

**A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA-BASE NAS SENTENÇAS DO TJDF: UMA  
ANÁLISE EMPÍRICA DA UTILIZAÇÃO DE SENTENÇAS ANTERIORES NA  
VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS**

THE INDIVIDUALISATION OF THE BASE-PENALTY IN SENTENCES FROM THE  
TJDF: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE USE OF PREVIOUS SENTENCES IN THE  
VALUATION OF JUDICIAL CIRCUMSTANCES

*Rebeca Brasil Moura Nunes*

Data de Submissão: 16/9/2022

Data de Aceite: 29/1/2023

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo apresentar um estudo empírico de sentenças judiciais condenatórias proferidas, no ano de 2018, por juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em relação a crimes de roubo e de furto. Buscou-se compreender os discursos prolatados na fundamentação da primeira fase da dosimetria da pena, com foco em três das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal: antecedentes criminais, conduta social e personalidade do agente. Por se tratar de elementos de tipo aberto, sem conceitos precisos determinados na lei ou jurisprudência, objetivou-se investigar as definições utilizadas para estabelecer as penas-base aplicadas pelos juízes. Essencialmente, pretende-se focar nas relações entre as circunstâncias judiciais mencionadas e o instituto reincidência, na forma do art. 63 do mesmo diploma legal, bem como as consequências de imprecisões e confusões conceituais nas penas-bases dos sentenciados.

**Palavras-chave:** PDireito Penal. Circunstâncias judiciais. Antecedentes criminais. Personalidade do agente. Conduta social.

**Abstract:** *This research aims to present an empirical study of judicial rulings with guilty verdicts, issued in 2018 by the Court of Justice of the Federal District and Territories, in crimes of robbery and theft. It was sought to comprehend the speeches presented with focus in the judicial circumstances of criminal record, social conduct, agents personality, from art. 59 of the Brazilian Penal Code, in order to justify the first phase of the penalties dosimetry. As this are elements of an open criminal type, without precise concepts defined by law or jurisprudence, the paper focused on investigating the definitions used to set the base penalties enforced by the judges. Specially, it is intended to present the connections between these judicial circumstances and the concept of recidivism, as described in the art. 63 of the same statute, and the consequences of conceptual inaccuracies and confusions in the base-penalties of the convicts.*

**Keywords:** *Criminal Law. Judicial Circumstances. Criminal record. Agent's personality. Social conduct.*

## 1. INTRODUÇÃO

A principal forma de punição adotada pelo sistema penal brasileiro é a privação de liberdade<sup>1</sup>. Ainda que a pena possa ser posteriormente substituída por outras formas de cumprimento, essa é a base para a determinação da sanção a ser cumprida pelo condenado criminalmente. Desse modo, o preceito secundário é, na maioria dos tipos penais, definido a partir do tempo de encarceramento a ser vivenciado pelo indivíduo, já que este é “o critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de retribuição equivalente do crime no Direito”<sup>2</sup>.

Para a cominação das penas criminais individualizadas, o Código Penal<sup>3</sup> estabelece os critérios a serem seguidos, que formam o método trifásico de aplicação da pena. Tais parâmetros objetivam conferir a quantidade de pena necessária e suficiente para o delito concreto<sup>4</sup>, na forma estipulada no art. 68 do Código Penal, sendo sua primeira fase a fixação da pena-base, cujos critérios são apresentados no art. 59 do referido diploma legal.

A pesquisa realizada tem por objetivo compreender os critérios utilizados pelos juízes na cominação da pena-base, considerando a ampla margem de discricionariedade do julgador. Justifica-se a escolha pelo fato de não haver, no ordenamento brasileiro, critérios qualitativos, que estabeleçam uma definição acerca das circunstâncias judiciais, bem como de seus limites, ou quantitativos, que determinem o aumento ou a diminuição de pena a serem perpetrados nessa primeira fase da dosimetria.

Para tanto, e a fim de delimitar a quantidade de material a ser analisado, foram selecionadas sentenças de primeiro grau, referentes a crimes de patrimônio (furto, furto qualificado, furto privilegiado, roubo e roubo qualificado), proferidas no ano de 2018, pelas varas criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Motivou-se a escolha pelo uso constante das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal no sentenciamento por esses delitos, bem como por serem perpetrados por agentes, em geral, de classe mais baixa, mais propícios aos julgamentos estereotipados da sociedade e, assim, dos magistrados. Essa seleção limitou o universo de análise em cerca de 1.800 sentenças condenatórias.

Dentre essas, todavia, foram selecionados apenas aquelas com julgamento de mérito e condenação, parâmetros necessários para o foco da análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal. Também foram retiradas algumas que estavam duplicadas na lista ou que a condenação

1 SANTOS, J. C. dos. **Direito penal**: parte geral. 5ª Ed., Florianópolis: Conceito Ed, 2012, p. 472.

2 *Ibidem*, p. 455

3 BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

4 SANTOS, J. C. dos., 2015, *Op. Cit.*, p. 512-514.

se referia a outros crimes que não das formas de roubo e de furto. Assim, finalizou-se o processo de escolha das sentenças que seriam avaliadas, totalizando 1.234 casos.

O estudo completo objetivou investigar esse primeiro momento da dosimetria das penas. Ocasão em que se estabelece, dentro dos parâmetros legais de pena mínima e máxima, aquela que deve ser inicialmente fixada, com base unicamente nas amplas circunstâncias judiciais apresentadas no art. 59, do Código Penal – culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Esse é o momento de maior potencial discricionário do juiz na condenação e a que possui maior peso, pois influencia todos os outros momentos, a saber: o cálculo dos agravantes e atenuantes, das minorantes e majorantes, o estabelecimento do regime de cumprimento da pena e a concessão de benefícios como livramento condicional, substituição por pena restritiva de direitos etc<sup>5</sup>.

Pretende-se apresentar neste artigo os resultados da pesquisa empírica acerca do elemento que mais gera aumento nas penas-base: a Folha de Antecedentes Penais (FAP). Trata-se de um documento utilizado em diversos momentos da formulação da pena definitiva dos réus. Deve-se explicar, porém, que não foram acessados os processos na íntegra e, portanto, nem as FAPs que são mencionadas nos argumentos dos magistrados que serão apresentados. Todavia, foi possível formular uma crítica ao discurso judicial sobre essas valorações que, a depender do juiz, apresentam-se mais ou menos detalhadas.

Em sua célebre obra “Vigiar e Punir”, Michel Foucault, ao fazer uma digressão histórica sobre penas e prisões, explicita que, apesar de ser antiga a utilização da reincidência para promover punições, este elemento passa, em meados do século XIX, a qualificar o indivíduo. Assim, “através da reincidência, não se visa o autor de um ato definido pela lei, mas o sujeito delincente, uma certa vontade que manifesta seu caráter intrinsecamente criminoso”<sup>6</sup>. Desse modo, aqueles que reiteradamente chegassem ao sistema criminal no banco dos réus já receberiam, de início, tratamento punitivo diferenciado, pois não eram apenas indivíduos movidos pelos ditos motivos “passionais”, que os levariam à loucura de um delito, mas criminosos habituais, a serem marcados como perigosos para a sociedade.

Desde então, o conceito e a função da reincidência nas legislações penais sofreram constantes alterações, sendo adaptados pelos contextos específicos de cada época e de cada país. No contexto

5 CARVALHO, S. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325.

6 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhe. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 99.

brasileiro, manteve-se sempre como configurador de recrudescimento da pena. Atualmente, a reincidência é definida como a prática de um novo crime cometido dentro do período de 5 (cinco) anos após o cumprimento ou a extinção de um delito anteriormente transitado em julgado, como ditam os artigos 63 e 64 do Código Penal<sup>7</sup>.

Essa definição de reincidência apresenta-se, na legislação penal brasileira, como um agravante da pena, a ser avaliada na segunda fase da dosimetria. Todavia, pretende-se aqui demonstrar que outras acepções desse instituto, que remetem a um conceito de reincidência mais abrangente, tal como percebido na digressão histórica de Foucault, não foram completamente abandonadas.

Notou-se que os juízes criminais confundem, em diversas sentenças, os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do agente<sup>8</sup> com a reincidência, além de não considerarem, em sua aferição, os limites legais. Para a valoração dessas circunstâncias judiciais, utiliza-se a FAP, que, a princípio, deveria servir somente para avaliação de reincidência e dos antecedentes criminais, cada um com sua definição, o que veremos que não é o que ocorre. Assim, o indivíduo é constantemente marcado como criminoso, sendo seu passado indiscriminadamente valorado.

Se não bastasse, os elementos utilizados para valoração das circunstâncias judiciais avaliadas não são claramente definidos pelos juízes, que fazem constatações genéricas, sem firmarem conceitos precisos acerca dos diferentes elementos apresentados na legislação penal. As significações, apesar de profundamente relevantes para a formulação da pena em concreto, são, em geral, desconsideradas pelos juízes, que partem do falso pressuposto de estarem presentes na legislação todas as informações necessárias para sua análise. Com isso, abre-se um espaço não apenas de possibilidades infinitas, como de obscuridade absoluta acerca das razões que levam a formulação da pena, dando aos juízes poderes limitadamente (entre as penas mínima e máxima) ilimitados e abrindo margem para a insegurança jurídica.

Com a finalidade de compreender os discursos jurídicos hegemônicos, que influenciam na formação da pena-base a partir das opções dos julgadores ao definirem os conceitos legais, a presente pesquisa tem como eixo um estudo empírico da aplicação, pelos juízes da área penal, das circunstâncias judiciais determinadas no art. 59 do Código Penal que aferem, de alguma forma, um passado do agente (antecedentes criminais, personalidade e conduta social) no momento da atribuição da pena-base.

<sup>7</sup> A partir do cotejo do universo de sentenças, procura-se realizar uma análise detalhada da BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>8</sup> *Idem*.

qualificação, pontuando também a quantificação, da primeira fase da dosimetria das penas praticada pelos magistrados, com centralidade não apenas na valoração dada às circunstâncias judiciais no momento de aumento ou redução da pena, mas também, e principalmente, nos conceitos utilizados pelos juízes com a finalidade de concretizar tal valoração.

Serão apresentadas análises individuais da própria reincidência, bem como, e especialmente, de cada uma das circunstâncias citadas (antecedentes, personalidade do agente e conduta social). Para compor o estudo, serão feitos comparativos entre as lições dogmáticas acerca dos institutos referidos e os discursos judiciais, ou seja, entre a teoria e a prática. Far-se-á comparações sobre as aplicações penais destes institutos, realizando-se, ao fim, observações acerca do princípio do *ne bis in idem* e como as práticas judiciais atuam em relação a este. Com essa finalidade, foram selecionados importantes autores da literatura mais atualizada das ciências criminais, com centralidade no livro “Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro”, de Salo de Carvalho, que detalha o processo de formulação das penas concretas no sistema jurídico do Brasil, mas sem olvidar outras importantes referências no assunto.

## 2. REINCIDÊNCIA E ANTECEDENTES CRIMINAIS

Inicialmente, escrutina-se o mais objetivo dos critérios de valoração da pena acima mencionados, a reincidência. Isso porque tal critério explicitado e restringido pela própria lei penal, cujo artigo 63 dispõe: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”<sup>9</sup>. Por sua vez, o inciso I do dispositivo subsequente delimita o período de 5 (cinco) anos após a data de cumprimento ou extinção da pena como tempo máximo para que condenação anterior possa ser considerada como reincidência. Tal limitação temporal confere efetividade à Constituição Federal, que proíbe expressamente penas perpétuas<sup>10</sup>.

Assim, para fins da presente pesquisa empírica, há pouco o que se discutir em relação à aplicação do instituto da reincidência pelos juízes criminais. Com efeito, observou-se que há uma subsunção

9 BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

10 Art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição. BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 20 de ago. de 2022.

literal da norma penal aos casos concretos.

O mesmo não ocorre com as circunstâncias judiciais, por serem elas apenas elencadas de forma abrangente, aberta e imprecisa. Percebe-se, desse modo, da análise dos antecedentes penais, que permanece a mesma motivação punitiva que a reincidência, com algumas discrepâncias entre a doutrina penal e a aplicação do Código Penal.

Ainda assim, a circunstância referente aos “antecedentes criminais” é, dentre as demais, a que possui uma fundamentação mais precisa e aceita na doutrina e na jurisprudência, pois, mesmo que existam diversas controvérsias acerca de pontos específicos, seu entendimento é profundamente baseado no instituto da reincidência.

Os antecedentes são considerados, de forma mais genérica, como qualquer outro envolvimento do agente com o sistema criminal, antes da prática do novo crime<sup>11</sup>. Sendo assim, os antecedentes criminais englobariam a reincidência, que seria uma espécie do gênero. Não obstante, para a definição de antecedentes criminais como circunstância judicial, capaz de influir negativamente na pena a ser aplicada, foram impostos limites necessários à adequação com o ordenamento jurídico brasileiro. Exemplo disso são as Súmulas 241<sup>12</sup> e 444<sup>13</sup>, ambas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que atuam na regulamentação deste instituto em conjunto com demais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que serão analisados.

Outra característica especial dessa circunstância, que limita o grau de disparidades entre os entendimentos jurisprudenciais, é que ela não comporta uma forma positiva, ou há antecedentes a serem avaliados, ou não, caso em que se torna neutra a circunstância. É normal que o juiz diga apenas que “o réu é primário, de bons antecedentes” ou “não possui antecedentes criminais” para que se compreenda o que está sob avaliação: não há anotações em sua Folha de Antecedentes Penais, único instrumento apto a gerar provas acerca desta circunstância.

Apesar de compartilharem esse meio probatório, soluciona-se doutrinariamente a questão, acerca da diferenciação entre a circunstância judicial e a reincidência, ao se considerarem “antecedentes para fins de análise judicial na aplicação da pena-base aquelas condenações criminais com trânsito em julgado que não constituem reincidência”<sup>14</sup> – que seriam aquelas cujo trânsito em julgado ocorre em

11 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 356.

12 “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial” (Superior Tribunal de Justiça, SÚMULA 241, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/08/2000, DJ 15/09/2000, p. 229)

13 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Superior Tribunal de Justiça, SÚMULA 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

14 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 360.

momento posterior ao cometimento de novo delito. Assim, o tempo dos fatos e o tempo do trânsito em julgado estabelece a possibilidade de aplicação da reincidência ou dos antecedentes criminais para recrudescimento da pena. Tem-se, então, que cada um destes institutos é determinado de forma específica, de forma a impedir confusões entre estes na aplicação penal, já que os antecedentes seriam aplicados somente nos casos em que não cabe a aplicação da reincidência.

Aqui começam as primeiras divergências importantes entre a dogmática penal e a prática judicial. Nota-se que, em sua maioria, os juízes não se dedicam a explicar o que consideram como antecedentes, meramente citando a Folha de Antecedentes Criminais (FAP). Cria-se uma divergência considerável entre essas decisões pouco elaboradas, que não apresentam o significado dado pelo juiz à circunstância analisada, e aquelas com explicações extensas que convergem exatamente com o entendimento dogmático, confira-se:

O acusado ostenta uma condenação criminal, definitivamente julgada, a qual, no entanto, não é dada à caracterização da reincidência, tendo em vista a data do trânsito em julgado. Assim, valho-me da condenação proferida nos autos do processo 1295-8, da Vara Criminal e Tribunal do Júri do Núcleo Bandeirante, referente a fato ocorrido em 11/03/2015 (anterior ao ora apreciado), e com trânsito em julgado em 24/10/2017 (data posterior ao fato aqui em apuração, porém anterior ao julgamento do feito). Dessa forma, o réu registra maus antecedentes criminais.<sup>15</sup>

Ou, de forma mais simplificada, mas seguindo o entendimento, com a simples relação de datas, como: “a ré possui maus antecedentes (Processo nº 2010.01.1.136137-7; data do fato: 29/07/2010; Data do trânsito em julgado: 16/02/2017 - fl. 220)”<sup>16</sup>.

Essas explicações acertadas contrastam com sentenças nas quais os institutos se confundem, a saber: quando o julgador considera apenas o fato de o réu possuir mais de um crime anterior transitado em julgado como suficiente para que seja considerado reincidente e possuidor de antecedentes criminais negativos. É apenas afirmado que o réu “possui maus antecedentes” ou indicada a página onde está a folha de antecedentes do réu. Em casos assim, impossível saber, de pronto, qual entendimento acerca dos antecedentes foi aplicado ou em que se baseou o juiz para afirmar os antecedentes, o que gera insegurança no processo, pois não fica claro como e por qual razão foi tomada a decisão de aumentar a pena.

Em diversas hipóteses, de forma explícita, não é feita qualquer diferenciação entre antecedentes e reincidência, sendo considerado unicamente o número de condenações que possui o réu. Assim, a

15 Processo nº. 20170110135168, TJDFI.

16 Processo nº. 20181610022673, TJDFI.

primeira condenação seria utilizada para configurar a reincidência, e, havendo outras condenações, o réu tem sua pena aumentada também com base na circunstância dos antecedentes. Os juízes criam, com essa forma de valoração, o instituto da multirreincidência, como autorizadora de uma valoração negativa localizada tanto na primeira quanto na segunda fase na dosimetria penal, ou seja, “a jurisprudência ampliou o conceito de reincidência para o de multirreincidência ou reincidência qualificada e criou a consequência legal para isso”<sup>17</sup>.

Ainda que a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça imponha que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”, os julgadores utilizam a argumentação de que não estariam violando o ordenamento, por tratarem de condenações diferentes. Há, portanto, uma desvirtuação do próprio conceito de reincidência, que aparece vinculado a uma condenação penal transitada em julgado, estando outra condenação a mais excluída deste escopo e, portanto, passível de gerar a valoração negativa das circunstâncias judiciais.

Tal entendimento ocorre de forma reiterada nas motivações das sentenças proferidas. São realizadas divisões entre as sentenças anteriores de forma completamente arbitrária, sem qualquer explicação das razões que levariam uma condenação a configurar reincidência e outras a configurarem antecedentes, sendo feita uma separação simplista entre os dois institutos. Veja-se como:

No exame dos antecedentes, verifico que o acusado possui três condenações criminais transitadas em julgado (fls. 32/33, 35, 36), a primeira será considerada somente na segunda fase do cálculo da pena para fins de reincidência, ao passo que as demais serão utilizadas nesta etapa da dosimetria como maus antecedentes.<sup>18</sup>

O réu tem maus antecedentes, possuindo duas condenações com trânsito em julgado, de modo que utilizo o registro de fls. 25/26 para desvalorar essa circunstância judicial, deixando o outro para a análise da reincidência.<sup>19</sup>

As valorações aplicadas nesses casos subvertem todo o entendimento criado acerca do que seria o instituto dos antecedentes criminais. Confunde-se seu significado ao realizar apenas uma dupla aplicação da reincidência, ou seja, sendo julgado o mesmo elemento mais de uma vez, o que configura uma clara afronta ao princípio do *ne bis in idem*<sup>20</sup>. Este princípio, que será melhor desenvolvido adiante, é

17 JACOB, Muriel Amaral *et al.* A REINCIDÊNCIA CRIMINAL: CULTURA PUNITIVISTA E AS IMPLICAÇÕES NA DOSIMETRIA DA PENA. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; LANNES, Yuri Nathan da Costa. **Anais do V Congresso Nacional da FEPODI**. Florianópolis: FEPODI, 2017, p. 865.

18 Processo nº. 20170910134403, TJDFI.

19 Processo nº. 20180710022722, TJDFI.

20 Para uma definição do princípio do *ne bis in idem*, Cf: QUEIROZ, P. **Ne bis in idem**. “Não é possível punir-se, mais de uma vez, uma mesma conduta (ação ou omissão) por um mesmo fundamento jurídico, sob pena de violação ao princípio *ne bis in idem*, que tem tríplice dimensão: penal, processual e executória, a impedir que o réu ou indiciado possa ser investigado, processado, condenado ou punido pelo mesmo fato. O princípio está previsto no artigo 14, 7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: ‘Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país’. E no Pacto de São José da Costa Rica, cujo artigo 8º, 4, diz: ‘O acusado absolvido por sentença passada em julgado não



um dos pilares do funcionamento do direito penal no sistema democrático de direito, de acordo com o qual não se pode punir alguém mais de uma vez pelo mesmo fato. Ainda que não seja a mesma anotação na FAP, o fato em análise não poderia considerar o crime anterior em concreto, pois isso, por si só, já seria uma dupla punição. O que deveria ser considerado é o fato de possuir o réu condenação anterior com trânsito em julgado, podendo configurar reincidência ou antecedentes, cada um destes em sua esfera de significação, sendo institutos diversos, não intercambiáveis.

As críticas doutrinárias realizadas contra o instituto da reincidência também se agravam com essa pretensão de se realizar mais uma punição com base em condenações anteriores. Se “a reincidência (ficta ou real) significa dupla punição do crime anterior: a primeira punição é aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o quantum de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência”<sup>21</sup>, o critério caracteriza uma tripla punição, em que é acrescentado tempo de pena em cada um dos crimes cometidos anteriormente, utilizando-se de institutos distintos.

Aliás, mesmo quando o julgador busca diferenciar os antecedentes criminais da reincidência, o faz de forma a afastar-se ainda mais dos entendimentos apresentados pela doutrina penal. Utiliza-se a falta de determinação legal acerca da delimitação dos antecedentes criminais, tanto em relação ao seu conceito quanto ao seu limite temporal, para recrudescer a pena, seja desconsiderando o prazo limitador de 5 (cinco) anos que regulamenta a reincidência, seja contraditando a Súmula 444 do STJ, com base em conceitos completamente alheios ao sistema penal vigente, como a ideia de “plausibilidade na manutenção da condenação”. Vê-se que a “omissão legislativa é a responsável pelo desarrazoado entendimento de o antecedente criminal sempre ser considerado na fixação da pena-base na primeira fase do processo trifásico”<sup>22</sup>.

Essa imputação indiscriminada de maus antecedentes gera um estigma eterno para o apenado. Sobre o tema, Boschi afirma que, “por similitude lógica, o decurso do período de cinco anos, que, segundo o art. 64 do CP, gera o fenômeno da prescrição da reincidência, deveria também arredar aos maus antecedentes”<sup>23</sup>, considerando que “carece de sentido que o decurso do tempo produza

o desaparecimento da reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos da causa poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos’. Trata-se de proibição que resulta diretamente dos princípios da proporcionalidade e legalidade, a evitar múltipla valoração e punição do mesmo fato com idêntico fundamento jurídico. Consequentemente, é vedada a multiplicidade de penas para o mesmo sujeito, por uma mesma ação ou omissão, se tiverem um mesmo fundamento”.

21 SANTOS, 2005, *Op. Cit.*, p. 121.

22 PÊCEGO, Antônio José F. de S.; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Antecedentes e Reincidência Criminais: necessidade de releitura dos institutos diante dos novos paradigmas do Direito Penal. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, nº 9, p. 183-198, jul./dez. 2013, p. 195.

23 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 168.

legal de menor expressão jurídica, qual seja, a dos antecedentes”<sup>24</sup>. Nota-se que, em ambos os institutos, são consideradas as mesmas fundamentações de existência e idênticos valores<sup>25</sup>, conduzindo a uma incoerência na utilização de um deles para determinar que o “autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo”<sup>26</sup>.

### 3. PERSONALIDADE DO AGENTE E CONDUTA SOCIAL

Em análise à circunstância judicial pertinente à conduta social do agente, percebe-se que a grande maioria dos casos de valoração negativa ancora-se, e aqui também, exclusivamente em condenações anteriores, sendo apenas citada a Folha de Antecedentes Penais de forma vaga, como se fosse fato consumado que mais condenações seriam logicamente percebidas como conduta social adversa que ensejaria maior punição. Ilustra esse entendimento, o seguinte excerto de uma das sentenças analisadas:

O agente, além de reincidente e cuja implicação será analisada na fase própria da estipulação da pena, ostenta anotações em sua folha penal que autorizam identificar seus antecedentes desabonadores, bem como sua personalidade voltada para o crime e sua conduta social é inadequada. Assim, as anotações certificadas às fls. 55, 57 e 58 serão utilizadas na segunda fase de fixação da pena, para fins de consideração da reincidência, enquanto os registros certificados às fls. 54, 56 e 59 serão valorados negativamente para consideração desfavorável dos antecedentes, conduta social e personalidade.<sup>27</sup>

Nas oportunidades que delimitam o conceito dessa circunstância judicial, os julgadores tendem a apresentar noções que a diferencie das demais circunstâncias aqui tratadas, em consonância com delimitações doutrinárias. Têm-se fundamentos como:

o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, da escola, do trabalho, da vizinhança;  
a interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos);  
o modo como o denunciado comporta-se nos círculos sociais em que transita (família, ambiente de trabalho, vizinhança, etc.).

Todavia, em uma verificação quantitativa, observa-se uma aproximação entre os elementos para

24 *Idem.*

25 PÊCEGO; SILVEIRA, 2013, *Op. Cit.*, p. 188.

26 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 786.

27 Processo nº 20180310042276, TJDFI.

valoração da conduta social e da personalidade do agente, bem como desses com os antecedentes criminais. Na amostra analisada, a conduta social foi valorada negativamente em 6,5% das sentenças, enquanto a personalidade foi considerada para efeitos de aumento de pena em quase 12% dos casos. Ainda que não sejam as circunstâncias de maior expressividade, o fator mais alarmante a ser considerado é que, nessas avaliações, foram considerados elementos da folha de antecedentes criminais do réu em 85% das vezes, na personalidade, e 75%, na conduta social. Torna-se aqui clara não só a utilização das mesmas motivações, como a aproximação com a reincidência e os elementos dos antecedentes criminais.

Há uma clara problemática em relação à valoração da conduta social, principalmente quando avaliada de forma negativa, sendo muito difícil compreender esse instituto dentro de uma perspectiva de direito penal do fato. Em teoria, é a ideologia aplicada ao Direito Penal no Estado brasileiro, em oposição ao direito penal do autor, que se caracteriza pelo julgamento não da conduta praticada de forma objetiva, mas sim do indivíduo que comete algum delito. Sob essa perspectiva, fica evidente que “esta espécie de julgamento densifica, pois, uma lógica ou um padrão inquisitório, situação que, em última análise, potencializa o arbítrio judicial”<sup>28</sup>, sendo essa circunstância analisada pelos dados mais facilmente alcançados pelo magistrado, ou seja, a Folha de Antecedentes.

Nesse sentido, “a adaptabilidade ou o desajuste social do réu, seu estilo de vida junto à comunidade”<sup>29</sup>, bem como o complexo e controverso conceito de personalidade<sup>30</sup>, são, na grande maioria das vezes, utilizados como pano de fundo para um aumento de pena reiterado com referência à reincidência. Entretanto, a fim de burlar a dupla incriminação, utilizam de valorações morais como pretexto para justificar o recrudesimento, como em:

A personalidade do réu se mostra *desajustada*, pois voltada para a prática de infrações penais, pois além da condenação utilizada a título de antecedentes (fl. 22) e das condenações que serão utilizadas para configurar reincidência (fls. 26 e 27), verifico que o acusado apresenta outra condenação definitiva (fls. 24-25), o que denota *sua propensão à prática reiterada de infrações penais*;<sup>31</sup> Possui a personalidade *desajustada e tendente à criminalidade*, tendo em vista a prática reiterada de infrações penais;<sup>32</sup>

Ante a condenação de fl. 121, mostra-se admissível valoração negativa da personalidade do réu, demonstrando *mente vocacionada à conduta de crimes contra o patrimônio*;<sup>33</sup>

Utilizo a condenação definitiva descrita a fl. 56 para considerar o réu portador de má conduta social. Tal anotação é demonstrativo de que o mesmo é *indiferente ao cumprimento das regras de convívio social*, sendo certo que a prática de crime, atestada em condenação definitiva, constitui-se uma mácula do indivíduo na sociedade em que vive;

28 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 367.

29 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 364.

30 SANTOS, 2012, *Op. Cit.*, p. 113.

31 Processo nº 20180110223794, TJDFT

32 Processo nº 20150111156622, TJDFT.

33 Processo nº 20170410079164, TJDFT.

Ainda com fundamento histórico delitivo, utilizo as condenações de f. 104, 107 e 110, para valorar negativamente sua conduta social, haja vista seu contumaz comportamento voltado à prática de delitos patrimoniais, o que revela *sua aversão ao trabalho e menosprezo ao patrimônio alheio*; (grifos acrescentados)

É completamente ignorado pelo juiz o fato de que já existe uma circunstância judicial e uma agravante voltadas justamente para compreender o passado criminal do agente, fazendo com que seja reiteradamente avaliado e julgado, com a pífia “defesa” de que tal análise não seria causa de *bis in idem*, pois utiliza sentenças condenatórias diferentes para cada valoração negativa. Confira-se:

Com relação aos antecedentes, verifico que o condenado contém seis anotações em sua folha penal. Dessa forma, utilizo uma anotação para valoração negativa dos antecedentes (fl. 19), outra anotação para valoração negativa da conduta social (fl. 17), e outras anotação para valoração negativa da personalidade (fl. 13, 14 e 16). A anotação de fl. 30/31 será utilizada para caracterização da reincidência, na segunda fase da dosimetria.<sup>34</sup>

Assim, de alguma forma, os julgadores compreendem que quem possui apenas uma condenação anterior transitada em julgado é reincidente, com duas torna-se também portador de maus antecedentes, a partir de três, sem explicações, ou a personalidade aparece como um fator determinante, ou a conduta social mostra-se negativa. No auge desse pensamento, temos os casos em que, a partir de quatro condenações anteriores, os quatro elementos citados são valorados negativamente e aumentam a pena simultaneamente.

Flexibiliza-se, em excesso, o conceito e a finalidade das circunstâncias da primeira fase de cálculo da pena, de forma que o único elemento a ser valorado se torna a FAP, sendo eleitas aleatoriamente quais condenações anteriores devem ser utilizadas para cada circunstância, de forma a recrudescer a pena o máximo possível, sem qualquer justificativa do que se entende por estes elementos de formulação da pena-base. Caso o réu possua mais de uma anotação em sua folha, em vez de um entendimento qualitativo, de significado de cada circunstância e de sua aplicação prática ao caso específico, é feita uma avaliação quantitativa, na qual a medida da pena se dá pela quantidade de condenações anteriores:

Com relação aos antecedentes, verifico que o acusado contém quatro anotações em sua folha penal, motivo pelo qual utilizarei uma para valoração negativa dos antecedentes (fl. 63), outra para valoração negativa da personalidade do réu (fl. 62) e outra para valoração negativa de sua conduta social (fl. 64). A quarta anotação será utilizada na segunda fase, para caracterização da reincidência.<sup>35</sup>

34 Processo nº 20181110010480, TJDFI

35 Processo nº 20181110014732, TJDFI.

A personalidade do agente é objeto de múltiplos estudos na área da Criminologia Crítica, já que “os problemas centrais oferecidos pela circunstância *personalidade do réu* são os da *ausência de precisão conceitual* e da *carência de uma metodologia de análise*”<sup>36</sup>. Falta aos juízes “formação acadêmica em Psicologia ou Psiquiatria para decidir sobre o complexo conteúdo e conceito”<sup>37</sup> da personalidade, que é construído a partir dos atributos considerados aceitáveis pelos julgadores, baseando-se em si mesmos<sup>38</sup>, bem como de uma vinculação entre o direito e a moral, em contrariedade ao princípio da secularização<sup>39</sup>. Para além, é fundamentado a partir de análises morais extremamente vagas, que criam a ideia de um indivíduo criminoso, que estaria em constante conflito com o ordenamento jurídico, praticando ações delituosas, não pela sua condição de vida ou pela ausência de opções abertas pelo Estado após o encarceramento, mas por uma personalidade que seria inclinada a realizar crimes, ainda que nada digam as ciências da Psicologia sobre essa determinação.

Boschi acertadamente percebe que:

a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’, ‘má’, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.<sup>40</sup>

A partir desta rotulação, foram encontrados casos sintomáticos, em que a personalidade é vinculada a um juízo de valor futuro do julgador, que projeta, no passado condenatório do réu, um porvir predeterminado:

O réu possui diversas reincidências. Retirando-se o evento mais antigo (IP 267, fls 84 e 149), as demais condenações moldam a sua personalidade, que justifica o recrudesimento da pena ante as informações do IP [...], indicando que o réu é um criminoso habitual e, enquanto estiver solto, *continuará delinquindo e ameaçando a paz social*,<sup>41</sup>

É, sem dúvida, um *criminoso habitual*, com uma *personalidade incomum*, porque *depois com tranquilidade*, apesar da vasta ficha criminosa.<sup>42</sup>

Sem qualquer aprofundamento sobre o conceito de personalidade a ser utilizado para valoração, os magistrados se valem unicamente das FAPs. Criam uma ideia de desajuste da personalidade, quantificado conforme a tendência do indivíduo ao crime, percebido, sem bases teóricas apresentadas, como um desvio social. Nessa perspectiva, o crime seria realizado por pessoas de personalidade

36 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 370.

37 SANTOS, 2012, *Op. Cit.*, p. 113.

38 BOSCHI, 2011, *Op. Cit.*, p. 171

39 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 372.

40 BOSCHI, *Op. Cit.*, p. 211.

41 Processo nº 20150111157150, TJDFI

42 Processo nº 20170110241438, TJDFI, grifos acrescentados.

específica, com uma moral duvidosa:

A personalidade do réu se mostra *desajustada, pois voltada para a prática reiterada de infrações penais*, conforme se verifica das várias condenações definitivas pela prática de fatos semelhantes anteriores e posteriores a este fato (fls. 231, 235, 236, 245, 246 e 250), que denota sua propensão à prática reiterada de infrações penais.<sup>43</sup>

Com essas ideias genéricas acerca do conceito de personalidade e de conduta social, o juiz atua de forma a restringir as garantias do contraditório e da ampla defesa. Ora, como seria possível uma contraposição objetiva à opinião pessoal do julgador acerca da noção criada por ele sobre o que seria personalidade e como ela pode ser socialmente ajustada ou não? Ou, ainda, acerca do modo de vida do indivíduo, de suas aspirações e sua inclusão social?

Dentro da subjetividade absoluta, não há espaço para contestações. Assim, são utilizados conceitos abrangentes e indefinidos a fim de, novamente, possibilitar a recriminação exacerbada com base em sentenças condenatórias anteriores. Nesse sentido, define-se que quanto mais crimes anteriores, maior pode ser a pena-base:

O réu ostenta condenações por fatos anteriores ao ora julgado, definitivamente julgadas e que ainda não alcançaram o prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal. De tais anotações, utilizo as descritas às fls. 131, 132 e 133 para valorar negativamente os maus antecedentes, personalidade e conduta social do réu.<sup>44</sup>

A personalidade do agente é voltada para a prática de crimes, fato que se comprova pela extensa folha de antecedentes penais, especialmente pela certidão de fls. 51, não utilizada como maus antecedentes ou reincidência e, portanto, não configurando *bis in idem*.<sup>45</sup>

Tem-se, sobre a forma de entendimento acerca da personalidade do agente, acertada visão de Paulo Queiroz:

No particular, não é raro assinalar que ‘o réu tem personalidade agressiva’, ‘personalidade voltada para o crime’ etc., esquecendo-se, primeiro, que nada disso autoriza a condenação de quem quer que seja, razão pela qual tampouco pode justificar a majoração da pena, castigando-se pela via indireta o que não o é pela via direta; segundo, porque, a permitir que o Estado possa coagir os cidadãos a não serem agressivos, malvados etc., estar-se-ia a confundir direito e moral, punindo o autor não exatamente pelo que fez, mas pelo que é.<sup>46</sup>

Essa ideia é seguida em diversas das decisões estudadas, chegando ao ponto em que se confundem completamente os conceitos de personalidade do agente, reincidência, antecedentes criminais e conduta social com uma análise moral do passado do agente, sem sequer diferenciar cada

43 Processo nº 20140110103132, TJDFT, grifos acrescentados.

44 Processo nº 20180310000396, TJDFT.

45 Processo nº 20180710042564, TJDFT.

46 QUEIROZ, Paulo. *Ne bis in idem*. 2018.

um destes elementos. Gera-se, então, uma situação de constante insegurança jurídica, retirando do réu seu direito de compreensão dos institutos utilizados para produzir um aumento indiscriminado de sua pena.

A fim de elevar a pena, o magistrado se satisfaz em citar registros criminais anteriores, sem qualquer cuidado em dar explicações de como estes eventos poderiam ser elementos cruciais para afetar a personalidade do agente (ou as outras circunstâncias judiciais aqui mencionadas). Tais afirmações foram encontradas na grande maioria das varas penais analisadas, demonstrando que os juízes não se atentam ao fato de que “os registros criminais somente podem ser valorados na qualidade de antecedentes. Do contrário, estar-se-ia legitimando a proliferação dos mesmos dados como conteúdo de duas ou mais circunstâncias, o que implicaria igualmente *bis in idem*”<sup>47</sup>.

Concretiza-se um padrão de valoração baseado nas antigas teorias inquisitoriais do direito penal do autor, em que a punição se voltava para a pessoa criminoso, em detrimento do ato, em oposição aos parâmetros constitucionais. E coaduna-se ao entendimento de Salo de Carvalho de que essas circunstâncias judiciais:

em decorrência da centralidade na história de vida dos acusados, reforçam modelos de direito penal do autor, pois voltadas à censura do modo de ser do acusado, e não da sua conduta e do dano concreto produzido ao bem jurídico. Esta espécie de julgamento densifica, pois, uma lógica ou um padrão inquisitório, situação que, em última análise, potencializa o arbítrio judicial<sup>48</sup>

Explica-se:

Este direito penal [do autor] supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza moral e, por conseguinte, trata-se de uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico, para outros, de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um estado perigoso” [...] “essa situação de pecado penal é censurada, e a pena deve adequar-se ao grau de perversão pecaminosa que sua condução de vida tenha alcançado”<sup>49</sup>

Há uma conexão dos institutos aqui selecionados pelo descumprimento institucionalizado do princípio do *ne bis in idem*, com o uso dos mesmos motivadores para o aumento da pena nestes momentos de sua formação. Este princípio, da proibição da dupla valoração, encontra sentido no Estado Democrático de Direito, ao impossibilitar que um mesmo fato possa ensejar mais de uma punição ao indivíduo.

47 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 368-369.

48 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 365.

49 ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131-132.

Mesmo que esse princípio esteja indicado no Código Penal apenas em sua relação entre as agravantes e os elementos constituintes ou qualificadores do crime, no caput do art. 61<sup>50</sup>, deve-se entendê-lo de forma mais abrangente, considerando todas as situações em que existe mais de uma valoração para um mesmo fato. Essa amplitude é o que eleva a proibição ao patamar de princípio, pois permeia todos os momentos da aplicação da lei penal.

Nesse caso, ainda que os magistrados indiquem explicitamente não estarem realizando dupla valoração, afirmando que fazem uso de diferentes sentenças condenatórias para recrudescer a pena em diferentes momentos, deve-se perceber aqui que tal entendimento não é acertado. Tanto a reincidência, com definição precisa no Código Penal, quanto os antecedentes, aqui definidos doutrinariamente, não se baseiam em uma ideia quantitativa, em que apenas uma condenação anterior deveria ser considerada para valorá-los, abrindo possibilidade para que, caso houvesse outras, fossem utilizadas em outras circunstâncias. Trata-se de uma significação qualitativa. Deve-se compreender, portanto, não a condenação como elemento, mas a existência de condenação anterior, seja com trânsito em julgado anterior ao crime avaliado, no caso da reincidência, ou posterior, no caso dos antecedentes.

Ao explicitar, no artigo 63, que “verifica-se reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”<sup>51</sup>, se entende a reincidência como um elemento uno, que pode estar presente ou não, a partir da existência de crime anterior com trânsito em julgado, não dependendo da quantidade de crimes anteriores realizados.

Da mesma maneira, deve-se valer de tal noção para os antecedentes criminais, considerando que são circunstâncias judiciais com definições próprias, não podendo ser aplicada de forma indiscriminada, caso haja múltipla reincidência. A não diferenciação destes institutos implica em violação clara do princípio do *ne bis in idem*, pois se utiliza um só elemento, a existência de sentenças condenatórias anteriores, para valoração em mais de um aspecto.

Nesse viés, a lição de Salo de Carvalho:

Apenas na hipótese de haver múltiplas condenações, anteriores e posteriores à data do novo ilícito, é que o réu será considerado reincidente e com maus antecedentes. Importante perceber, portanto, que, diferentemente das noções do senso comum, a relação que configura os antecedentes e a reincidência não ocorre entre fatos, a partir da simples constatação da prática de novo delito. Esta relação se estabelece entre o fato em julgamento e a condenação com trânsito em julgado derivada de outro delito.<sup>52</sup>

50 “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime” (BRASIL, 1940).

51 BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

52 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 360.



Seguindo esse mesmo entendimento, utilizar-se da falta de determinação legal para as circunstâncias judiciais relacionadas ao agente para que seja ainda mais valorada a existência de outras anotações na FAP do réu implica, novamente, *bis in idem*. É subvertido tanto o conceito doutrinário dado a essas circunstâncias, quanto o conceito jurídico da reincidência, valorando esta diversas vezes, a depender do número de condenações anteriores.

Tem-se, em muitos casos analisados, o ferimento ao princípio da proibição da dupla incriminação, chegando até, como demonstrado, a incidência de três casos de *bis in idem* em uma única dosimetria, ao utilizarem as mesmas motivações para avaliar reincidência, antecedentes criminais, conduta social e personalidade, quando, em uma aplicação correta, seria aplicável apenas a reincidência ou acrescida, se couber, da valoração negativa dos antecedentes criminais, pois utilizam unicamente as anotações na FAP.

Para além, por se tratar de uma “análise de condutas não tipificadas pelo legislador”<sup>53</sup>, fere-se o princípio da legalidade, pela falta de critérios para compreensão e julgamento desses elementos, faltando-lhes também legitimidade para proporcionar o aumento da pena<sup>54</sup>. Ainda, o juízo sobre as circunstâncias judiciais sempre levará a julgamentos morais<sup>55</sup>, de forma a punir o “ser” em detrimento da ação<sup>56</sup>. O fato é que essas circunstâncias não cabem no ordenamento brasileiro:

Facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado importa em conceder ao julgador um poder quase divino, de invadir toda a alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe a pena pelo que ela é, não pelo que ele, homem, fez.<sup>57</sup>

#### 4. VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS

Constata-se, ainda, que há jurisprudências utilizadas pelos magistrados de primeira instância,

53 MATTOS, Geovana; VIANNA, Túlio. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

54 STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal. Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 187.

55 PASCHOAL, Luana. **Conduta social e personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal. Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 93.

56 CARVALHO, A.; CARVALHO, S. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 98.

57 TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral - II, arts. 32 a 120 do Código Penal: teoria geral da pena, medidas de segurança e extinção da punibilidade, suspensão condicional do processo, prescrição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 105-106.

de forma a justificar o aumento da pena com base na folha de antecedentes penais do réu em diversos momentos, como nota-se em:

O agente, além de reincidente e cuja implicação será analisada na fase própria da estipulação da pena, ostenta anotações em sua folha penal que autorizam identificar seus antecedentes desabonadores, bem como sua personalidade voltada para o crime e sua conduta social é inadequada. Assim, as anotações certificadas às fls. 66/67, 73 e 74 serão utilizadas na segunda fase de fixação da pena, para fins de consideração da reincidência, enquanto os registros certificados às fls. 68, 69, 71, 72, 75 e 81 serão valorados para consideração desfavorável dos antecedentes, conduta social e personalidade, o que não configura bis in idem (dupla imputação pelo mesmo fato), conforme reiterada a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Nesse sentido, confira-se:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. DUAS VÍTIMAS. DOIS CRIMES. MESMO CONTEXTO FÁTICO. CONCURSO FORMAL. OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. REGISTROS CRIMINAIS DESABONADORES. ANTECEDENTES CRIMINAIS. PERSONALIDADE E REINCIDÊNCIA. (...) III - A existência de várias condenações criminais transitadas em julgado por fatos anteriores ao delito em apreço pode ser considerada para efeito de se reconhecer a agravante da reincidência e, ainda, para valorar negativamente circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria, de que são exemplos os antecedentes criminais e a personalidade do agente. IV - Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n. 964392, 20150810084267APR, Relator: NILSONI DE FREITAS, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 25/08/2016, Publicado no DJE: 08/09/2016. Pág.: 242/248)

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. EMPREGO DE ARMA. TENTATIVA. TEORIA DA AMOTIO. DUPLA MAJORAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO QUE TRANSITO EM JULGADO ANTES DA SENTENÇA. PERSONALIDADE. VÁRIAS CONDENAÇÕES COM TRANSITO EM JULGADO. (...) 4) Se o acusado ostenta várias condenações transitadas em julgado, é possível que cada uma delas seja considerada para valoração desfavorável de antecedentes penais, conduta social e personalidade, sem que isso implique em bis in idem. (...) 7) Recurso conhecido e parcialmente provido. (Acórdão n. 987100, 20160710000165APR, Relator: ANA MARIA AMARANTE, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/12/2016, Publicado no DJE: 15/12/2016. Pág.: 142/151)<sup>58</sup>

Demonstra-se, de forma manifesta, a situação de desconsideração generalizada aos princípios da proibição da dupla punição e da legalidade. Não são, como se pode ver, casos isolados ou locais, mas práticas jurídicas habituais que ferem constantemente os direitos dos acusados a um julgamento justo e imparcial.

Sobre o assunto, importante salientar os ensinamentos de Paulo Queiroz, sobre a existência de dupla valoração inerente ao próprio instituto da reincidência:

Discute-se se a circunstância agravante da reincidência ofende o princípio em questão. Parece-nos que sim, uma vez que, ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito anterior, está-se, em verdade, a valorar e castigar, por mais uma vez, a infração anteriormente praticada, em relação à qual o autor já foi sentenciado, chegando-se, por vezes, a absurdos, como, por exemplo, estabelecer o juiz, depois de fixar a pena-base em vinte anos de prisão por latrocínio, aumentá-la de metade em razão da reincidência (mais dez anos). Nota: o

crime anterior (um furto) fora apenado em dois anos de prisão. A rigor, portanto, o condenado estará a cumprir a mesma pena por mais cinco vezes.<sup>59</sup>

Nota-se o caráter inquisitório do próprio instituto da reincidência, enfatizando a problemática do contexto apresentado de valoração múltipla com base em infrações anteriormente praticadas. Os juízes parecem reproduzir conceitos difundidos entre eles, sem ampla consideração de sua aplicação, sem entender que tratam de vidas humanas, da dignidade de indivíduos, do tempo que passarão em prisões superlotadas e com péssimos índices de reinserção social posterior, agravando a caótica situação em que se encontra o sistema penal brasileiro

## 6. CONCLUSÃO

A grave tendência, explicitada nas sentenças dos juízes analisadas, à utilização do passado criminal do agente, para a intensificação da punição penal, determina um afastamento do direito penal do fato, com aproximação ao direito penal do autor, no qual as características pessoais do indivíduo são julgadas no processo penal, ao invés das ações que ensejaram a repressão, evidenciando um processo inquisitorial. As garantias de defesa do réu, entre elas o contraditório e a ampla defesa, encontram-se limitadas, vez que o julgador age como acusador ao avaliar o caráter e a moral do acusado a partir de noções pessoais subjetivas, que não possuem qualquer base sólida para garantir a possibilidade de contestação.

Nesses julgamentos não somente é feito o aumento com base nos antecedentes penais do réu, como subverte-se o princípio do *ne bis in idem*, fulcral à seara penal no contexto democrático, com a conseqüente violação deste, levando a um estado tanto de insegurança jurídica como de redução de direitos do indivíduo a ser punido, que se vê atrelado intrinsecamente ao seu passado, reduzindo-se possibilidades de mudança de seu futuro.

Na primeira parte deste artigo, buscou-se fazer um paralelo entre o instituto da reincidência e a circunstância judicial dos antecedentes criminais. A partir de uma comparação entre a pesquisa empírica realizada e os ensinamentos doutrinários, foram demonstradas violações a direitos básicos dos sentenciados, notadamente a possibilidade de um processo justo, que é substituído por um julgamento

<sup>59</sup> QUEIROZ, Paulo. *Ne bis in idem*. 2018.

do passado do agente, de forma estigmatizante. Apresentou-se a forma como essa circunstância judicial, em razão da ausência de uma definição precisa, é valorada de forma irrefletida e negligente, de forma a buscar sempre um aumento na pena dos sentenciados.

Já na segunda parte, aponta-se como o quadro apresentado é agravado ao compreender-se que condenações anteriores, muitas vezes definidas como reincidência ou antecedentes criminais, são utilizadas para valorar negativamente tanto a circunstância judicial da personalidade do agente, como de sua conduta social. Percebe-se uma realidade de verdadeiro moralismo penal, com rotulação do indivíduo como criminoso e, portanto, não merecedor de um julgamento justo, com base em seus atos, mas tão somente em seu passado e o que são considerados seus atributos pessoais.

Por fim, evidenciou-se brevemente como as práticas referidas ao longo do texto não ficam restritas aos juízes de primeiro grau, que utilizam de jurisprudências diversas para ratificar suas crenças e julgamentos brutais baseados unicamente na extensão da Folha de Antecedentes dos réus. Trata-se de uma realidade iniciada no Código Penal pátrio, que possibilita o julgamento do passado condenatório do sentenciado com a definição de reincidência e a exigência de valoração dos antecedentes penais na pena-base, mas que não é somente utilizada de forma leviana pelos julgadores, como também é expandida ao seu máximo. Para tanto, as circunstâncias judiciais de personalidade e conduta social do agente são esvaziadas de qualquer significado próprio e simplesmente valoradas como se representassem mais formas de definir o “criminoso habitual”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALAGIA, A., *et. al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.
- BATISTA, N. **Cem anos de reprovação. Passagens**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, v. 1, n. 1, 2009.
- BOSCHI, J. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- CARVALHO, A.; CARVALHO, S. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, A. **Garantismo Penal Aplicado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO, S. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, S. *et. al.* **Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Série Pensando o Direito-Pena Mínima, n. 02, 2009.
- CARVALHO, S. **Reincidência e Antecedentes Criminais**: Abordagem Crítica desde o marco garantista. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, volume 76.
- ESTEFAM, A. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- FAIRCLOUGH, N. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora UnB, 2001.
- FLORENCIO, A. *et. al.* **Análise do discurso**: fundamentos e práticas. Maceió: EDUFAL, 2009.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão; tradução Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

- FRAGOSO, C.; GLIOCHE, P. **Crimes de furto e de roubo**. São Paulo: Revan, 2017.
- GENEROSO, C. L. **A análise da culpabilidade como circunstância judicial**. Revista Amagis Jurídica, n. 2, p. 9–19, 14 ago. 2019.
- MAGALHÃES, I.; MARTINS, A.; RESENDE, V. **Análise de Discurso Crítica: um método de pesquisa qualitativa**. Brasília: Editora UnB, 2019.
- MATTOS, G.; VIANNA, T. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- NUCCI, G. **Individualização da pena**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PASCHOAL, L. **Conduta social e personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal. Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- PÊCEGO, A.; SILVEIRA, S. **Antecedentes e Reincidência Criminais: necessidade de releitura dos institutos diante dos novos paradigmas do Direito Penal**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 5, n. 9, p. 183-198, jul./dez. 2013.
- PRANDO, C. **O saber dos juristas e o controle penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- QUEIROZ, P. **Ne bis in idem**. 2018. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/ne-bis-in-idem/>. Acesso em: 17/04/2020.
- QUEIROZ, P., **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2015.
- SANTOS, J. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Ed, 2012.
- SANTOS, J. **Teoria da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHMITT, R. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- SOARES, R. **Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual: uma nova proposta discursiva**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.
- STOCO, T. **A personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal. Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- STOCO, T. **A pena na medida da culpabilidade**. Revista do Instituto de Ciências Penais, v. 5, n. 1, p. 115–138, maio de 2020.

TANGERINO, D. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011;

TAVARES, J. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TELES, N. **Direito penal**: parte geral - II, arts. 32 a 120 do Código Penal. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

XAVIER DE SOUZA, P. **Individualização da pena no estado democrático de direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1998.

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico