delitivo positivo do colaborador, por meio do qual poderia ser demonstrada a sua intenção em colaborar com a justiça.

Carrera (2013, p. 23) propõe, dessa forma, que não se deve recorrer a uma subjetivação como chave decisiva para a atenuação da pena, mas limitar a valoração a fatos externos, visíveis e voluntários, verificáveis através do comportamento pós-delitivo positivo demonstrado pelo colaborador.

Diante desse panorama, faz-se necessária a adoção de uma perspectiva crítica em relação à verificação da personalidade do acusado no âmbito da colaboração premiada, buscando limitar um exame amplamente subjetivo, que muitas vezes extrapola as possibilidades decisórias do julgador ou da autoridade responsável pela propositura e negociação dos termos do acordo (VASCONCELLOS, 2018, p. 137).

Ainda mais porque, no contexto das grandes operações contra o crime organizado, o acordo de colaboração premiada, que deveria ser encarado como forma excepcional de obtenção de prova, tem se tornado regra, exercendo muitas vezes papel central na investigação de grandes organizações criminosas (DA SILVA, 2017, p. 290). Assim, tendo em vista sua vasta aplicação, imprescindível é a discussão quanto aos elementos que podem influenciar a aplicação do prêmio, de modo a garantir que o colaborador seja agraciado com a benesse a que faz jus.

Nesse caminho, o julgamento da personalidade do agente, considerada no contexto da colaboração premiada, pode ocasionar mais dificuldades do que benefícios para a justa aplicação do benefício, de modo que seria preferível a verificação de outros aspectos, de natureza objetiva, como, por exemplo, a coerência das informações prestadas, as lacunas, contradições ou dúvidas existentes nas declarações do colaborador, elementos esse que teriam aptidão para possibilitar, com maior clareza, a averiguação da consistência e credibilidade da colaboração (PEREIRA, 2016, p. 204).

Ademais, nas palavras de Bitencourt e Busato (2014, p. 124-126), ao contrário do que se observa no momento da fixação da pena, a verificação de critérios subjetivos no acordo de colaboração premiada, sobretudo da personalidade do colaborador, seria um “disparate”, sendo flagrante a inclinação para o rumo do direito penal do autor, que se choca com o ideário de um direito penal do fato e da culpabilidade, fundamentos de um direito penal inserido num Estado Democrático de Direito. Isso porque, na colaboração premiada não há individualização da pena, mas tão somente a consideração das possibilidades, necessidades e oportunidades relacionadas à produção da prova. Dessa forma, para os autores, seria um grande equívoco a obrigação de levar em conta a personalidade do agente na colaboração premiada. Relevante seria, conforme apregoam, considerar os elementos de ordem objetiva, como as circunstâncias, a gravidade, a repercussão do crime e a eficácia da cooperação do acusado.

Outrossim, a circunstância da personalidade do colaborador pode ocasionar a abertura de brechas para uma ampla discricionariedade que, combinada com a falta de fundamentação, pode tender para o terreno da arbitrariedade, elevando os níveis de seletividade do direito penal. Conseqüentemente, a falta de clareza com relação ao cálculo das reprimendas negociadas não está de acordo com o espírito democrático exigido pelo princípio da legalidade, que impõe critérios objetivos de fixação da pena, buscando restringir arbitrariedades e tratamentos desiguais (DA SILVA, 2017, p. 306).

Ainda nesse sentido, a Orientação Conjunta 1/2018 do Ministério Público Federal<sup>3</sup>, que versa sobre os acordos de colaboração premiada, sugere que:

Ao propor os benefícios, o Membro do Ministério Público Federal deve considerar parâmetros objetivos, dentre os quais: quantidade de fatos delitivos narrados pelo colaborador; oportunidade da colaboração (ou seja, o momento em que revelou os fatos desconhecidos à investigação); a natureza e credibilidade da descrição dos fatos narrados; a culpabilidade do agente em relação ao fato; os antecedentes criminais; a disposição do agente em cooperar com a investigação e persecução de outros fatos; os interesses da vítima; o potencial probatório da colaboração e outras consequências em caso de condenação; as provas apresentadas pelo colaborador e as linhas de investigação ampliadas. (Ministério Público Federal, 2018).

Observa-se, portanto, que, a despeito da previsão legal de que a personalidade do colaborador deverá ser levada em conta para a aplicação do benefício, a prática tem demonstrado que a verificação dos elementos objetivos se mostra mais útil ao fim almejado (e talvez impeça maiores desacertos), tendo em vista a maior possibilidade de valoração das informações verificáveis no caso concreto.

Assim, no sentido do que foi trabalhado até aqui, pode-se sustentar que, tendo a personalidade um significado bastante aberto e subjetivo, o julgador, de forma geral, não possui a habilidade necessária para proceder tal análise. Portanto, seria preferível que a atenção, tanto no momento de definição do benefício decorrente da colaboração premiada, quanto no momento de aplicação da pena, estivesse voltada aos elementos objetivamente constatáveis.

Percebe-se, ainda, que as dificuldades enfrentadas para analisar tal elemento, pelo juiz, no momento da aplicação da pena, bem como pela autoridade responsável pela formalização do acordo de colaboração premiada, no momento de definição do benefício aplicado, poderão alterar significativamente os resultados obtidos em decorrência da cooperação, tendo em vista que, conforme determina a Lei 12.850/2013, o benefício concedido poderá ser de diminuição de até  $\frac{2}{3}$  da pena, substituição por penas restritivas de direitos ou até mesmo o perdão judicial ao acusado.

---

<sup>3</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação Conjunta nº1/2018: Acordos de Colaboração Premiada**. Brasília, 23 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2018.

Seria, então, mais prudente que tal decisão estivesse alicerçada em elementos de caráter objetivo, mais facilmente verificáveis no caso concreto, pois um juízo fundamentado nas características subjetivas do colaborador apresenta-se como demasiadamente incerto e maleável, como uma previsão muito pouco segura, em regra influenciada por concepções previamente estabelecidas, acarretando em inconvenientes brechas para abusos e arbitrariedades (VASCONCELLOS, 2018, p. 106).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o escopo de adentrar ao estudo do tema da personalidade no âmbito da ciência jurídico-penal num recorte específico, mostrou-se imprescindível ao desenvolvimento do presente trabalho a abordagem de conteúdos essenciais relacionados ao princípio da individualização da pena.

Como se pode observar, o referido princípio, que se encontra calcado na ideia de limitação do arbítrio judicial, notado em regimes onde a delimitação e execução da pena ficam à margem da determinação legal, prega que todo indivíduo possui o direito de ter sua pena particularizada de acordo com a conduta praticada e suas características pessoais, bem como com os efeitos decorrentes da prática delitiva. Tal preceito fundamental, assegurado no art. 5º da Constituição Federal de 1988, se concretiza, primeiramente, em um momento legislativo, onde são eleitos os fatos criminalmente puníveis e realizada a determinação relativa das sanções a eles cominadas, por meio da definição dos limites mínimos e máximos para a aplicação da pena.

Posteriormente, no estágio judicial da individualização da pena, o magistrado deve proceder à aplicação da sanção legalmente prevista ao caso concreto, devendo observar os contornos previamente estabelecidos. Num terceiro momento, acontece a individualização executória, em decorrência das particularidades de cada caso, que, a partir da condenação concretamente aplicada, determinarão os contornos do cumprimento da pena.

O mecanismo de aplicação da pena adotado pelo ordenamento jurídico pátrio é aquele conhecido como método trifásico, segundo o qual deverão ser consideradas as circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59 do Código Penal, em seguida consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, as causas especiais de diminuição e de aumento.

Com a atenção voltada ao primeiro estágio da aplicação da pena - fase judicial -, onde se destaca a elevada discricionariedade concedida ao julgador, foi possível verificar que a circunstância judicial da personalidade do agente, elemento subjetivo determinante para a fixação da pena-base, fomenta enormes discussões no campo do Direito Penal, não havendo posicionamento uniforme por parte tanto da doutrina como da jurisprudência. Isso porque, ante a ausência de uma definição legal precisa, restou aos responsáveis pela interpretação da norma legal a

empreitada de buscar o conceito da circunstância judicial da personalidade trazido pelo art. 59 do Código Penal.

Dentre os inúmeros posicionamentos analisados, foi possível observar que, de maneira geral, as ideias analisadas se dividem em dois grandes grupos. De um lado, encontramos pontos de vista alinhados à ideia de que não seria possível a atribuição da análise da personalidade do agente ao juiz, vez que este não seria o profissional melhor capacitado para tal tarefa, devendo, desse modo, procurar o auxílio de profissionais das áreas da Psicologia e Psiquiatria, campos que estariam mais intimamente ligados ao tema, ou mesmo abandonar tal circunstância judicial. Noutra direção, observamos considerações no sentido de que a personalidade a qual se refere o dispositivo acima mencionado possui conteúdo predominantemente jurídico, sem correlação com conceitos psicológicos ou psiquiátricos, sendo a sua verificação parte essencial da individualização da pena, contribuindo, justamente, para a diferenciação do acusado com relação aos demais.

Foi possível observar, portanto, que a falta de convergência por parte da doutrina e da jurisprudência, aliada à ausência de uma definição legal suficiente, acaba por dificultar a análise da personalidade do acusado no caso concreto, recobrando tal circunstância judicial, por vezes, com um véu de dúvidas e incertezas.

Ainda assim, mesmo diante das diversas controvérsias relacionadas ao tema, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei de Organização Criminosa), ao tratar do instituto da colaboração premiada, trouxe a personalidade do colaborador como circunstância de caráter subjetivo a ser considerada para a concessão do benefício.

Dessa forma, o legislador, mesmo que de forma involuntária, acabou transportando para o campo da colaboração premiada inúmeras discussões acerca do elemento da personalidade, que, somadas a questões provenientes de severas críticas ao caráter encarado como antiético desse instituto, acabam por gerar grandes empecilhos para a justa definição do prêmio a ser concedido ao acusado que se dispõe a cooperar com a justiça.

Diante de tal panorama, o que se propõe é que a concessão do prêmio decorrente da celebração de acordo de colaboração necessita de fundamentos sólidos, objetivamente verificáveis no caso concreto, como sugerido por Enara Garro Carrera (2013), ao se referir ao comportamento pós-delitivo positivo do colaborador, que, segundo a autora, permitiria aferir se a conduta exteriorizada pelo acusado

estaria de acordo com os fins almejados pela aplicação da pena, justificando, assim, a imposição de uma sanção mais branda.

Observou-se, ainda, que, para além das críticas doutrinárias acerca do tema, o Ministério Público Federal, principal protagonista na proposição dos acordos de colaboração premiada celebrados no contexto das grandes operações de combate ao crime organizado, firmou orientação pela primazia da análise de parâmetros objetivos para a concretização das colaborações.

Diante do exposto, partindo-se uma perspectiva crítica quanto à análise da personalidade do colaborador, é possível depreender que seria mais coerente e seguro que a decisão quanto à aplicação do benefício decorrente do acordo de colaboração premiada estivesse apoiada em elementos objetivos, pois julgamentos assentados naqueles de carácter subjetivo, sem delimitações precisas, como é o caso da personalidade, podem deixar abertas as portas para a seletividade e arbitrariedade, representando uma grave ameaça ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 20ª Ed. rev., ampl. E atual: São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Ebook.

BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, dez 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.850, de 02 agosto 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**. Brasília, DF, ago 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127483-PR**, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, processo eletrônico dje-021 divulg 03-02-2016 public 04-02-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 6 out. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança**, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Vol. 1: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. 9ª Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRERA, Enara Garro. **Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa: Claves para una reelaboración**. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2013, 1: 17-31. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4122684>>. Acesso em: 16 out. 2018.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. **Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática**. Revista Jurídica, São Paulo, ano 57, nº 385, 2009. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20385%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2018.

DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 2017, 3.1: 285-314. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/50>>. Acesso em: 16 out. 2018.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Com colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Criminalidade organizada e justiça penal negociada: Delação premiada**. Revista FIDES, 2015, 6.1. Disponível em: <<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/download/211/218>>. Acesso em: 4 out. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2012 Niterói: Impetus, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de Direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1994, 2.5: 55-69.

JESUS, Damásio E. de. **Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 4 out. 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Revista Custos Legis. 2013. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Colaboracao\\_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica\\_Custus%20Legis\\_Andrey\\_A%20delacao\\_premiada.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf)>. Acesso em: 3 out. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação Conjunta nº1/2018: Acordos de Colaboração Premiada**. Brasília, 23 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP**. 28. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2012. – São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões. **Delação premiada – Breves considerações**. 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13500-13501-1-PB.pdf>> Acesso em: 6 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Organização Criminosa**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PASTRE, Diogo Willian Likes. **O instituto da delação premiada no direito processual penal brasileiro**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. n. 53, v. 9, 2009. Disponível em: <[http://www.prto.mpf.gov.br/pub/geral/Instituto\\_da\\_delacao\\_iobp\\_53\\_57.pdf](http://www.prto.mpf.gov.br/pub/geral/Instituto_da_delacao_iobp_53_57.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

STOCO, Tatiana de Oliveira. **Personalidade do agente na fixação da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. Ebook.

\_\_\_\_\_. **Justiça criminal premial: introdução à regulamentação jurídica da delação premiada no ordenamento brasileiro e às alterações da lei nº 12.850/2013**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, 2014. 62: 34. Disponível em: <[https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x\\_sepesq/arquivos\\_trabalhos/2968/83/63.pdf](https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x_sepesq/arquivos_trabalhos/2968/83/63.pdf)> Acesso em: 3 out. 2018.